



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

Ufficio del Massimario

RASSEGNA DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITA'

GLI ORIENTAMENTI DELLE SEZIONI PENALI

Anno 2015

Roma – Gennaio 2016

Gli orientamenti delle Sezioni penali

Rassegna - Anno 2015

Ufficio del Massimario

SETTORE PENALE

DIRETTORE: *Giuseppe Maria Berruti*

VICE-DIRETTORE: *Giorgio Fidelbo*

COORDINATORE: *Antonio Corbo*

hanno collaborato alla redazione

Luigi Barone, Paolo Bernazzani, Antonio Corbo, Matilde Brancaccio, Assunta Cocomello, Francesca Costantini, Alessandro D'Andrea, Paolo Di Geronimo, Luigi Giordano, Giuseppe Marra, Maria Meloni, Pietro Molino, Vittorio Paziienza, Valeria Piccone, Andrea Antonio Salemme, Piero Silvestri, Roberta Zizyanovich



INDICE GENERALE



INDICE GENERALE

PRESENTAZIONE 22

PRIMA PARTE – QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I

VICENDE DEL REATO, DELLA PUNIBILITA' E DELLA PENA

CAPITOLO I..... 28

LA RECIDIVA

(MATILDE BRANCACCIO)

1. Premessa

2. La sentenza della Corte Cost n. 185 del 2015 e l'illegittimità costituzionale della recidiva obbligatoria

2.1. Recidiva e reato continuato: cenni di ordine generale e questioni attuali

2.2. Recidiva e giudizio di bilanciamento: una questione sottostante al contrasto rilevato sull'interpretazione dell'art. 81, comma 4, cod. pen.

2.3. Il contrasto sull'interpretazione dell'art. 81, comma 4, cod. pen.

2.4. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 81, comma 4, cod. pen.

2.5. Altre questioni rilevanti in tema di recidiva

CAPITOLO II 49

LA NON PUNIBILITA' PER PARTICOLARE TENUITA' DEL FATTO

(ANTONIO CORBO)

1. Premessa

2. La natura giuridica della figura prevista dall'art. 131-bis cod. pen.

3. Presupposti ed elementi costitutivi: in generale

4. (segue) la particolare tenuità dell'offesa

5. (segue) la non abitudine del comportamento

6. Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati con “soglia di punibilità”; in particolare le fattispecie di guida in stato di ebbrezza ed il contrasto di giurisprudenza

7. Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato di rifiuto di sottoporsi ad accertamenti per la verifica del tasso alcolemico: il contrasto di giurisprudenza



8. La disciplina procedimentale per l'adozione della sentenza predibattimentale di non doversi procedere
9. La particolare tenuità del fatto nel giudizio di cassazione: rilevabilità di ufficio, fondamento normativo e limiti applicativi
10. La particolare tenuità del fatto nel giudizio di cassazione: poteri decisorii e criteri di valutazione
11. I rapporti tra causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e prescrizione
12. L'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. nei procedimenti davanti al giudice di pace

CAPITOLO III..... 77

L'IMPRESCRITTIBILITÀ DELLA PENA DELL'ERGASTOLO

(ALESSANDRO D'ANDREA)

1. La questione controversa
2. Il primo indirizzo esegetico
3. Il secondo orientamento interpretativo
4. Cenni sulla soluzione resa dalle Sezioni Unite

CAPITOLO IV 83

LA SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE NEL CASO DI IMPEDIMENTO DEL DIFENSORE

(FRANCESCA COSTANTINI)

1. Premessa
2. Gli opposti orientamenti della giurisprudenza di legittimità
3. I principi affermati dalle Sezioni unite

CAPITOLO V..... 92

LA POSSIBILITÀ DI REVOCA DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA

(ALESSANDRO D'ANDREA)

1. La questione controversa
2. Il primo indirizzo interpretativo
3. Il secondo orientamento esegetico
4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite

CAPITOLO VI 98

IL DECORSO DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE DELLA PENA IN CASO DI REVOCA DELL'INDULTO

(ALESSANDRO D'ANDREA)



1. La questione controversa
2. L'indirizzo interpretativo originario
3. L'orientamento esegetico più recente
4. La soluzione delle Sezioni Unite

SEZIONE II

REATI DEL CODICE PENALE

CAPITOLO I..... 105

LA PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA IN TEMA DI CONCUSSIONE, INDUZIONE INDEBITA E CORRUZIONE

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Aggiornamenti normativi
2. La concussione
3. L'induzione indebita a dare o promettere utilità, con particolare riguardo alla distinzione dalla concussione
4. Concussione ed abuso d'ufficio
5. Induzione indebita ed abuso d'ufficio
6. Concussione, induzione indebita e fattispecie a partecipazione necessaria della vittima
7. La corruzione
8. Bilateralità della corruzione, responsabilità dell'intermediario, autonoma punibilità di chi commette millantato credito
9. I risvolti patrimoniali della corruzione
 - 9.1. Misure di prevenzione
 - 9.2. Responsabilità sanzionatoria degli enti
 - 9.3. Confisca di prezzo o profitto e confisca diretta o per equivalente

CAPITOLO II 127

LE QUALIFICHE SOGGETTIVE DI PUBBLICO UFFICIALE ED INCARICATO DI PUBBLICO SERVIZIO

(MARIA MELONI)

1. L'elaborazione delle Sezioni semplici in tema di qualifiche soggettive. La conferma della concezione funzionale-oggettiva
2. La pubblica funzione. I parametri esterni
3. I parametri distintivi all'interno dell'attività pubblicistica della pubblica funzione
4. I caratteri fondamentali del pubblico servizio
5. I vertici e i ranghi intermedi degli enti che svolgono un pubblico servizio
6. I privati esercenti funzioni pubbliche
7. Il caso del dipendente di Poste Italiane s.p.a che svolga attività di tipo bancario



8. Tra penale e civile

CAPITOLO III..... 151

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO E IL PROBLEMA DEL CONCORSO ESTERNO NEL REATO DI PARTECIPAZIONE AD ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO

(LUIGI BARONE)

1. Introduzione
2. L'espansione delle mafie storiche (il fenomeno delle cd. "locali")
 - 2.1. I principi guida dettati dalla Cassazione
 - 2.2. (segue): profili sostanziali e probatori della problematica
3. Le mafie "straniere"
4. Le mafie "nuove" (Sez. VI, n. 24535/15, proc. "Roma capitale")
 - 4.1. I principi affermati dalla Corte
 - 4.2. (segue): la loro applicazione nel caso di specie
5. Il concorso esterno nel reato associativo e principio di legalità all'indomani della sentenza della Corte edu "Contrada"
 - 5.1. La sentenza della Corte edu "Contrada c. Italia"
 - 5.2. Le ricadute della sentenza "Contrada" nell'ordinamento interno. Principio di legalità e diritto vivente
 - 5.3. Principio di legalità e concorso esterno in associazione mafiosa
 - 5.4. I primi arresti della Cassazione successivi alla "Contrada"
 - 5.5. Elementi differenziatori della figura del concorrente esterno rispetto a quella dell'*intranseus* all'associazione mafiosa
6. Il reato di scambio elettorale politico-mafioso

CAPITOLO IV 185

I REATI DI DISASTRO INNOMINATO

(ASSUNTA COCOMELLO)

1. Premessa
2. La nozione di "disastro innominato" e la particolare fattispecie della immissione di fattori inquinanti
3. La natura di reato aggravato dall'evento della fattispecie prevista al capoverso dell'art. 434 cod.pen.: momento consumativo e *dies a quo* per il computo della prescrizione

CAPITOLO V..... 191

I REATI COLPOSI NELL'ATTIVITA' MEDICO-CHIRURGICA

(ALESSANDRO D'ANDREA – PIETRO MOLINO)

1. Premessa: la c.d. legge Balduzzi



2. La colpa lieve: distinzione con la colpa grave
3. (segue) I limiti di operatività dell’esonero da responsabilità penale
4. Le linee guida: la possibile insufficienza del loro rispetto
5. (segue) L’onere di allegazione
6. La c.d. colpa “relazionale”

SEZIONE III

REATI PREVISTI DALLA LEGISLAZIONE SPECIALE

CAPITOLO I.....206

LA RILEVANZA DELLE FALSE VALUTAZIONI AI FINI DELLA CONFIGURABILITÀ DEL REATO DI CUI ALL’ART. 2621 COD. CIV.

(PIETRO SILVESTRI)

1. La riformulazione della false comunicazioni sociali. Cenni
2. La nozione di “fatto” oggetto della falsa comunicazione e le valutazioni di bilancio: la questione
3. Il dato testuale delle norme e il sintagma “ancorchè oggetto di valutazioni”
4. Le modifiche apportate dal legislatore del 2015
- 4.1. (segue). La sentenza della Quinta Sezione della Corte di cassazione n. 33774 del 16 giugno 2015
- 4.2. (segue). La tesi dottrinale che esclude la rilevanza del fatto valutativo
- 4.3. (segue). Gli effetti di tale impostazione
5. La tesi secondo cui i nuovi artt. 2621-2622 cod. civ. consentono di attribuire rilevanza al c.d. falso valutativo
- 5.1. (segue). Le argomentazioni legate al dato letterale della disposizione di legge; il significato delle parole “fatti materiali”
- 5.2. (segue). La valenza della eliminazione del sintagma “ancorchè oggetto di valutazioni”
- 5.3. (segue). Sul valore della mancata modifica dell’art. 2638 cod. civ.
- 5.4. Le conclusioni che se ne fanno derivare
- 5.5. Le argomentazioni di tipo sistematico: la rilevanza penale della valutazione e le clausole generali di redazione del bilancio
6. La notizia di decisione del 12 novembre 2015

CAPITOLO II228

AGGRAVAMENTO DEL DISSESTO E CONFIGURABILITÀ DEL REATO DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA SOCIETARIA

(PIETRO SILVESTRI)

1. La bancarotta impropria da reato societario. Cenni
2. Il rapporto tra l’attività illecita e il dissesto della società



- 2.1. (segue) La giurisprudenza della Corte di Cassazione
3. La tesi secondo cui ai fini del delitto previsto dall'art. 223, comma 2. n. 1, l. fall., l'aggravamento del dissesto sarebbe irrilevante

CAPITOLO III.....236
LE SEZIONI UNITE E IL SISTEMA TABELLARE IN MATERIA DI
STUPEFACENTI. L'OFFERTA DI SOSTANZA DROGANTE.

(MATILDE BRANCACCIO)

1. Premessa
2. Incostituzionalità della legge n. 49 del 2006 e rilevanza penale delle condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente alla sua entrata in vigore
 - 2.1. La questione sottoposta alle Sezioni unite ed i principi affermati: sintesi
 - 2.2. Le Sezioni unite si confrontano con la questione delle conseguenze sugli illeciti penali aventi ad oggetto le sostanze introdotte in tabella per la prima volta da una legge incostituzionale
 - 2.3. La soluzione adottata
3. I presupposti per la configurabilità della condotta di offerta di sostanze stupefacenti: Sez. un. n. 22471 del 26 febbraio 2015, Sebbar
 - 3.2. L'offerta di stupefacente e le condizioni per la sua configurabilità come reato

CAPITOLO IV253
I REATI TRIBUTARI E L'INCIDENZA DELLE RIFORME LEGISLATIVE
DEL 2015

(PIETRO MOLINO)

1. Premessa
2. Le operazioni “inesistenti” e quelle “simulate”
3. Le operazioni “elusive”
4. I mezzi fraudolenti
5. L'omesso versamento di ritenute certificate
6. L'indebita compensazione
7. La confisca

CAPITOLO V.....267
I REATI INFORMATICI: LA CONSUMAZIONE DEL REATO DI ACCESSO
ABUSIVO AD UN SISTEMA INFORMATICO O TELEMATICO

(GIUSEPPE MARRA)

1. Il caso in esame
2. La decisione delle Sezioni Unite
3. Le condotte punite dal reato di cui all'art. 615 ter c.p.
4. L'unicità del sistema informatico



5. La consumazione del reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico

CAPITOLO VI273

PROFILI PROBLEMATICI IN TEMA DI TRUFFA INFORMATICA

(GIUSEPPE MARRA)

1. La vicenda in esame
2. Il quadro normativo di riferimento
3. La decisione delle Sezioni Unite

CAPITOLO VII.....278

IL RIFIUTO DI SOTTOPORSI ALL'ACCERTAMENTO DEL TASSO ALCOOLIMETRICO: LE QUESTIONI AFFRONTATE DALLE SEZIONI UNITE

(ASSUNTA COCOMELLO)

1. Premessa
2. I rapporti tra il reato di guida in stato di ebbrezza e quello di rifiuto di sottoporsi al test alcolometrico
3. Le Sezioni Unite sulla configurabilità dell'aggravante del procurato incidente stradale nell'ipotesi di rifiuto di sottoporsi all'accertamento del tasso di alcool
4. Le Sezioni Unite sull'applicabilità del raddoppio della durata della sanzione della sospensione della patente di guida anche all'ipotesi del rifiuto

SECONDA PARTE – LEGALITA' DELLA PENA

CAPITOLO I.....286

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ DELLA PENA E L'AMBITO DI AZIONE DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

(PAOLO DI GERONIMO E LUIGI GIORDANO)

1. Premessa
2. Il principio di legalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale
 - 2.1. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
3. Il superamento del giudicato
4. La giurisprudenza sull'intervento *in executivis* sulla pena principale
5. L'intervento del giudice dell'esecuzione sulle pene accessorie
 - 5.1. segue: la sentenza della Sezioni Unite sui limiti dell'intervento *in executivis* sulle pene accessorie
 - 5.2. segue: il principio di uniformità temporale tra pena principale e pena accessoria (per le pene accessorie temporanee determinate dalla legge nella misura minima e/o massima)



6. La rilevabilità d'ufficio della illegalità originaria della pena
7. Il contrasto concernente l'eventuale effetto preclusivo dell'inammissibilità del ricorso
 - 7.1. La tesi favorevole all'effetto preclusivo dell'inammissibilità
 - 7.b. La tesi favorevole alla prevalenza del principio di legalità
8. Natura e conseguenze delle diverse cause di inammissibilità
 - 8.1. L'elaborazione giurisprudenziale più recente
9. La sentenza "Butera"
10. Il limiti alla deducibilità in sede esecutiva dell'illegalità della pena
11. Le conseguenze in tema di erronea irrogazione della pena detentiva per i reati di competenza del Giudice di Pace

CAPITOLO II325

ILLEGALITA' SOPRAVVENUTA DELLA PENA E REATO CONTINUATO

(PAOLO BERNAZZANI)

1. Premessa
2. Il principio di diritto enunciato da Sez. un. 26 febbraio 2015, n. 22741, Sebbar
3. L'*iter* motivazionale della decisione della Corte. L'illegalità sopravvenuta delle sanzioni inflitte anteriormente alla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale con riferimento alle condotte illecite in tema di "droghe leggere"
4. La necessità di rideterminazione della pena inflitta per i reati-satellite in materia di "droghe leggere" negli orientamenti della giurisprudenza della singole sezioni della Corte anteriori alla decisione delle Sezioni Unite
5. I precedenti arresti giurisprudenziali delle Sezioni Unite in tema di reato continuato
6. La "visione multifocale" del reato continuato e la persistente rilevanza della valutazione della gravità dei singoli reati-satellite
 - 6.1. (segue): La determinazione del limite di cui all'art. 81, comma 3, cod. pen.
 - 6.2. (segue): Le ipotesi di "scioglimento" del cumulo giuridico
 - 6.3. (segue): La struttura bifasica del giudizio di cui all'art. 533, comma 2, cod. proc. pen. in caso di sentenza di condanna
 - 6.4. (segue): I rapporti fra disciplina delle circostanze e reato continuato
7. Conclusioni

CAPITOLO III.....340

ILLEGALITÀ SOPRAVVENUTA DELLA PENA E SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO

(ROBERTA ZIZANOVICH)

1. Premessa
2. I principi di diritto enunciati dalla sentenza delle Sezioni Unite, 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli
3. Gli orientamenti delle Sezioni semplici, come sintetizzati nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite



4. La decisione delle Sezioni Unite in ordine alla configurabilità della illegalità della pena

4.1. L'illegalità della pena nelle sentenze di patteggiamento

5. La decisione delle Sezioni Unite in ordine alla rilevabilità d'ufficio della illegalità della pena

CAPITOLO IV358

PATTEGGIAMENTO E ILLEGALITÀ DELLA PENA SOPRAVVENUTA DOPO L'IRREVOCAbilità DELLA SENTENZA EX ART. 444 COD. PROC. PEN.

(PIETRO SILVESTRI)

1. Premessa

2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014 ed i suoi effetti

2.1. (segue). I fatti commessi durante la vigenza delle norme incostituzionali e non definitivamente giudicati

2.2. (segue). Gli effetti della disciplina favorevole ristabilita sulle condanne irrevocabili: le questioni rimesse alle Sezioni unite della Corte di cassazione

3. La illegalità della pena derivante dalla sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale

4. La rivisitabilità sanzionatoria del giudicato

5. Illegalità sopravvenuta della pena, dinamica negoziale sottesa alla sentenza di patteggiamento e limiti alla rivisitazione del giudicato

6. Sulle modalità di rideterminazione "in executivis" della pena divenuta illegale dopo l'irrevocabilità della sentenza di patteggiamento

6.1. (segue). I principi affermati dalle Sezioni unite

CAPITOLO V382

LA RILEVABILITÀ DELLA RETROATTIVITÀ IN MITIUS

(MATILDE BRANCACCIO)

1. L'udienza del 26 giugno 2015: le Sezioni unite si pronunciano sui confini del sindacato di legittimità in caso di ricorso inammissibile o intempestivo

2. La questione della rilevabilità nel giudizio di cassazione della legge più favorevole sopravvenuta

3. Il principio di retroattività della legge più favorevole

4. I confini del sindacato di legittimità: lex mitior relativa al trattamento sanzionatorio e ricorso inammissibile privo di motivi sul punto

5. La soluzione adottata dalle Sezioni unite

6. Conclusioni

TERZA PARTE - QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE



SEZIONE I

DIRITTO DI DIFESA E INVALIDITA' PROCESSUALI

CAPITOLO I.....397

IL DIRITTO DI FARSI ASSISTERE DA DIFENSORE DI FIDUCIA IN OCCASIONE DELL'ESAME ALCOOLIMETRICO

(MATILDE BRANCACCIO)

1. La questione rimessa alle Sezioni unite: le conseguenze della violazione dell'obbligo di dare avviso ai sensi dell'art. 114 disp. att. cod. proc. pen. da parte della polizia giudiziaria
2. La soluzione adottata
 - 2.1. Le motivazioni della sentenza delle Sezioni unite
3. Una nuova e collegata questione rimessa alle Sezioni unite: il sequestro preventivo d'urgenza d'iniziativa della polizia giudiziaria e l'obbligo previsto dall'art. 114 disp. att. cod. proc. pen.

CAPITOLO II408

IL DIRITTO DEL DIFENSORE DI FIDUCIA DELL'IMPUTATO ALL'AVVISO DI FISSAZIONE DELL'UDIENZA

(ASSUNTA COCOMELLO)

1. Premessa: il concetto di difesa tecnica e le ipotesi di nullità ad esso connesse
2. Natura assoluta o relativa della nullità? Gli orientamenti in contrasto e la prospettiva dell'ordinanza di rimessione
3. La sentenza delle Sezioni Unite Maritan: il diritto dell'imputato di scegliere il suo difensore

CAPITOLO III.....414

ASTENSIONE DEGLI AVVOCATI E DIRITTO AL RINVIO DELL'UDIENZA CAMERALE

(VITTORIO PAZIENZA)

1. Premessa
2. I termini del contrasto e l'ordinanza di rimessione
3. La decisione delle Sezioni unite
4. Le pronunce più recenti

CAPITOLO IV423

IL DIRITTO DEL DIFENSORE AL RINVIO PER CONCOMITANTE IMPEGNO PROFESSIONALE

(FRANCESCA COSTANTINI)



1. Il principio affermato
2. L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in tema di impedimento del difensore per concorrenti impegni professionali
3. Le argomentazioni delle Sezioni unite

SEZIONE II

ATTI DEL PROCEDIMENTO

CAPITOLO I.....433

LE NOTIFICHE TELEMATICHE

(GIUSEPPE MARRA)

1. La sentenza Nedzvetskyi delle Sezioni Unite
 - 1.1. Il quadro normativo di riferimento
 - 1.2. La decisione delle Sezioni Unite
2. Le sentenze delle Sezioni semplici sulla posta certificata

CAPITOLO II445

IL DIRITTO ALL'INTERPRETE ED ALLA TRADUZIONE DEGLI ATTI

(VALERIA PICCONE)

1. La sentenza della Corte di giustizia nella causa Gavril Covaci e il giudice nazionale
2. La “consonanza” fra Corte di cassazione e giurisprudenza di Lussemburgo sul tema dell'impugnazione redatta in lingua straniera
3. In tema di oneri per l'estradando che abbia interesse alla traduzione
4. Il regime temporale
5. Sulla prova della mancata conoscenza della lingua italiana
6. In ordine alla individuazione dei titolari del diritto alla traduzione
7. Sulla “estensione” dell'obbligo di traduzione
8. In tema di conseguenze della violazione dell'obbligo di traduzione
9. Il regime di nullità



SEZIONE III

LE PROVE

CAPITOLO I.....471 **IL REGIME DI UTILIZZABILITÀ DELLE DICHIARAZIONI RESE DALL'INDAGATO IN PROCEDIMENTO CONNESSO**

(VITTORIO PAZIENZA)

1. Premessa
2. I termini del contrasto e l'ordinanza di rimessione
3. La decisione delle Sezioni unite
 - 3.1. Inutilizzabilità delle dichiarazioni non precedute dall'avviso
 - 3.2. Dichiarazioni autoindizianti e compatibilità con l'ufficio di testimone
 - 3.3. La valutazione “sostanziale” del dichiarante
 - 3.4. Rilievi di sintesi
4. Le pronunce più recenti

CAPITOLO II482

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI INTERCETTAZIONI

(LUIGI GIORDANO)

1. Premessa
2. La motivazione del provvedimento: il collegamento tra il reato da accertare e la persona intercettata
 - 2.1. segue: la proroga della captazione
 - 2.2. segue: richiesta del pubblico ministero e cognizione del GIP
3. Intercettazioni disposte per un reato di cui all'elenco dell'art. 266 cod. proc. pen. ed utilizzabilità per i restanti reati dello stesso procedimento
 - 3.1. segue: la separazione del procedimento in origine unitario
4. Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: nozione sostanziale di “stesso procedimento” e rilievo della originaria unitarietà
 - 4.1. segue: i presupposti per l'utilizzo delle captazioni eseguite aliunde
5. Intercettazioni tra presenti: la necessaria determinazione del luogo
6. Intercettazioni e nuove tecnologie: premessa
 - 6.1. segue: la sentenza sull'agente intrusore
 - 6.2. segue: le intercettazioni dei messaggi PIN to PIN
7. Il valore probatorio delle conversazioni captate e la loro interpretazione
 - 7.1. Conversazioni avvenute nella lingua dell'imputato e diritto alla traduzione degli atti
8. Questioni di inutilizzabilità: il rilievo del vizio
 - 8.1. segue: la “delimitazione” dell'area operativa della violazione dell'art. 203 cod. proc. pen.
 - 8.2. segue: omessa trasmissione dei “brogliacci di ascolto”



8.3. segue: l'uso di impianti diversi da quelli della Procura

8.4. segue: ulteriori violazioni procedurali

8.5. segue: il limite temporale all'utilizzabilità dei tabulati

SEZIONE IV

MISURE CAUTELARI

CAPITOLO I.....508

L'INCIDENZA DEL CONCORSO DI CIRCOSTANZE AGGRAVANTI AD EFFETTO SPECIALE NEL CALCOLO DELLA PENA A FINI CAUTELARI.

(ASSUNTA COCOMELLO)

1. Premessa

2. La tematica dell'incidenza del concorso delle aggravanti ad effetto speciale nella determinazione della pena ai fini cautelari: le Sezioni Unite Vitrano ed il “potenziale” contrasto con le Sezioni Unite Indelicato

3. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 38518/2015, Ventrici

CAPITOLO II 517

L'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE SULLE NUOVE DISPOSIZIONI IN TEMA CAUTELARE

(VITTORIO PAZIENZA)

1. Premessa

2. La giurisprudenza sulle nuove disposizioni in tema di esigenze cautelari

2.1. Le sentenze in tema di attualità del pericolo

2.2. (Segue): attualità del pericolo e presunzione relativa di sussistenza delle esigenze

2.3. Esigenze cautelari e “gravità del titolo di reato”

3. La giurisprudenza sulle nuove disposizioni in tema di scelta della misura

3.1. Custodia in carcere e valutazione prognostica sulla pena che sarà irrogata

3.2. Scelta della misura e “braccialetto elettronico”

4. La giurisprudenza sulle nuove disposizioni in tema di motivazione dell'ordinanza cautelare

5. La giurisprudenza sul coinvolgimento della persona offesa nei procedimenti di revoca o sostituzione delle misure cautelari

6. La giurisprudenza sulle modifiche al procedimento di riesame personale

6.1. La partecipazione del ricorrente all'udienza camerale

6.2. Il termine per il deposito dell'ordinanza

6.3. Il divieto di rinnovazione della misura divenuta inefficace

7. La giurisprudenza sulle modifiche al procedimento di riesame reale



CAPITOLO III.....547

SEQUESTRO PREVENTIVO IMPEDITIVO E SITI WEB

(PIETRO MOLINO)

1. Premessa
2. Il sequestro mediante “oscuramento” di siti web
3. Il sequestro della testata giornalistica telematica

SEZIONE V

IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I.....557

INAMMISSIBILITÀ DELLE IMPUGNAZIONI E PRESCRIZIONE

(FRANCESCA COSTANTINI)

1. La questione controversa
2. Il rapporto tra inammissibilità dell’impugnazione e cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni unite
3. La sentenza delle Sezioni unite Bracale
4. Gli adesivi interventi delle Sezioni semplici
5. Il nuovo orientamento che ammette la rilevabilità della prescrizione maturata prima della sentenza di appello
6. La decisione delle Sezioni unite

CAPITOLO II569

IL RITO CAMERALE PER LA TRATTAZIONE IN SEDE DI LEGITTIMITÀ DEI RICORSI IN MATERIA DI SEQUESTRI.

(LUIGI BARONE)

1. La questione controversa rimessa alle Sezioni unite
2. L’orientamento delle Sezioni unite Serio e Lucchetta
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite

CAPITOLO III.....576

IL RICORSO STRAORDINARIO PER ERRORE DI FATTO

(VALERIA PICCONE)

1. La nozione di errore di fatto rilevante ai sensi dell’art. 625-bis cod. proc. pen.
2. In particolare, Sezioni unite 26 marzo 2015, Moroni
3. Sezioni unite 27 novembre 2014, Zangari. L’antefatto
4. Inquadramento della questione
5. La natura di mezzo di impugnazione del ricorso straordinario per errore di fatto
6. La legittimazione processuale e le modalità di deposito del ricorso



7. L'insussistenza dell'errore percettivo e l'impossibilità di apprezzare l'errore di fatto nel caso di specie

8. I momenti rescindente e rescissorio nel ricorso straordinario per errore di fatto

CAPITOLO IV593

IL NUOVO RECLAMO EX ART. 35 TER ORD. PEN.

(LUIGI BARONE)

1. Premessa: la sentenza "Torreggiani" e l'introduzione nell'ordinamento penitenziario di rimedi preventivi e risarcitori (artt. 35-bis e 35-ter ord. pen.)

2. Prime questioni interpretative della nuova disciplina affrontate dalla giurisprudenza

2.1. La (non) necessaria attualità del pregiudizio ai fini del rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen.

2.2. L'applicabilità ai procedimenti ex art. 35 bis ord. pen. del regolamento delle spese inter partes

2.3. Il regime di impugnabilità dei provvedimenti ex art. 35 bis ord. pen.

2.3.1 Profili di diritto intertemporale

2.4. Lo spazio minimo vitale secondo le indicazioni della "Torreggiani"

2.4.1. Gli orientamenti della giurisprudenza di Strasburgo in tema di sovraffollamento

2.4.2. Gli attuali parametri metrici fissati dalla Suprema Corte

CAPITOLO V.....613

RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI E IMPUGNAZIONI DI MISURE CAUTELARI

(PAOLO DI GERONIMO)

1. Aspetti peculiari della partecipazione ed assistenza difensiva dell'ente

2. La tesi fondata sul richiamo all'art. 96 cod. proc. pen.

3. L'orientamento contrario

4. Il ruolo del difensore d'ufficio

5. La soluzione adottata dalle Sezioni unite

6. La compatibilità della costituzione formale nel caso di compimento dei c.d. "atti a sorpresa"

7. L'eventuale incompatibilità del legale rappresentante

SEZIONE VI

PROCEDIMENTI DEFLATTIVI

CAPITOLO I.....630

L'ESTINZIONE DELLA PROCEDIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO NEL PROCEDIMENTO DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

(LUIGI BARONE)



1. Effetti della mancata comparizione della persona offesa all'udienza dibattimentale sulla declaratoria di improcedibilità per particolare tenuità del fatto
 - 1.1. Inquadramento della questione
 - 1.2. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità
 - 1.3. La soluzione offerta dalle Sezioni unite

CAPITOLO II637

L'ESTINZIONE DEL REATO PER LA CONDOTTA RIPARATORIA DELL'IMPUTATO NEL PROCEDIMENTO DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

(FRANCESCA COSTANTINI)

1. La questione esaminata
2. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa
3. La sentenza di estinzione del reato per condotte riparatorie
4. La decisione delle Sezioni unite

CAPITOLO III.....645

LA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA

(PAOLO BERNAZZANI)

1. Premessa
2. Il profilo sostanziale. Limiti edittali all'applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova
3. La disciplina processuale. L'inapplicabilità dell'istituto della sospensione con messa alla prova nei processi a citazione diretta in caso di dichiarazione di apertura del dibattimento anteriore alla legge n. 67 del 2014
4. Segue. L'inapplicabilità della messa alla prova nel giudizio di appello e di cassazione
5. L'autonoma ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova
6. Gli effetti dell'impugnazione dell'imputato avverso provvedimenti in tema di messa alla prova sulla posizione della parte civile
7. L'esclusione di un'ammissione parziale all'istituto

QUARTA PARTE - LE CONFISCHE

CAPITOLO I.....667

LA CONFISCA PENALE OBBLIGATORIA E L'ABLAZIONE DI SOMME DI DENARO

(PIETRO SILVESTRI)

1. Premessa



2. I presupposti della confisca obbligatoria. La confisca senza condanna
 - 2.1. La ricostruzione del tema e il primo intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione
 - 2.2. (segue). Il secondo intervento delle Sezioni unite
 - 2.3. (segue). La giurisprudenza di legittimità successiva alle Sezioni unite
 - 2.3.1.(segue). La tesi dell'accertamento incidentale equivalente all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di pertinenzialità
 - 2.4. L'impatto sul tema della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo.
 - 2.4.1. La confisca prevista dal T.U. in materia edilizia
 - 2.4.2. La confisca come pena: il caso Welsh c. Regno Unito e il caso Sud Fondi c. Italia
 - 2.4.3. Confisca e presunzione di innocenza. Il caso Paraponiaris c. Grecia: garanzie e potere di accertamento
 - 2.4.4. La sentenza della Corte E.D.U. nel caso Varvara
 - 2.5. La sentenza della Corte Costituzionale 26 marzo 2015, n. 49
 - 2.6. L'impatto della giurisprudenza europea sull'ordinamento interno
 - 2.6.1. (segue). Primo orientamento: la necessità di una formale sentenza di condanna
 - 2.6.2. (segue). Secondo orientamento: l'accertamento equivalente a quello contenuto nella sentenza di condanna e la distinzione fra confisca punitiva e confisca – misura di sicurezza
 - 2.7. Le questioni controverse su cui le Sezioni unite della Corte di cassazione sono intervenute
3. I principi affermati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza “Lucci”: i presupposti della confisca obbligatoria
4. L'oggetto della confisca obbligatoria. La confisca del denaro e la nozione di profitto del reato
 - 4.1. L'indirizzo secondo cui la confisca di denaro è sempre confisca diretta, attesa la fungibilità del bene
 - 4.2. l'indirizzo secondo cui la confisca di denaro è sempre confisca per equivalente
 - 4.3. L'indirizzo secondo cui la confisca del denaro disponibile su un conto corrente bancario, per essere qualificata in termini di confisca diretta, necessita della prova del nesso di derivazione con il reato
5. I principi affermati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza “Lucci”: l'oggetto della confisca e la confisca del denaro disponibile su un conto corrente.

CAPITOLO II720

LA CONFISCA DI PREVENZIONE

(ASSUNTA COCOMELLO)

1. Premessa
2. Presupposti ed ambito applicativo della confisca di prevenzione nella pronuncia delle Sezioni Unite Spinelli
3. I limiti alla retroattività della confisca di prevenzione



CAPITOLO III.....732

CONFISCA, DIRITTI DEI TERZI E FALLIMENTO.

(PIETRO SILVESTRI)

1. Premessa
2. La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione “Focarelli”
3. La giurisprudenza successiva: l’indirizzo secondo cui, al fine di stabilire la insensibilità o meno al fallimento della confisca occorre avere riguardo alla natura della *res*
 - 3.1. (segue). L’indirizzo secondo cui occorre dare rilievo alla natura della confisca
4. I principi affermati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza “Uniland”: la natura obbligatoria della confisca- anche di valore- prevista dall’art. 19 del d. lgs n. 231 del 2001
 - 4.1. (segue). I limiti al sequestro ed alla confisca: i terzi titolari di diritti
 - 4.2. (segue). I rapporti fra sequestro e confisca previsti dall’art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001 e fallimento dell’ente
 - 4.3. (segue). L’accertamento della titolarità del diritto e della buona fede del terzo
 - 4.4. (segue). La legittimazione ad agire del curatore fallimentare
 - 4.5. (segue). Gli altri principi espressi dalla Sezioni unite: la necessaria identità del reato contestato alla persona fisica con quello per il quale si procede nei confronti dell’ente



PRESENTAZIONE

Anche per l'anno 2015 la rassegna del Massimario vuole offrire una rappresentazione del percorso compiuto dalla giurisprudenza di legittimità attraverso alcune pronunce significative della Corte di cassazione, intervenute sui temi che più l'hanno impegnata.

Il lavoro è suddiviso in quattro parti, relative ai profili sostanziali processuali nonché ai temi della legalità della pena e delle confische.

L'obiettivo è quello di monitorare le decisioni della Corte di cassazione per ricostruire lo sviluppo del diritto giurisprudenziale nell'ambito delle diverse e più importanti tematiche affrontate nel corso di quest'anno, seguendo le linee tracciate dalle decisioni delle Sezioni unite e tenendo conto dei fondamentali contributi delle Sezioni semplici, intervenute spesso ad offrire una prima lettura delle riforme che hanno interessato il diritto penale.

Con le decisioni in tema di legalità della pena la Corte di cassazione ha risolto alcuni contrasti sorti al suo interno in una prospettiva di garanzia dei diritti dell'imputato e del condannato. Come è noto, l'occasione è stata determinata dalla sentenza n. 32 del 2014 con cui la Corte costituzionale ha “abbattuto” una serie di disposizioni contenute nel testo unico in materia di stupefacenti, introdotte con la legge n. 49 del 2006 (c.d. legge Fini-Giovanardi), a seguito della quale sono sorte una serie di questioni interpretative e applicative in ordine alla necessità o meno di rideterminare la pena inflitta prima della sentenza costituzionale, in considerazione degli effetti di reviviscenza delle disposizioni precedenti, più favorevoli rispetto a quelle ritenute incostituzionali. Le Sezioni unite hanno ritenuto necessario che il giudice proceda alla rideterminazione della pena anche nel caso in cui quella precedentemente inflitta rientri nei limiti edittali della norma incriminatrice

“rivissuta”, dando estremo risalto al procedimento di commisurazione giudiziale della pena e valorizzando al massimo i principi di proporzionalità e di colpevolezza.

La necessità di applicare la “pena giusta” è stata affermata con riferimento alla pena applicata con sentenza di “patteggiamento” e nell’ipotesi di modifiche legislative che intervengono sul trattamento sanzionatorio in senso più favorevole, affermando la rilevabilità della retroattività in *mitius* nel giudizio di cassazione.

La Rassegna ha poi analizzato l’itinerario della giurisprudenza di legittimità che ha portato ad erodere l’intangibilità del giudicato e che ha avuto inizio con le sentenze delle Sezioni unite Ercolano (n. 1882/2013) e Gatto (n. 42858/2014), per proseguire con una serie di decisioni emesse nel corso del 2015. Si tratta di una elaborazione interpretativa che riconosce al giudice dell’esecuzione un ruolo per certi aspetti inedito, in quanto ad esso si affida il compito di vigilare sulla legalità della pena durante tutto il corso dell’esecuzione, in funzione di garantire che il condannato non sconti pene non conformi alla legge o alla Costituzione. Il rilievo che oggi ha assunto la fase esecutiva del processo penale, con un giudice al quale si riconosce il potere di rimediare alle patologie insorte nel giudizio di cognizione, incidendo direttamente sul giudicato, potrebbe giustificare la creazione di uffici specializzati dell’esecuzione penale, evitando che lo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza di cognizione si debba occupare anche della sua esecuzione.

Tra le questioni di diritto sostanziale si segnalano anche quelle che hanno riguardato i temi della recidiva e della colpa nell’attività medico-chirurgica; inoltre, la Rassegna ha preso in esame un tema sul quale continua è l’attenzione dell’opinione pubblica, quello cioè dei reati contro la pubblica amministrazione, seguendo le applicazioni che la giurisprudenza di legittimità

ha fatto delle nuove fattispecie dopo l'intervento delle Sezioni unite con la nota sentenza Maldera (n. 12228/2013).

Si è poi ritenuto di dedicare attenzione anche alla giurisprudenza che si è andata formando su alcune recenti riforme, come quelle sulle false comunicazioni sociali, sugli stupefacenti, sui reati tributari e sulla nuova causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto. Con riferimento a quest'ultimo istituto sono già emersi alcuni aspetti problematici relativi alla sua applicabilità a reati la cui punibilità è subordinata al raggiungimento di una particolare soglia nonché a quelli per i quali non pare possibile ipotizzare una gradualità dell'offesa, tanto che le questioni sono state rimesse alle Sezioni unite.

Anche per quanto concerne il diritto processuale la Rassegna ha voluto seguire la giurisprudenza formatasi su alcuni istituti oggetto di modifiche legislative.

Le prime decisioni che hanno riguardato la legge n. 47 del 2015, sulle misure cautelari personali, testimoniano l'attenzione con cui il Giudice di legittimità oggi si confronta con il tema della libertà personale, recependo il segnale del legislatore che si oppone ad una emarginazione della presunzione di non colpevolezza e che impone al giudice una più forte responsabilizzazione nell'accertamento delle esigenze cautelari.

Anche sul nuovo istituto della "messa alla prova" si sono registrati interventi della Corte di cassazione, rivolti a renderne razionale il funzionamento.

Sempre sul piano processuale, si registrano le sentenze delle Sezioni unite che sono intervenute sui temi dell'effettività della difesa, del diritto alla traduzione degli atti, dell'utilizzabilità delle dichiarazioni dell'indagato in procedimento connesso e del sequestro preventivo riferito a testate giornalistiche telematiche.

Le continue polemiche sull'uso delle intercettazioni nel processo penale hanno giustificato una ricognizione sugli orientamenti della giurisprudenza di legittimità con riferimento ad alcuni dei problemi di cui si discute in questa materia.

Infine, una parte della Rassegna è stata rivolta agli strumenti di contrasto patrimoniale alla criminalità, attraverso l'esame di importanti decisioni delle Sezioni unite in materia di sequestri e confische, anche di prevenzione.

Questo lavoro di ricognizione delle pronunce più significative del 2015 è stato condotto dalla prospettiva del Massimario, un Ufficio che è lo specchio della Cassazione, di cui registra la difficile realtà, scontandone anche le conseguenze, dal momento che al numero abnorme di sentenze prodotte (51.702 nel 2015) corrisponde un aumento esponenziale delle massime, il che determina la obiettiva difficoltà di rappresentare in modo coerente la giurisprudenza di legittimità attraverso la semplice attività di massimazione. Proprio in considerazione di ciò, la riflessione sulla giurisprudenza che viene offerta con la presente Rassegna può essere utile nella misura in cui riesce a dare la percezione che, anche in una situazione di permanente difficoltà, la Corte di cassazione penale riesce comunque non solo a definire in tempi congrui i ricorsi pervenuti (il tempo medio tra l'iscrizione del ricorso in cancelleria e la sua definizione in udienza è di otto mesi), ma è in grado di contribuire allo sviluppo dell'esperienza giuridica attraverso la formazione di un diritto giurisprudenziale di cui è sempre più evidente l'accresciuta visibilità e centralità. Si tratta di un diritto che è destinato ad occupare sempre più spazio, in quanto al giudice di legittimità, viene riconosciuto il compito non solo di ridefinire attraverso l'interpretazione l'enunciato normativo nel contesto dell'applicazione, ma, come è stato detto, "di contribuire alla costruzione dell'ordine giuridico". E' questo l'effetto di una pluralità di fattori, tra cui il processo di costituzionalizzazione del diritto, dove il giudice penale



si assume il compito di adeguare continuamente la legge ai principi costituzionali, il riconoscimento del ruolo che la Corte costituzionale assegna al “diritto vivente” della Corte di cassazione e, da ultimo, l’ europeizzazione del diritto, con un giudice ordinario sempre più protagonista del dialogo tra le Corti europee.

Riconoscere alla giurisprudenza di legittimità il valore di formante del diritto penale dovrebbe comportare la garanzia per la Corte di cassazione di poter svolgere appieno le sue funzioni, mentre ancora oggi è in affanno nell’assicurare, attraverso le sue decisioni, la certezza del diritto, intesa come ragionevole prevedibilità delle conseguenze penali delle azioni dei singoli.

La “Corte assediata” non può attendere oltre quelle riforme invocate da anni e recentemente riproposte nel documento approvato dall’Assemblea generale del 25 giugno 2015, che potrebbero assicurare finalmente un giusto equilibrio tra le funzioni di tutela del diritto oggettivo e di garanzia della legalità della decisione.

Il merito di aver realizzato questa Rassegna va ai magistrati dell’Ufficio del Massimario: Antonio Corbo, Luigi Barone, Paolo Bernazzani, Matilde Brancaccio, Assunta Cocomello, Francesca Costantini, Alessandro D’Andrea, Paolo Di Geronimo, Luigi Giordano, Giuseppe Marra, Maria Meloni, Pietro Molino, Vittorio Pazienza, Valeria Piccone, Andrea Antonio Salemme, Pietro Silvestri, Roberta Zizanovich. Ad essi va il nostro ringraziamento per l’impegno e la dedizione al lavoro che hanno ancora una volta dimostrato.

Un grazie anche al personale della Cancelleria, che ha curato l’impostazione grafica del testo.

Roma, 20 gennaio 2016

Giuseppe Maria Berruti

Giorgio Fidelbo



PRIMA PARTE

QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE



SEZIONE I

VICENDE DEL REATO, DELLA PUNIBILITA' E DELLA PENA

CAPITOLO I

LA RECIDIVA

(MATILDE BRANCACCIO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sentenza della Corte cost. n. 185 del 2015 e l'illegittimità costituzionale della recidiva obbligatoria. – 2.1. Recidiva e reato continuato: cenni di ordine generale e questioni attuali. – 2.2. Recidiva e giudizio di bilanciamento: una questione sottostante al contrasto rilevato sull'interpretazione dell'art. 81, comma 4, cod. pen.– 2.3. Il contrasto sull'interpretazione dell'art. 81, comma 4, cod. pen.– 2.4. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 81, comma 4, cod. pen. – 2.5. Altre questioni rilevanti in tema di recidiva.

1. Premessa.

Nell'anno 2015 il tema della recidiva ha fatto registrare significativi interventi giurisprudenziali, anzitutto della Corte costituzionale che, con la sentenza n. 185 del 2015, ha dichiarato l'illegittimità, per contrarietà ai principi di cui agli artt. 3 e 27 della Costituzione (cfr. Corte cost. n. 185 del 23 luglio 2015), della obbligatorietà della recidiva di cui al comma 5 dell'art. 99 cod. pen., espungendo dal testo normativo le parole «è obbligatorio e», rilevata la contrarietà del disposto normativo con gli artt. 3 e 27 della Carta fondamentale. Anche un'ulteriore questione, di cui pure si tratterà specificamente, è stata oggetto di un pronunciamento di inammissibilità da parte dei giudici delle leggi (l'ordinanza n. su questione riferita all'art. 81, comma 4, cod. pen. Ed al regime di applicazione della recidiva reiterata nel reato continuato). A questo interesse della giurisprudenza costituzionale è corrisposta analoga attività interpretativa della giurisprudenza di legittimità: è noto, infatti, da un lato, che la questione di legittimità costituzionale accolta nella sentenza n. 185 del 2015 C.cost era frutto di un'articolata e

completa ordinanza di rimessione della V sezione della Corte di cassazione; dall'altro, devono segnalarsi decisioni contrastanti che descrivono l'attuale diversità di letture sulla disposizione di cui al comma 4 dell'art. 81 cod. pen., indicativa di un limite minimo di aumento a titolo di continuazione da operarsi in caso di reati commessi dal recidivo reiterato.

2. La sentenza della Corte cost. n. 185 del 2015 e l'illegittimità costituzionale della recidiva obbligatoria.

La recidiva, come noto, costituisce, secondo l'orientamento consolidato in giurisprudenza e, oramai, secondo le affermazioni prevalenti anche in dottrina, circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole (cfr. Sez. un. 27 maggio 2010, n. 35738, Calibè ed altro, Rv. 247838) e diviene circostanza ad effetto speciale (cfr. la sentenza Sez. un. 24 febbraio 2011, n. 20798, Indelicato, Rv. 249664) quando comporta un aumento di pena superiore a un terzo; in tal caso essa soggiace, per le ipotesi di concorso con circostanze aggravanti dello stesso tipo, alla regola dell'applicazione della pena prevista per la circostanza più grave (ex art. 63, comma 4, c.p.); e ciò si è affermato pur quando l'aumento che ad essa sia seguito fosse "obbligatorio", per avere il soggetto, già recidivo per un qualunque reato, commesso uno dei delitti indicati all'art. 407, comma secondo, lett. a), c.p.p.

Quanto a questa ultima parte del principio di diritto elaborato dalle Sezioni unite Indelicato, deve rammentarsi che recentemente la Corte costituzionale è intervenuta a dichiarare l'illegittimità, per contrarietà ai principi di cui agli artt. 3 e 27 della Costituzione (cfr. Corte cost. n. 185 del 23 luglio 2015), della obbligatorietà della recidiva di cui al comma 5 dell'art. 99 cod. pen.. L'ordinanza della Cassazione con cui si è sollevata questione di legittimità costituzionale ha ritenuto quest'ultima non manifestamente infondata per la parte in cui la norma prevede l'aumento obbligatorio della pena per la recidiva, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.; il profilo sollevato era stato duplice: manifesta irragionevolezza della norma censurata e identità di trattamento di situazioni diverse cui essa dà luogo (così Sez. V, ord. 3 luglio 2014, n.

37443, F. e altro, Rv. 260130, alla cui motivazione si rinvia, non potendo in questa sede che esporsene brevi cenni, per una chiara ed esauriente analisi del percorso interpretativo e normativo inerente all'istituto della recidiva; peraltro, la questione era stata invece ritenuta infondata da altra sezione della Suprema Corte con la pronuncia Sez. II, 21 novembre 2012, n. 8076/2013, Consolo, Rv. 254535 e, successivamente, anche da Sez. II, 13 febbraio 2015, n. 9365, Bellitto Grillo, Rv. 263983).

La Corte costituzionale, come noto, con la sentenza n. 185 del 23 luglio 2015, ha risolto nel senso dell'accoglimento la questione di costituzionalità dell'art. 99, quinto comma, cod. pen., come sostituito dall'art. 4 della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), dichiarandone l'illegittimità limitatamente alle parole «è obbligatorio e», con riferimento ai parametri costituzionali di cui all'art. 3 e 27 Cost.

I giudici costituzionali, quanto alla violazione del principio di eguaglianza e della ragionevolezza del trattamento differenziato, hanno sottolineato come il rigido automatismo sanzionatorio cui dava luogo la norma censurata – collegando l'automatico e obbligatorio aumento di pena esclusivamente al dato formale del titolo di reato commesso – fosse del tutto privo di ragionevolezza, perché inadeguato a neutralizzare gli elementi eventualmente desumibili dalla natura e dal tempo di commissione dei precedenti reati e dagli altri parametri che dovrebbero formare oggetto della valutazione del giudice, prima di riconoscere che i precedenti penali sono indicativi di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità del reo. Quanto alla finalità rieducativa della pena, la sentenza afferma (in linea con le pronunce n. 192 del 2007 e n. 183 del 2011 C.Cost) che la previsione di un obbligatorio aumento di pena legato solamente al dato formale del titolo di reato, senza alcun accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti e avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo viola anche l'art. 27, terzo comma, Cost., che implica “un costante principio di

proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra” (cfr. le sentenze n. 341 del 1994 e n. 251 del 2012). La preclusione dell'accertamento della sussistenza nel caso concreto delle condizioni che dovrebbero legittimare l'applicazione della recidiva può rendere, infatti, la pena palesemente sproporzionata, e dunque avvertita come ingiusta dal condannato, vanificandone la finalità rieducativa prevista appunto dall'art. 27, terzo comma, Cost.

La sentenza chiude (per ora) un percorso di vera e propria erosione, attuato dal giudice delle leggi, della disciplina delle previsioni normative “obbligatorie”, che dettano parametri di valutazione “rigidi” ed “obbligati” al giudice, limitandone i poteri di commisurazione concreta della pena al fatto di reato commesso, sulla base di considerazioni aprioristiche, riferite al reo o al reato, prive di ragionevolezza ed arbitrarie. Anche in tale ultima pronuncia, infatti, la Corte costituzionale ricorda come la sua costante giurisprudenza abbia affermato che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» (*ex multis*, sentenze n. 232 e n. 213 del 2013, n. 182 e n. 164 del 2011, n. 265 e n. 139 del 2010). In tale opzione generale rientrano, peraltro, anche le pronunce n. 183 del 2011 – che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost., l'art. 62 *bis*, comma 2, c.p., come sostituito dall'art. 1, comma 1, della legge n. 251 del 2005, nella parte in cui stabilisce che, ai fini dell'applicazione del primo comma dello stesso articolo, non si possa tenere conto della condotta del reo susseguente al reato, per violazione del principio di ragionevolezza, derivante dalla preferenza accordata ad uno solo degli indici di commisurazione della pena previsti dall'art. 133 c.p. (quello della condotta antecedente al delitto), a discapito dell'indice riferito alla condotta successiva al reato e violando così anche la finalità rieducativa della pena costituzionalmente orientata (art. 27, comma 3 Cost.) – e n. 251 del 2012, relativa all'art. 69, comma 4, c.p., che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale disposizione nella parte in cui prevedeva il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5, del d.P.R. n. 309 del

1990 proprio sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, c.p.. La violazione riscontrata attiene al principio di proporzionalità della pena ex art. 27, comma 3, Cost., in ragione della sopravvalutazione dei criteri di colpevolezza e pericolosità su quello della gravità del fatto oggettivo nel giudizio di individualizzazione della pena riservato al giudice, alla luce anche dell'enorme distanza di sanzioni previste per l'ipotesi attenuata rispetto a quella base del reato e delle rilevanti ricadute pratiche.

2.1. Recidiva e reato continuato: cenni di ordine generale e questioni attuali.

La giurisprudenza di legittimità, interrogatasi sulla compatibilità tra i due istituti della recidiva e del reato continuato, dopo oscillanti orientamenti, da tempo l'ha ammessa (cfr., tra le più risalenti, *ex multis*, Sez. VI, 23 aprile 1993, Perché, Rv. 195137 e Sez. III, 8 luglio 1987, Carannante, *Cass. Pen.* 1988, 1036).

Le pronunce più recenti, peraltro, sono espressione del rilievo che la riforma del 2005 ha definitivamente sancito tale compatibilità anche a livello di diritto positivo, perché l'art. 5 della legge n.251 del 2005 ha modificato l'art. 81 cod.pen., aggiungendovi un comma 4 che disciplina esplicitamente (limitando, ancora una volta la discrezionalità del giudice) l'ipotesi di applicazione della continuazione nei confronti del recidivo ex art. 99, comma 4, ed anche l'art. 671 cod.proc.pen. (v. ora il comma 2-*bis* di tale norma che rimanda espressamente all'art. 81, comma 4, c.p.).

In tal senso, Sez. I, 13 marzo 2008, n. 14937, Caradonna, Rv. 240144 ha chiarito anche le modalità di interazione, affermando che la compatibilità fra gli istituti della recidiva e della continuazione comporta che, sussistendone le condizioni, vanno applicati entrambi, praticando sul reato base, se del caso, l'aumento di pena per la recidiva e, quindi, quello per la continuazione, che può essere riconosciuta anche fra un reato già oggetto di condanna irrevocabile ed un altro commesso successivamente alla formazione di detto giudicato; conformi a tale indirizzo Sez. VI, 24 novembre 2011, n. 19541/2012, Bisesi, Rv. 252847; Sez. IV, 21 giugno 2013, n. 37759, Lopreste, Rv. 256212; Sez. V, 2 luglio 2013, n. 41881, Marrella, Rv. 256712; Sez. IV, 30 settembre 2014, n. 49658, Paternesi, Rv. 261169; *contra* Sez. V, 11 novembre 2010, n. 5761, Melfitano, Rv. 249255.

Quanto ai caratteri dell'aumento per la continuazione ed ai limiti di esso (previsti nel minimo aumento di un terzo dall'art. 81, comma 4, cod. pen.), è in questo ambito che si registra la **difformità di opinioni riemessa con maggior vigore nella giurisprudenza di legittimità nel corso del 2015**. E difatti, l'orientamento decisamente minoritario affacciato nel 2011 in modo isolato nel panorama giurisprudenziale, ha trovato due pronunce di conferma nel 2015; d'altra parte, l'orientamento sino ad oggi largamente maggioritario egualmente è stato affermato in tale ultimo anno. In tale quadro, deve poi segnalarsi il rischio di nuove pronunce da parte della Corte costituzionale, chiamata ad esprimersi dai giudici di merito sulla questione della compatibilità costituzionale del limite minimo all'aumento previsto dall'art. 81, comma 4, cod. pen., ancora nell'anno 2015. I giudici delle leggi, allo stato, non hanno potuto pronunciarsi sul merito della questione, avendo rilevato l'inammissibilità dell'ordinanza con cui era stata sollevata (cfr. la già richiamata ordinanza della C. cost.): la pronuncia egualmente merita un commento nella Rassegna per le sue implicazioni future, anche in considerazione della possibile reiterazione della questione di legittimità costituzionale in altri giudizi.

Tuttavia, **prima di analizzare detto contrasto, vale la pena premettere**, per chiarezza, **alcuni cenni sul tema generale ad esso sotteso**: la possibilità di considerare l'operatività della circostanza della recidiva ai fini delle disposizioni che la vedono presupposta, nell'ipotesi in cui essa – seppur ritenuta – sia stata bilanciata equivalente con eventuali circostanze attenuanti.

Successivamente si tratteranno alcune ulteriori questioni che hanno occupato la giurisprudenza di legittimità sul tema in oggetto nell'anno 2015.

2.2. Recidiva e giudizio di bilanciamento: una questione sottostante al contrasto rilevato sull'interpretazione dell'art. 81, comma 4, cod. pen.

Per comprendere meglio i percorsi argomentativi alla base del delineato contrasto sull'interpretazione del limite minimo di aumento posto dall'art. 81, comma 4 cod. pen., in caso di reato continuato posto in essere dal recidivo reiterato, deve ricordarsi che le

Sezioni unite, con la sentenza 27 maggio 2010, n. 35738, Calibè ed altro, Rv. 247839 hanno chiarito espressamente – dinanzi ai dubbi di chi, dalla novella attuata con legge 5 dicembre 2005 n. 251, voleva trarre argomenti per sostenere un ritorno alla obbligatorietà dell'applicazione della recidiva - il favore per l'orientamento che ritiene che l'esclusione da parte del giudice della contestata recidiva, anche reiterata, non solo non dia luogo ad aggravamento della pena, ma renda anche non operanti gli ulteriori effetti commisurativi della sanzione.

Tali ulteriori effetti sono costituiti, per l'ipotesi della sentenza in esame, a) dal divieto del giudizio di prevalenza delle circostanze attenuanti, di cui all'art. 69, comma quarto, cod. pen., b) dal limite minimo di aumento della pena per il cumulo formale di cui all'art. 81, comma quarto, stesso codice, c) dall'inibizione all'accesso al cosiddetto "patteggiamento allargato" e alla relativa riduzione premiale di cui all'art. 444, comma 1-bis, cod. proc. pen..

Essi si determinano integralmente qualora, invece, la recidiva stessa non sia stata esclusa, per essere stata ritenuta sintomo di maggiore colpevolezza e pericolosità.

La Corte ha precisato che, in presenza di contestazione della recidiva a norma di uno dei primi quattro commi dell'art. 99 cod. pen. (il comma 5 era escluso perché unanimemente ritenuto l'unica ipotesi di obbligatorietà applicativa, come poi riconosciuto anche dalla Corte costituzionale che, con la sentenza n. 185 del 2015, ha sancito la sua illegittimità proprio sotto tale profilo), è compito del giudice quello di verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia sintomo effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, avuto riguardo alla natura dei reati, al tipo di devianza di cui essi sono il segno, alla qualità e al grado di offensività dei comportamenti, alla distanza temporale tra i fatti e al livello di omogeneità esistente tra loro, all'eventuale occasionalità della ricaduta e a ogni altro parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero e indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali.

Le Sezioni unite richiamano la giurisprudenza costituzionale: Corte cost., 14 giugno 2007 n. 192; 14 giugno 2007 n. 198; 30 novembre 2007 n. 409; 21 febbraio 2008 n. 33; 4

aprile 2008 n. 90; 4 aprile 2008 n. 91; 6 giugno 2008 n. 193; 10 luglio 2008 n. 257; 29 maggio 2009 n. 171; ed infatti va segnalato come l'opzione preferita dal massimo collegio di legittimità si iscriva con coerenza nella pronuncia **Corte cost. 5 giugno 2007, n. 192** che, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità sollevate con riferimento all'art. 69, comma 4, c.p., come sostituito dall'art. 3 della l.n. 251 del 2005, nella parte in cui avrebbe vietato al giudice di ritenere le circostanze attenuanti prevalenti sull'aggravante della recidiva reiterata, ha affermato che **la rigidità normativa si riferisce solo alla misura dell'aumento di pena, lasciando viceversa inalterato il potere discrezionale del giudice di applicare o meno l'aumento stesso.**

La motivazione della sentenza Sez. un. Calibè, nello svolgere l'importante affermazione sulla facoltatività della valutazione di sussistenza della recidiva da parte del giudice entro i confini già chiariti, rileva come, in conseguenza di tale ragionamento, qualora la verifica si concluda negativamente, escludendosi la recidiva e, conseguentemente, non applicandola, rimangono esclusi altresì l'aumento della pena base e tutti gli ulteriori effetti commisurativi connessi all'aggravante.¹

Qualora, invece, la verifica si risolva positivamente, nel senso del concreto rilievo della ricaduta sotto il profilo sintomatico di una "più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo", la circostanza aggravante opera necessariamente e determina tutte le conseguenze di legge sul trattamento sanzionatorio e sugli ulteriori effetti commisurativi già elencati. In caso di verifica positiva, infatti, la recidiva deve intendersi

¹ Le Sezioni unite rifiutano la tesi della "facoltatività bifasica" della recidiva, nel senso che, consentito al giudice di elidere l'effetto primario dell'aggravamento della pena, viceversa, siano obbligatori gli ulteriori effetti penali della circostanza attinenti al momento commisurativo della sanzione: costituiscono espressione di tale orientamento superato Sez. VI, 27 febbraio 2007, n. 18302, *C.E.D. Cass.*, n. 236426; Sez. IV, 22 febbraio 2008, n. 15232, *C.E.D. Cass.*, n. 240209. Invero, le Sezioni unite danno atto di come l'orientamento maggioritario fosse già nel senso proposto nella sentenza Calibè, citando: Sez. V, 15.5.2009, Held, Rv. 244209; Sez. V, 30.1.2009, P.M. in proc. Maggiani, rv 243600; Sez. IV, 29.1.2009, P.M. in proc. Rami, rv 243441; Sez. IV, 28.1.2009, Fallarino, non massimata; Sez. V, 9.12.2008, P.M. in proc. De Rosa, rv 242946; Sez. III, 25.9.2008, P.M. in proc. Pellegrino, rv 241779; Sez. VI, 17.9.2008, P.M. in proc. Orlando, rv 241192; Sez. II, 19.3.2008, Buccheri, rv 240404; Sez. VI, 7.2.2008, P.M. in proc. Goumri, rv 239018; Sez. II, 5.12.2007, Cavazza, rv 238521; Sez. V, 25.9.2007, P.M. in proc. Mura, rv 237273; Sez. II, 4.7.2007, P.M. in proc. Doro, rv 237144; Sez. VI, 3.7.2007, P.M. in proc. Saponaro, rv 237272; Sez. IV, 2.7.2007, P.M. in proc. Farris, cit.; Sez. IV, 28.6.2007, P.M. in proc. Mazzitta, cit.; Sez. IV, 11.4.2007, P.M. in proc. Serra, cit.; Sez. IV, 19.4.2007, P.M. in proc. Meradi, cit., tutte nel senso dell'esclusione della recidiva reiterata anche dal giudizio di comparazione ex art. 69 c.p., una volta ritenuta dal giudice irrilevante ai fini dell'aggravamento della sanzione.

– dicono esplicitamente le Sezioni unite – *“oltre che “accertata” nei suoi presupposti (sulla base dell’esame del certificato del casellario), “ritenuta” dal giudice ed “applicata”, determinando in tal modo essa l’effetto tipico di aggravamento della pena: e ciò anche quando semplicemente svolga la funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l’effetto alleviatore di una circostanza attenuante”*. Nell’affermare tale ultimo principio la motivazione delle Sezioni unite richiama **Sez. Un., 18.6.1991, n. 17, Grassi, Rv. 187856**, che già aveva in generale rilevato come una circostanza aggravante vada considerata **“applicata”**, oltre che riconosciuta, non solo quando, nella realtà giuridica di un processo, viene attivato il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando se ne tragga, ai sensi dell’art. 69 cod. pen., un altro degli effetti che le sono propri e cioè quello di paralizzare un’attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua **funzione di concreto alleviamento della pena irroganda per il reato**; secondo tale sentenza del massimo collegio di legittimità, viceversa, non è da ritenere **“applicata”** l’aggravante solo quando, ancorché riconosciuta la ricorrenza dei suoi estremi di fatto e di diritto, essa non manifesti concretamente alcuno degli effetti che le sono propri, in ragione della prevalenza attribuita all’attenuante, la quale, in tal caso, non si limita a paralizzarla, ma la sopraffà, in modo che sul piano dell’afflittività sanzionatoria l’aggravante risulta **“tamquam non esset”**.

Come si vede **la distinzione svolta dalla pronuncia si fonda sulla differenza tra l’esito di equivalenza del giudizio di bilanciamento e quello di prevalenza: solo nell’ultimo caso la circostanza aggravante potrà ritenersi “non applicata”, mentre sarà “applicata” quando, attraverso il meccanismo dell’equivalenza, funga da “barriera” all’operatività della contrapposta circostanza.**

Tali ultime considerazioni si rivelano sin d’ora fondamentali per l’analisi del problema specifico oggetto del segnalato contrasto in ordine all’interpretazione dell’art. 81, comma 4, cod. pen., perché tra le pronunce espresse dei due orientamenti la divisione è proprio tra quelle che sostengono l’inoperatività di effetti ulteriori anche in caso di giudizio di equivalenza della pur rilevata recidiva (indirizzo minoritario) e pronunce che, invece, coerentemente alle affermazioni sopra riportate delle Sezioni unite, ritengono in

tal caso che il giudizio di equivalenza svolga comunque una funzione di “applicazione” della recidiva, ai soli effetti di inibire le conseguenze favorevoli di una circostanza attenuante e, per questo, collegano a tale presupposto di sussistenza dell’aggravante, sebbene elisa dall’equivalenza, gli ulteriori effetti più volte passati in rassegna (orientamento maggioritario).

Dopo la citata pronuncia Sez. un. Calibè del 2010, con la successiva sentenza delle **Sezioni unite 24 febbraio 2011, n. 20798, Indelicato, C.E.D. Cass., n. 249664**, la giurisprudenza di legittimità ha proseguito il suo percorso interpretativo per l’elaborazione di una definizione costituzionalmente orientata del concetto di recidiva, all’esito della riforma attuata con l. n. 251 del 2005, individuandola come circostanza pertinente al reato che richiede un accertamento in concreto della relazione qualificata tra lo *status* ed il fatto che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all’epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale. Si è quindi confermato che la recidiva reiterata di cui al comma 4 deve ritenersi facoltativa nell’*an* e vincolata nel *quantum*, ed invece la recidiva di cui al comma 5 (doveva) ritenersi obbligatoria nell’*an* oltre che vincolata nel *quantum* (così, *ex multis*, con alcune già citate nel paragrafo precedente, Cass., sez. V, 30 gennaio 2009, n. 13658, C.E.D. Cass., n. 243600; Cass., sez. III, 25 settembre 2008, n. 45065, *ivi*, n. 241779 e 241780; Cass., sez. VI, 16 luglio 2008, n. 34702, *ivi*, n. 240706; Cass., sez. I, 24 aprile 2008, n. 17313, *ivi*, n. 239620; Cass., sez. II, 5 dicembre 2007, n. 46243, *ivi*, n. 238520 e 238521): si è visto, peraltro, come la Corte costituzionale, con la sentenza n. 185 del 2015, abbia oggi ulteriormente dato seguito a questo percorso di elaborazione, rilevando l’illegittimità della stessa obbligatorietà nell’*an* prevista per il comma 5 dell’art. 99 cod. pen.

2.3. Il contrasto sull’interpretazione dell’art. 81, comma 4, cod. pen.

Venendo ora alla specifica analisi del contrasto segnalato sull’interpretazione della disposizione (art. 81, comma 4, cod. pen.) che, in tema di reato continuato, prevede un



limite minimo entro cui predisporre l'aumento per il recidivo di cui al comma 4 dell'art. 99 cod. pen., si segnalano, come anticipato, due opzioni interpretative differenti:

-l'orientamento maggioritario, delineatosi da tempo e di recente confermato, vuole che, per il reato continuato, il limite minimo per l'aumento stabilito dalla legge nei confronti dei soggetti per i quali sia stata ritenuta la contestata recidiva reiterata operi anche quando il giudice abbia considerato la stessa recidiva equivalente alle riconosciute attenuanti e non abbia proceduto all'aggravamento della pena correlato alla suddetta circostanza (così, Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 25081, Levacovich, Rv. 250434; conformi Sez. III, 28 settembre 2011, n. 431 del 2012, Guerreschi, Rv. 251883; Sez. VI, 21 novembre 2012, n. 49766, Khelifa, Rv. 254032; Sez. V, 7 giugno 2013, n. 48768, Caziuc, Rv. 258669; Sez. F., 11 settembre 2014, n. 53573, Pg e altro, Rv. 261887); le ragioni di tale orientamento sono ben chiarite da Sez. III, n. 431 del 2012, cit., che, ai fini dell'aumento minimo di un terzo della pena per il reato più grave tra quelli in continuazione, ha ritenuto la mancata applicazione della recidiva specifica reiterata (art. 99, comma quarto, cod. pen.) non equiparabile all'ipotesi in cui tale aggravante sia ritenuta equivalente alle riconosciute attenuanti, precisando che è errata l'affermazione che la recidiva, in tali casi, sia ritenuta non incidente in concreto sull'entità della pena, trattandosi, al contrario, di aggravante riconosciuta e che, per tale ragione, non ha consentito l'effetto di decurtazione della pena riconducibile alle attenuanti.

Anche la motivazione di Sez. V, n. 48768 del 2013 fa leva su quello che rileva essere una sorta di argomento contraddittorio insito nel contrario orientamento ed utilizzato per sostenere l'inoperatività del limite di cui al comma 4 dell'art. 81 cod. pen. Nel caso di giudizio di equivalenza tra circostanze aggravanti ed attenuanti; si rileva, infatti, come l'opzione minoritaria non possa essere condivisa in considerazione del fatto che proprio il bilanciamento in equivalenza della recidiva con eventuali attenuanti è sintomo inequivocabile del suo riconoscimento ai fini della commisurazione del trattamento sanzionatorio, sul quale incide in maniera concreta impedendo l'effetto di decurtazione della pena riconducibile alle stesse attenuanti.

Anche l'ultima pronuncia massimata conforme a tale orientamento e già richiamata – Sez. F. n. 53573 del 2014 – ha posto in risalto l'elemento di contraddizione dell'orientamento minoritario non condiviso, ritenendo, peraltro, che proprio le affermazioni contenute in Sez. un. Calibè debbano far propendere per la correttezza della tesi che vuole l'operatività del limite ex art. 81, comma 4, cod. pen. In caso di bilanciamento equivalente della recidiva con le attenuanti, poiché in tale sentenza si afferma espressamente che la recidiva deve ritenersi 'accertata' nei suoi presupposti, 'ritenuta' dal giudice ed 'applicata' anche quando semplicemente svolga la funzione di paralizzare, con il giudizio di equivalenza, l'effetto alleviatore di una circostanza attenuante: anche in tal caso essa determina, infatti, tutte le conseguenze di legge sul trattamento sanzionatorio. Alcune pronunce nel 2015 hanno confermato questo orientamento, si segnala quella massimata, Sez. IV, 28 maggio 2015, n. 36247, Zerbino, che ha ribadito espressamente come il limite minimo per l'aumento previsto dall'art. 81, comma quarto, cod. pen., nei confronti dei soggetti per i quali sia stata ritenuta la contestata recidiva reiterata operi anche quando il giudice abbia considerato la stessa equivalente alle riconosciute attenuanti;

- **P'orientamento minoritario**, per primo rappresentato da Sez. V, 24 gennaio 2011, n. 9636, Ortoleva, Rv. 249513, afferma, invece, che, in tema di reato continuato e di bilanciamento con giudizio di equivalenza della recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, cod. pen. Con un'attenuante, il limite di aumento, ex art. 81, comma 4, cod. pen., non inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave e previsto dalla legge nei confronti, appunto, dei soggetti recidivi reiterati, non è applicabile quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione per i reati in continuazione o in concorso formale, escludendone così in relazione ad essi l'applicazione. La Suprema Corte, nel caso di specie, ha ritenuto immune da censure la decisione con cui il giudice di merito ha concesso all'imputato l'attenuante di cui all'art. 62, n. 4 cod. pen., ritenuta equivalente alle contestate aggravanti, tra cui la recidiva specifica reiterata, che sostanzialmente è stata ritenuta non incidente in concreto sull'entità della pena). Tale opzione ha trovato recente adesione nella sentenza Sez. V, 27



gennaio 2015, n. 22980, Parada, Rv. 263985 che ha ribadito, in tema di reato continuato, la non operatività del limite minimo per l'aumento previsto dall'art. 81, comma 4, cod. pen., nei confronti dei soggetti per i quali sia stata ritenuta la contestata recidiva reiterata, nel caso in cui il giudice ritenga la stessa equivalente alle circostanze attenuanti. La motivazione della sentenza in esame ritiene tale orientamento più aderente al dettato costituzionale, atteso che il giudizio di bilanciamento, nel quale la recidiva è ritenuta aggravante equivalente alle attenuanti riconosciute, è espressione dell'esercizio del potere del giudice di commisurare il trattamento sanzionatorio al caso concreto e di eliminare quindi tutti gli effetti pregiudizievoli della stessa recidiva. Si richiamano, poi, le Sezioni Unite Calibè e la statuizione relativa al fatto che la recidiva reiterata di cui all'art. 99, comma 4, cod. pen. opera quale circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole di natura facoltativa, nel senso che è consentito al giudice di escluderla motivatamente e considerarla *tamquam non esset* ai fini sanzionatori, per affermare che anche il limite all'aumento ex art. 81 cod. pen. *“non inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave”*, previsto dalla legge nei confronti dei soggetti *“ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99 c.p., comma 4”*, deve considerarsi inoperante quando il giudice non abbia ritenuto la recidiva reiterata concretamente idonea ad aggravare la sanzione per i reati in continuazione o in concorso formale e, quindi, in concreto non l'abbia applicata; ciò perché – si dice – non v'è ragione per non equiparare l'esclusione della recidiva alle ipotesi in cui questa sia stata ritenuta equivalente alle riconosciute attenuanti, giacché essa, in tali casi, è stata considerata non incidente in concreto sull'entità della pena. Un'ulteriore pronuncia è poi intervenuta nel corso del 2015 a sostenere l'opzione minoritaria: Sez. V, 26 giugno 2015, n. 43040, Martucci, Rv. 264824 ha ribadito la non operatività del limite in caso di giudizio di bilanciamento, facendo leva su di un'articolata motivazione che analizza anzitutto il dato semantico offerto dallo stesso legislatore (*“applicare”* la recidiva, tenuto conto della sua particolare natura di circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole starebbe necessariamente a significare *“infliggere”* l'aumento di pena che ad essa si collega come conseguenza tipica del riconoscimento della sua configurabilità, poiché quest'ultima, pur rappresentando il



presupposto necessario per la sua applicazione, si distingue dall'applicazione stessa innanzitutto sul piano del “significato proprio delle parole”); quindi ragioni di ordine logico-giuridico, passando in rassegna disposizioni processuali nelle quali il verbo “applicare” è utilizzato in senso di concretamente irrogare una pena o un trattamento sanzionatorio; infine, si motiva l'adesione all'indirizzo minoritario, affermando, un argomento *a contrario*. E difatti – si dice – la tesi opposta, che fonda il proprio ragionamento sulla considerazione che la recidiva sia stata, al tempo stesso, “ritenuta” ed “applicata” anche nel caso in cui venga valutata equivalente ad una o più circostanze attenuanti con essa concorrenti, perché comunque impedirebbe la diminuzione di pena prevista per le attenuanti (ci si confronta apertamente in sentenza con le affermazioni in tal senso di Sez. un., n.35738 del 2010, Calibè, cit. e di Sez. un., n. 17 del 1991, Grassi, cit.), sembra una soluzione, che, da un lato non tiene adeguatamente conto della distinzione ontologica tra il momento in cui la recidiva viene riconosciuta e quello della sua applicazione nel significato in precedenza indicato; dall'altro si pone in contraddizione con il generale principio del *favor rei*, determinando un irragionevole e contraddittorio inasprimento del trattamento sanzionatorio, conseguente al limite minimo dell'aumento per la continuazione stabilito dall'art. 81, co. 4, c.p., anche nel caso in cui, attraverso il giudizio di equivalenza, si affievolisce quella “più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo”, espressa dalla recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p. In tal modo, infatti, due situazioni molto differenti tra loro, perché legate ad una diversa valutazione della personalità del reo e della gravità del reato (quali oggettivamente sono, rispettivamente, il giudizio di prevalenza ovvero di equivalenza della recidiva di cui all'art. 99, co. 4, c.p., rispetto alle circostanze attenuanti eventualmente con essa concorrenti, diversamente considerate dallo stesso Legislatore, che vieta il primo, ma consente il secondo), vengono immotivatamente assimilate ai fini dell'inasprimento del trattamento sanzionatorio, contemplato dall'art. 81, co. 4, c.p.

Deve sottolinearsi, a proposito di tale motivazione, di come essa, prendendo atto apertamente del confronto con orientamenti esplicitamente contrari anche delle Sezioni



unite, evochi un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 81, comma 4, cod. pen.

2.4. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 81, comma 4, cod. pen.

Per completare l'analisi svolta, deve, infine, darsi atto che nell'udienza del 21 ottobre 2015, la Corte costituzionale ha trattato una questione di costituzionalità promossa nei riguardi della disposizione di cui all'art. 81, comma 4, cod. pen.

Con sentenza n. 241 del 2015, depositata il 26 novembre 2015, i giudici della Consulta hanno dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata nei riguardi di tale norma, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Macerata (con ordinanza n.22 del 4 giugno 2014), in relazione ad un'ipotesi di reati uniti dal vincolo della continuazione (artt. 628 c. 1 e 3 n. 1 cod. pen. E 4 della legge n.110 del 1975), commessi da recidivi reiterati, per la previsione dell'aumento a titolo di continuazione non inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato piu' grave.

L'illegittimità costituzionale della disposizione è stata denunciata d'ufficio dal giudice di merito con riguardo ai casi in cui la pena per il reato "satellite" debba determinarsi inderogabilmente nel massimo edittale: i parametri violati sono stati indicati negli articoli 3 e 27 della Costituzione. Nel caso oggetto del giudizio di merito, il giudice rileva come l'art. 81, ultimo comma, cod. pen. Imporrebbe, per l'ipotesi di condanna dell'imputato, l'irrogazione necessaria della pena per il reato di cui all'art.4. L. 110/75 in misura pari al massimo edittale, in quanto, essendo il reato base (rapina aggravata) punito con pena non inferiore a 4 anni e 6 mesi, l'imposizione dell'aumento non inferiore ad un terzo previsto dall'art. 81, comma 4, determinerebbe, per i recidivi reiterati, l'aumento di pena detentiva per il reato di cui all'art. 4 l. n. 110 del 1975 pari ad un anno, dovendosi rispettare il vincolo del non superamento della pena massima edittale prevista per tale reato. Secondo la ricostruzione operata dalla stessa Corte costituzionale, ad avviso del Tribunale rimettente, la norma censurata si pone in contrasto con l'art. 3 Cost. in quanto, se l'imputato non è recidivo reiterato, l'aumento di pena per il cosiddetto reato

satellite e' libero, mentre, se lo e', «l'obbligo di aumento non inferiore ad un terzo della pena per il reato base [...] puo' comportare un aumento obbligato della pena relativa al reato satellite di entita' tale da non trovare possibile giustificazione nella mera veste soggettiva dell'imputato (recidivo reiterato)». Cio' darebbe luogo, in casi come quello di specie, a «una pena estremamente rigorosa, pari al massimo della pena edittale prevista per il reato satellite», nonostante si tratti di «un fatto oggettivamente di per se' non connotato da particolare gravita'». L'art. 3 Cost. sarebbe anche violato, sia per la parificazione di situazioni fattuali tra loro differenti, in quanto l'applicazione dell'aumento di pena imposto dall'art. 81, quarto comma, cod. pen., «comportando l'obbligatoria irrogazione del massimo della pena previst[a] per il reato satellite, puo' impedire ogni differenziazione sanzionatoria tra le possibili condotte sussumibili sub art. 4 l. 110/75», sia per la «diversa quantificazione proporzionale della pena tra reato base e reato satellite». La norma censurata sarebbe, inoltre, in contrasto con l'art. 3 Cost., «per irragionevole differenza del trattamento sanzionatorio rispetto alla ipotesi dei medesimi reati non in continuazione». Infine la questione di legittimita' costituzionale dell'art. 81, quarto comma, cod. pen. Sarebbe non manifestamente infondata anche con riferimento all'art. 27, terzo comma, Cost. «sotto il profilo della assenza di ogni possibilita' di modulare la pena in relazione alla necessaria funzione rieducativa della stessa».

La Corte costituzionale ha però dichiarato inammissibile la questione di costituzionalita' per una duplice ragione:

1) l'insufficiente descrizione della fattispecie prospettata dal giudice rimettente, il quale non dice se la recidiva reiterata era stata applicata con una precedente sentenza, anteriore alla commissione dei reati per i quali si procede, o se l'applicazione sarebbe avvenuta per la prima volta nel giudizio a quo, e la precisazione è stata ritenuta necessaria dal giudice delle leggi perche', secondo la prevalente giurisprudenza di legittimita' (si citano le sentenze della Cassazione: Sez. I, 26 marzo 2013, n. 18773, De Luca, Rv. 256011; Sez. III, 28 settembre 2011, n. 431/2012, Guerreschi, in motivazione ; Sez. I, 1 luglio 2010, n. 31735, Samuele, Rv. 248095; Sez. I, 2 luglio 2009, n. 32625, Delfino, Rv. 244843), e' solo nel primo caso che trova applicazione l'art. 81, quarto comma, cod. pen. La Corte



ricorda come essa stessa avesse rilevato (nell'ordinanza n. 193 del 2008) che la «*consecutio temporum* delle voci verbali impiegate (“reati...commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma”)» poteva logicamente far riferire la norma impugnata «al caso in cui l'imputato sia stato ritenuto recidivo reiterato con una precedente sentenza definitiva», ma che, del resto, si era considerato «non implausibile» anche il diverso orientamento di considerare la norma in questione applicabile al caso in cui l'imputato venga dichiarato recidivo reiterato in rapporto agli stessi reati uniti dal vincolo della continuazione. Si sottolinea sul punto che, successivamente a tale pronuncia, la giurisprudenza della Corte di cassazione, sul presupposto dell'assoluta eccezionalità della disposizione di cui all'art. 81, comma 4 cod. pen., ha ritenuto di seguire l'interpretazione restrittiva in qualche modo suggerita dallo stesso giudice delle leggi. In ogni caso, la mancanza in ordinanza di rimessione di chiarezza con riguardo all'opzione del giudice su tale questione, impedisce alla Corte di verificare la rilevanza del sindacato di costituzionalità;

2) un erroneo presupposto interpretativo utilizzato dal giudice rimettente, là dove egli rileva che il reato più grave, cioè la rapina aggravata, è punito con la pena della reclusione non inferiore a 4 anni e 6 mesi, sicché, a norma dell'ultimo comma dell'art. 81 cod. pen. (secondo cui l'aumento di pena per il cosiddetto reato satellite non può essere inferiore a un terzo della pena stabilita per il reato più grave), si imporrebbe, per il reato di porto di armi od oggetti atti ad offendere contestato in continuazione con la rapina, l'applicazione, a titolo di continuazione, di un anno di reclusione, dovendosi rispettare il vincolo del non superamento della pena massima edittale prevista per tale reato. Secondo la Corte tale ragionamento è errato perché non considera che l'art. 81, quarto comma, cod. pen. Fa salvi i limiti precedentemente indicati al terzo comma, il quale, a sua volta, stabilisce che, nei casi di concorso formale e di reato continuato, «la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti», cioè degli articoli che disciplinano appunto il cumulo materiale delle pene. Ciò significa che la pena derivante dal cumulo giuridico non può superare la pena che, in concreto, il giudice avrebbe inflitto in caso di cumulo materiale



(ed il riferimento alla pena applicabile in caso di cumulo materiale e', secondo la sentenza della Corte costituzionale, che cita la richiamata giurisprudenza della Cassazione, alla pena che il giudice ritiene applicabile alla fattispecie concreta e non a quella massima edittale). Percio', secondo la Corte costituzionale, il presupposto interpretativo dal quale muove il giudice a quo – secondo cui in base alla norma impugnata si sarebbe dovuto applicare, a titolo di aumento per la continuazione, il massimo edittale allora vigente per il reato previsto dall'art. 4 della legge n. 110 del 1975, cioe' un anno di reclusione – e' erroneo poiche' all'epoca della commissione dei reati in questione la contravvenzione di porto di armi od oggetti atti ad offendere era punita «con l'arresto da un mese ad un anno e con l'ammenda da euro 51 a euro 206», ed e' nell'ambito di questa cornice edittale che il Tribunale avrebbe potuto determinare la sanzione per il reato satellite, stabilendola in una misura prevedibilmente assai diversa da quella di un anno di reclusione, alla quale e' stata collegata la questione per denunciare la violazione dell'art. 3 Cost.

2.5. Altre questioni rilevanti in tema di recidiva.

Nell'anno 2015 si sono registrate, peraltro, anche ulteriori temi di confronto giurisprudenziale nel percorso interpretativo della Corte di legittimità con riferimento alla recidiva. Le sentenze hanno trattato molteplici aspetti, sicchè se ne offre un panorama necessariamente selezionato, avuto riguardo a quelle intervenute su aspetti maggiormente caratterizzati per novità ovvero per ribadire orientamenti su cui esistono opinioni non univoche. Raggruppando le decisioni più significative secondo macroargomenti possono distinguersi quelle riferite a:

a) recidiva e cause di estinzione del reato o della pena.

- **Prescrizione:** in tale ambito, tra le pronunce di legittimità massimate, si segnala una prima sentenza che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità riferita alla disciplina dell'interruzione della prescrizione prevista dall'art. 161, comma secondo, cod. pen., nella parte in cui ricollega, alla condizione di recidivo o di delinquente abituale o professionale, diversi e più lunghi tempi di estinzione del reato,

non essendovi contrasto con i principi di ragionevolezza e parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost., in considerazione del maggior allarme sociale provocato dal comportamento di chi, rendendosi autore di reiterate condotte criminose, mette maggiormente a rischio la sicurezza pubblica (Sez. II, 2 luglio 2015, n. 31891, Angileri, Rv. 264653). Inoltre, sotto diverso aspetto, la Cassazione si è occupata dei rapporti tra recidiva e prescrizione ribadendo nuovamente che la recidiva reiterata, essendo una circostanza aggravante ad effetto speciale, rileva ai fini della determinazione del termine di prescrizione, anche qualora nel giudizio di comparazione con le circostanze attenuanti sia stata considerata equivalente (Sez. VI, 16 settembre 2015, n. 39849, Palombella, Rv. 264483; in precedenza conformi Sez. II, 18 giugno 2013, n. 35805, Romano, Rv. 257298; Sez. I, 18 giugno 2009, n. 26786, Favuzza, Rv. 244656; Sez. V, 26 giugno 2008, n. 37550, Locatelli, Rv. 241945).

- **Indulto:** altra sentenza, invece, ha avuto ad oggetto i rapporti tra cause di estinzione della pena e recidiva: Sez. II, 30 aprile 2015, n. 34147, Agostino, Rv. 264629 ha affermato che l'indulto, se estingue la pena e ne fa cessare l'esecuzione, non ha tuttavia efficacia ablativa rispetto agli altri effetti scaturenti dalla sentenza di condanna, tra i quali rientra la recidiva, che può quindi essere contestata anche in relazione ai reati la cui pena, inflitta con precedenti sentenze definitive, sia stata condonata (in precedenza, conforme, Sez. IV, 30 settembre 1996, n. 516, Morelli, Rv. 206643).

-**Sospensione condizionale della pena:** la Cassazione si è occupata anche dell'interazione tra sospensione condizionale della pena e recidiva. Si è ribadito che l'estinzione del reato a seguito della sospensione condizionale della pena non incide sugli effetti penali della condanna, di cui deve tenersi conto ai fini della recidiva (Sez. III, 26 marzo 2015, n. 28746, Biasi, Rv. 264107); la pronuncia si iscrive in orientamento precedente e conforme (Sez. IV, 23 novembre 2010, n. 45351, Vidarte Mansilla, Rv. 249069; Sez. I, ord. 22 marzo 1971, n. 1177, Sacca, Rv. 118080);

b) recidiva e contenuto della motivazione del provvedimento che rigetta la richiesta di sua esclusione.



Deve segnalarsi una pronuncia (Sez. II, 17 settembre 2015, n. 39743, Del Vento, Rv. 264533), che ha ribadito un principio, già in passato affermato, in tema di sufficienza della motivazione implicita a fondare il rigetto di una richiesta di esclusione della recidiva contestata; il principio è così massimato: “il rigetto della richiesta di esclusione della recidiva facoltativa, pur richiedendo l’assolvimento di un onere motivazionale, non impone al giudice un obbligo di motivazione espressa, ben potendo quest’ultima essere anche implicita.” La fattispecie oggetto della decisione si riferiva a motivazione implicita sul diniego della richiesta di esclusione della recidiva, perché desumibile dal richiamo, operato in sentenza, alla negativa personalità dell’imputato emergente dalla gravità dei precedenti penali. Le decisione interviene dando continuità a quello che sembra essere l’orientamento tuttora maggioritario (Sez. II, 19 giugno 2012, n. 40218, Fatale, Rv. 254341; Sez. III, 21 aprile 2010, n. 22038, F., Rv. 247634; Sez. II, 14 dicembre 1979, n. 5542, Chierotti, Rv. 145166), pur in presenza di pronunce dai diversi accenti riferite in generale alla motivazione della ritenuta od esclusa recidiva. Tra queste ultime, si evidenziano: Sez. VI, 27 febbraio 2013, n. 16244, Nicotra, Rv. 256183, che segnala la necessità di uno specifico onere di motivazione del giudice in relazione alla recidiva, sia che egli la escluda sia nel caso in cui la ritenga, dinanzi ad una sentenza di merito che aveva utilizzato una mera formula di stile per rigettare la richiesta difensiva di disapplicazione della recidiva; Sez. F, 19 agosto 2013, n. 35526, De Silvio, Rv. 256713, che egualmente sottolinea la necessità di un’adeguata motivazione in ordine alla sussistenza in concreto delle condizioni per ritenere la recidiva che, altrimenti, deve essere esclusa e Sez. III, 17 dicembre 2014, n. 19170/2015, n. 263464, Gordyusceva che richiama l’attenzione sull’obbligo di specifica motivazione in caso di applicazione dell’aumento di pena per la recidiva facoltativa, espressione del potere discrezionale del giudice (tuttavia *contra*, Sez. V, 19 novembre 2009, n. 711/2010, Stracuzzi, Rv. 245733; Sez. III, 18 febbraio 2009, n. 13923, Criscuolo, Rv. 243505). Del resto, già le Sezioni unite, con la decisione del 27 ottobre 2011, n. 5859/2012, Marcianò, Rv. 251690 avevano affermato la sussistenza di un dovere di motivazione specifica sulla recidiva



facoltativa in capo al giudice, sia se si ritenga, sia se si escluda la rilevanza della circostanza in parola.



CAPITOLO II

LA NON PUNIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

(ANTONIO CORBO)

SOMMARIO: 1.Premessa. – 2. La natura giuridica della figura prevista dall'art. 131-bis cod. pen. – 3. Presupposti ed elementi costitutivi: in generale. – 4. (segue) la particolare tenuità dell'offesa. – 5. (segue) la non abitualità del comportamento. – 6. Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati con “soglia di punibilità”; in particolare le fattispecie di guida in stato di ebbrezza ed il contrasto di giurisprudenza. – 7. Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato di rifiuto di sottoporsi ad accertamenti per la verifica del tasso alcolemico: il contrasto di giurisprudenza. – 8. La disciplina procedimentale per l'adozione della sentenza predibattimentale di non doversi procedere. – 9. La particolare tenuità del fatto nel giudizio di cassazione: rilevabilità di ufficio, fondamento normativo e limiti applicativi. - 10. La particolare tenuità del fatto nel giudizio di cassazione: poteri decisori e criteri di valutazione. – 11. I rapporti tra causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e prescrizione. – 12. L'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. nei procedimenti davanti al giudice di pace.

1. Premessa. Con decreto legislativo del 16 marzo 2015, n. 28, è stato introdotto, con prospettive applicative di carattere generale, l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Il legislatore ha delineato i tratti fondamentali della nuova figura. In particolare, ne sono stati disegnati i profili sostanziali nel “nuovo” art. 131-bis cod. pen., e ne sono stati disciplinati alcuni aspetti processuali mediante l'integrazione degli artt. 411 e 469 cod. proc. pen. e l'inserimento dell'art. 651-bis cod. proc. pen., relativi, rispettivamente, al procedimento di archiviazione, alla pronuncia della sentenza di proscioglimento predibattimentale e all'efficacia delle sentenze di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, all'esito di dibattimento o di rito abbreviato, nei giudizi civili o amministrativi. Inoltre, è stata prevista l'iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti che dichiarano la non punibilità a norma dell'art. 131-bis cod. pen.

Tuttavia, l'esperienza giurisprudenziale riguardante le nuove disposizioni ha evidenziato l'esigenza di molteplici puntualizzazioni operative e l'insorgenza di rilevanti problemi applicativi. Se, infatti, sembra essersi creata una sostanziale “communis opinio”

circa natura giuridica ed immediata applicabilità delle nuove disposizioni ai processi in corso, ivi compresi quelli pendenti in sede di legittimità, numerose sono le questioni non definitivamente risolte o, addirittura, oggetto di contrasto giurisprudenziale. Si pensi, ad esempio, alla esatta individuazione dell'ambito operativo del requisito della “non abitudine del comportamento”, alla applicabilità dell'istituto ai reati per i quali sono previste “soglie” di punibilità o per i quali non sembra possibile accertare una gradualità dell'offesa, ma anche ai poteri di accertamento e di giudizio della Corte di cassazione. Non sono mancate, inoltre, significative precisazioni con riferimento a specifiche fattispecie applicative, sul versante sostanziale, nonché sui rapporti tra non punibilità per particolare tenuità del fatto e prescrizione, o sulla possibile rilevabilità del nuovo istituto nel caso di ricorso inammissibile.

2. La natura giuridica della figura prevista dall'art. 131-bis cod. pen. Già la prima pronuncia che ha affrontato il tema della possibile applicazione della disciplina relativa alla non punibilità per particolare tenuità del fatto, ha evidenziato “*la natura sostanziale*” dell'istituto, così da evincere, come immediata conseguenza, la diretta riferibilità allo stesso della regola della “*retroattività della legge più favorevole, secondo quanto stabilito dall'art. 2, comma 4, cod. pen.*” (Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, **Mazzarotto, Rv. 263308**).

Questa impostazione, che riconduce l'istituto al diritto penale sostanziale, è stata esplicitamente ripresa da pressoché tutte le pronunce successive, e, segnatamente, da: **Sez. III, 5 maggio 2015, n. 40774, Falconieri, Rv. 265079; Sez. III, 14 maggio 2015, n. 24358, Ferretti, Rv. 264109; Sez. I, 21 maggio 2015, n. 27246, Singh, Rv. 263925; Sez. III, 26 maggio 2015, n. 27055, Sorbara, Rv. 263885; Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897, Gau, Rv. 264034; Sez. VI, 23 giugno 2015, Di Bello, n. 39337, Rv. 264554; Sez. III, 24 giugno 2015, n. 34932, Elia, Rv. 264160; Sez. III, 1 luglio 2015, n. 43816, Amodeo, Rv. 265084; Sez. III, 2 luglio 2015, n. 31932, Terrezza, Rv. 264449; Sez. III, 15 luglio 2015, n. 38380, Ferraiuolo, Rv. 264795-264796; Sez. F, 6 agosto 2015, n. 34672, Cacioni, Rv. 264702; Sez. F, 13 agosto 2015, n. 36500, Greco, Rv. 264703; Sez. F, 18 agosto 2015, n. 40152, Vece, Rv. 264573; Sez. F, 20 agosto 2015, n. 38876,**



Morreale, Rv. 264700; Sez. VI, 15 settembre 2015, T., n. 44683, Rv. 265114-265116; Sez. II, 30 settembre 2015, n. 41742, Clemente, Rv. 264596; Sez. V, 7 ottobre 2015, n. 48020, V; Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50215, Sarli; Sez. VI, 22 ottobre 2015, n. 44417, Errfiki, Rv. 265065.

In particolare, **Sez. F, n. 40152 del 2015, Vece**, cit. ha osservato che *“la natura sostanziale dell’istituto di cui all’art. 131 bis c.p. è evincibile dal riferimento a categorie di diritto sostanziale, quali la definizione in termini di ‘punibilità’ e non di ‘procedibilità’, e della sua collocazione, nel capo I, Titolo V del libro I del codice penale, che presuppone l’esistenza di un reato, giudizialmente accertato in tutte le sue componenti, oggettive e soggettive, rispetto al quale il legislatore ritiene di escludere la sola punibilità e, quindi, di non applicare ed eseguire la pena, trovando altresì conferma anche nelle disposizioni di coordinamento processuale introdotte nel c.p.p. e segnatamente nell’art. 651-bis c.p.p., che, sotto la rubrica «efficacia della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel giudizio civile o amministrativo di danno» prevede al primo comma che la sentenza penale irrevocabile di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato quanto all’accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e dell’affermazione che l’imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale”*.

Sez. III, n. 27055 del 2015, Sorbara, cit. ha poi rilevato che trattasi di causa di non punibilità qualificabile come *“atipica”*, sia perché presuppone l’accertamento del reato e della sua attribuibilità all’imputato, sia perché produce per quest’ultimo significativi effetti negativi, come la possibile rilevanza nei giudizi civili ed amministrativi e l’iscrizione del provvedimento che la dichiara nel casellario giudiziale.

Sez. VI, n. 44683 del 2015, T., cit., ha, invece, definito l’istituto come *“causa di esclusione soggettiva della punibilità”*, posto che *“ai presupposti oggettivi – entità della pena edittale e offesa di particolare tenuità – si aggiungono quelli soggettivi del comportamento non abituale e dell’intensità del dolo e della colpa”*; la pronuncia ha, inoltre, aggiunto che all’accertamento dei presupposti per l’applicazione di tale figura giuridica segue la pronuncia di sentenza di assoluzione a norma dell’art. 530, comma 1, cod. proc. pen. Tale inquadramento

dogmatico risulta condiviso da Sez. 3, n. 50215 del 2015, Sarli, cit., che, proprio muovendo da questa impostazione, ha affermato la *“pacifica ammissibilità di un concorso punibile nel fatto commesso dal soggetto esentato dalla pena per particolare tenuità del fatto”*.

Sez. 6, n. 43816 del 2015, Errfiki, cit., infine, ha qualificato la figura introdotta con il d.lgs. n. 28 del 2015 come *“mera condizione di non punibilità”*, prevista in attuazione, primariamente, del principio di proporzionalità, diretta a contenere la reazione dell’ordinamento di fronte ad un fatto non completamente inoffensivo, e, come tale, nettamente distinta dalle cause di giustificazione.

La prospettiva della causa di non punibilità, del resto, sembra costituire anche il fondamento dell’affermazione per cui *“il nuovo istituto non individua ... un ulteriore elemento costitutivo del fatto, bensì un limite negativo alla sua punibilità”*; affermazione sulla quale è poi appoggiata la conclusione che l’insussistenza dei requisiti costitutivi della figura prevista dall’art. 131-bis cod. pen. *“non dovrebbe costituire oggetto di contestazione o di prova negativa da parte dell’accusa, essendo invece onere della difesa allegare la sussistenza dei relativi presupposti mediante l’indicazione di elementi specifici”* (**Sez. II, 10 aprile 2015, n. 32989, Lupattelli, Rv. 264223**).

3. Presupposti ed elementi costitutivi: in generale. La sentenza **Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, Mazzarotto, Rv. 263308**, ha offerto anche, in termini generali, la prima analisi dei presupposti applicativi ed agli elementi costitutivi del nuovo istituto.

Invero, la decisione ha innanzitutto premesso che la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 28 del 2015 è riferibile ai soli reati per i quali è prevista una pena detentiva non superiore, nel massimo, a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla precisata pena detentiva. Ha inoltre ricordato che, a norma dell’art. 131-bis, quarto comma, cod. pen., ai fini della determinazione della pena non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale, e che, in quest’ultimo caso, non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all’articolo 69.

La pronuncia ha poi rilevato che l'applicazione della causa di non punibilità ex art. 131-bis cod. pen. richiede – *“congiuntamente e non alternativamente, come si desume dal tenore letterale della disposizione”* – la sussistenza di due *“indici-criteri”*, quello della *“particolare tenuità dell'offesa”* e quello della *“non abitualità del comportamento”*, e che il primo di essi *“si articola, a sua volta, in due «indici-requisiti»*, costituiti dalla modalità della condotta e dalla esiguità del danno o del pericolo, da valutarsi sulla base dei parametri di cui al primo comma dell'art. 133 cod. pen., ossia *“natura, specie, mezzi, oggetto, tempo, luogo ed ogni altra modalità dell'azione, gravità del danno o del pericolo cagionato alla persona offesa del reato, intensità del dolo o grado della colpa”*. La non punibilità ex art. 131-bis cod. pen., infatti, secondo questa decisione, riguarda *“soltanto quei comportamenti (non abituali) che, sebbene non inoffensivi, in presenza dei presupposti normativamente indicati risultino di così modesto rilievo da non ritenersi meritevoli di ulteriore considerazione in sede penale”*.

Ferma restando questa impostazione di carattere generale, sostanzialmente riproposta da tutte le successive sentenze, la nuova disciplina è stata oggetto di specifici approfondimenti sia con riferimento agli indici-criteri, sia in relazione alla sua compatibilità con la categoria dei reati per i quali è prevista una soglia di punibilità, o con i reati per i quali non appare configurabile una graduabilità dell'offesa.

4. (segue) la particolare tenuità dell'offesa. L'indice-criterio della particolare tenuità dell'offesa ha costituito oggetto di approfondimento con riguardo ad entrambi gli indici-requisito.

In relazione all'indice-requisito della modalità della condotta, alcune decisioni hanno in particolare valorizzato il profilo della colpevolezza come elemento dirimente o comunque altamente significativo. In particolare, hanno sottolineato la rilevanza decisiva del grado della colpa per escludere la configurabilità della causa di non punibilità ex art. 131-bis cod. pen. sia **Sez. III, 17 aprile 2015, n. 22381, Mauri, Rv. 263496** (con riferimento a lesioni colpose commesse in violazione della normativa antiinfortunistica), sia **Sez. III, 15 luglio 2015, n. 38380, Ferraiuolo, Rv. 264796** (in relazione al reato di cui all'art. 44, comma 1, lett. a), del d. lgs. 6 giugno 2001, n. 380, per l'omessa

esposizione nel cantiere della tabella indicante gli estremi degli atti autorizzativi e la descrizione dell'intervento edilizio in corso); quest'ultima sentenza, anzi, proprio facendo ricorso al “*criterio del grado della colpa*”, ha ritenuto astrattamente configurabile l'istituto nei confronti del committente-proprietario e non, invece, del direttore dei lavori.

Con riferimento, invece, all'indice-requisito della esiguità del danno o del pericolo, la giurisprudenza di legittimità, in linea generale, ha osservato che tale profilo deve essere “*valutat[o] sulla base di elementi oggettivamente apprezzabili e non anche attraverso una stima meramente soggettiva*”, e, quindi, incentrando l'attenzione “*sul fatto concreto e non sull'astratta fattispecie di reato*” (così **Sez. III, 8 ottobre 2015, Derossi, n. 47039**, in relazione a fattispecie concernente violazioni urbanistiche e paesaggistiche). Avendo riguardo a specifiche fattispecie di reato, la Corte di cassazione ha evidenziato che l'esiguità del danno o del pericolo è ravvisabile anche nel caso di lesioni personali tradottesi in una contrattura di minimo rilievo (cfr. **Sez. V, 7 ottobre 2015, n. 48020, V.**), ma è incompatibile con l'esclusione dell'attenuante dei “casi di lieve entità” prevista dall'art. 4, terzo comma, della legge 18 aprile 1975, n. 110, in relazione al porto di oggetti atti ad offendere (così **Sez. I, 21 maggio 2015, n. 27246, Singh, Rv. 263925**); ha, inoltre, rilevato che la sua nozione non può essere equiparata a quella di non particolare gravità del fatto, la quale, nei reati concernenti la conservazione degli alimenti, preclude l'applicazione della misura della chiusura definitiva dello stabilimento, prevista dall'art. 12 bis della legge 30 aprile 1962, n. 283 (v. **Sez. III, 18 giugno 2015, n. 37875, Belfiore, Rv. 264675**).

Peraltro, anche nelle decisioni che hanno approfondito la nozione di singoli indici-requisiti, la Corte non ha mancato di sottolineare, formalmente, o attraverso le modalità di esternazione del proprio convincimento, che il riconoscimento della causa di non punibilità presuppone un apprezzamento analitico di tutti i parametri di valutazione (cfr., in particolare: **Sez. III, 15 luglio 2015, n. 38380, Ferraiuolo, Rv. 264796**; **Sez. V, 7 ottobre 2015, n. 48020, V.**; **Sez. III, del 8 ottobre 2015, n. 47039, Derossi**).

5. (segue) la non abitualità del comportamento. L'indice-criterio della non abitualità del comportamento è stato approfondito con particolare riferimento alla sua configurabilità nei casi di continuazione tra reati, reato permanente e concorso formale tra reati; qualche spunto di riflessione è inoltre emerso con riguardo ai rapporti con la figura del reato abituale.

In termini generali, **Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897, Gau, Rv. 264034**, richiamando puntualmente la Relazione illustrativa del d.lgs. n. 28 del 2015, ha osservato che la nozione di “non abitualità” del comportamento si pone su un piano diverso da quella di “occasionalità” dello stesso, cui fanno invece riferimento il d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, ed il d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che la sussistenza di tale indice-criterio non è esclusa dalla presenza “*di per sé sola*” di un precedente giudiziario, e che è prevista una sorta di “*presunzione di non abitualità*” nelle ipotesi indicate dal terzo comma dell’art. 131-bis cod. pen. e cioè quando “*l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate*”.

Proprio facendo leva sul tenore letterale dell’art. 131-bis, terzo comma, cod. pen., laddove questo attribuisce rilievo alla circostanza che il reo abbia «commesso» più reati della stessa indole o «si tratti» di reati aventi ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate, poi, la pronuncia citata, nel trattare una regiudicanda in cui erano contestate due fatti di violazioni di sigilli commessi a distanza di circa quattro mesi l’uno dall’altro, ha escluso che “*l’indicazione di abitualità presupponga un pregresso accertamento in sede giudiziaria*”, e ne ha inferito “*la conseguenza che possono essere oggetto di valutazione anche condotte prese in considerazione nell’ambito del medesimo procedimento*”, sicché, in via ulteriormente derivata, deve ritenersi “*operante lo sbarramento del terzo comma anche nel caso di reati avvinti dal vincolo della continuazione*”.

La soluzione che, nel caso di più reati esecutivi del medesimo disegno criminoso, esclude l’applicabilità della causa di non punibilità ex art. 131-bis cod. pen. in ragione della ‘abitualità’ del comportamento è stata poi riproposta, sulla base del medesimo

percorso motivazionale, da **Sez. III, del 1 luglio 2015, n. 43816, Amodeo, Rv. 265084**, in riferimento a reiterate violazioni degli obblighi contributivi ex art. 37 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 47039, Derossi, invece, occupandosi di violazioni urbanistiche e paesaggistiche, ha escluso che l'abitudine del comportamento illecito sia implicita nei casi di reato permanente e di concorso formale di reati. A proposito dei reati permanenti, infatti, la sentenza, dopo aver premesso che le violazioni urbanistiche hanno tale natura e che la loro consumazione ha inizio con l'avvio dei lavori di costruzione e perdura fino alla cessazione dell'attività edificatoria abusiva, ha evidenziato che la figura di illecito in questione si caratterizza non tanto per la reiterazione della condotta, quando per un comportamento persistente, dal quale deriva la protrazione nel tempo degli effetti e dell'offesa al bene giuridico protetto; di conseguenza, un tal tipo di condotta, se risulta difficilmente compatibile con l'indice-criterio della particolare tenuità dell'offesa, specie se si sia protratta per lungo periodo di tempo, non è però riconducibile nell'alveo del comportamento abituale. Con riferimento al concorso formale di reati, la decisione ha sottolineato che il presupposto della unicità di azione od omissione è incompatibile con le ipotesi di "condotte plurime, abituali e reiterate", di cui al terzo comma dell'art. 131-bis cod. pen., e che, più in generale, una condotta unica, seppur produttiva di plurime violazioni di legge, non appare sintomatica di "abitudine".

Il tema dei rapporti tra causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati permanenti è stato ripreso anche da **Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50215, Sarli**. Questa pronuncia, nel ribadire la non incompatibilità tra le due figure, e nel richiamare puntualmente **Sez. III, n. 47039 del 2015, Derossi**, cit., ha espressamente escluso l'applicabilità dell'istituto previsto dall'art. 131-bis cod. pen. quando la permanenza non è cessata, osservando che, in applicazione dei criteri di cui all'art. 133, primo comma, cod. pen., non può ritenersi la particolare tenuità dell'offesa nelle ipotesi in cui questa continua a protrarsi nel tempo.

Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 44683, T., Rv. 265114-265116, invece, esaminando un ricorso relativo al reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570 cod.

pen., ha evidenziato la difficoltà di concludere se sia ammissibile l'operatività del nuovo istituto con riguardo ai reati abituali: la decisione, infatti, ha osservato che, se un ostacolo a rispondere positivamente al quesito è costituito dalla “*struttura del reato abituale in quanto tale*”, presupponendo lo stesso una reiterazione di condotte, tuttavia il testo dell'art. 131-bis cod. pen. non sembra indirizzare con immediatezza alla soluzione negativa. Il problema interpretativo, peraltro, non è stato risolto, poiché già in concreto, alla luce della protrazione della condotta illecita e della gravità dell'inadempimento degli obblighi, si è escluso fossero ravvisabili i presupposti per la configurabilità della causa di non punibilità di nuovo conio.

6. Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reati con “soglia di punibilità”; in particolare le fattispecie di guida in stato di ebbrezza ed il contrasto di giurisprudenza. Una categoria di reati alla quale risulta attualmente controversa l'applicabilità dell'istituto previsto dall'art. 131-bis cod. pen. è quella costituita dalle fattispecie la cui punibilità è subordinata al raggiungimento di una ‘soglia’ quantitativamente misurabile.

Le prime decisioni relative a reati caratterizzati da una “soglia di punibilità” non hanno evidenziato alcuna incompatibilità tra gli stessi e la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto. Invero, **Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, Mazzarotto, Rv. 263308** (in fattispecie relativa al reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte ex art. 11 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), **Sez. III, 22 aprile 2015, n. 21474, Fantoni, Rv. 263693** (in fattispecie relativa al reato di omesso versamento di ritenute certificate ex art. 10-bis d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), **Sez. III, 5 maggio 2015, n. 40774, Falconieri, Rv. 265079** (in fattispecie relativa al reato di omesso versamento di I.V.A. ex art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74), e **Sez. III, 1 luglio 2015, n. 43816, Amodeo, Rv. 265084** (in fattispecie relativa al reato di omesso versamento di contributi previdenziali ex art. 37 legge 24 novembre 1981, n. 689), pur escludendo in concreto l'applicazione dell'art. 131-bis cod. pen., non hanno rilevato alcuna inconciliabilità strutturale tra l'istituto previsto da questa disposizione e le figure di reato sottoposte alla

loro cognizione. Nell'ambito di queste decisioni, l'osservazione di maggior specificità sembra essere quella espressa da **Sez. III, n. 40774 del 2015, Falconieri**, cit.: questa decisione, precisamente, ha rappresentato che, siccome per la fattispecie in contestazione *“il grado di offensività che dà luogo a sanzione penale è già stato valutato dal legislatore ... nella determinazione della soglia di punibilità ... potrebbe essere ritenuta di particolare tenuità solo un'omissione di ammontare vicinissimo a tale soglia”*, e, facendo applicazione di questo principio, ha escluso l'operatività del nuovo istituto in relazione ad un omesso versamento di I.V.A. pari ad Euro 112.124,00 a fronte di una soglia di punibilità di Euro 103.291,38.

Un puntuale ed articolato approfondimento della tematica in esame è offerto da **Sez. IV, 9 settembre 2015, n. 44132, Longoni, Rv. 264829-264830**, la quale ha escluso che sia incompatibile con il giudizio di particolare tenuità del fatto la previsione di soglie di rilevanza penale all'interno della fattispecie tipizzata dal legislatore.

La decisione ha avuto riguardo al reato di guida in stato di ebbrezza alcolica previsto dall'art. 186, comma 2, lett. b), cod. strada, con riferimento a vicenda in cui il tasso alcolemico accertato era di 0,82 grammi per litro (g/l) alla prima prova e di 0,85 grammi per litro (g/l) alla seconda prova. Per una migliore comprensione dei principi affermati in sentenza, è utile precisare che: quando il tasso alcolemico è superiore a 0,5 e non superiore a 0,8 grammi per litro (g/l), il fatto è soggetto a sanzione amministrativa (art. 186, comma 1, lett. a); quando il tasso alcolemico è superiore a 0,8 e non superiore a 1,5 grammi per litro (g/l), il fatto costituisce reato punito alternativamente con l'ammenda o con l'arresto non superiore a sei mesi (art. 186, comma 1, lett. b); quando il tasso alcolemico è superiore a 1,5 grammi per litro, il fatto è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno (art. 186, comma 1, lett. c).

La Corte ha innanzitutto enunciato le ragioni che, in linea generale, indicano a ritenere compatibile la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto con i reati definiti attraverso la tecnica della soglia di punibilità. Ha osservato, in proposito, con riferimento al dato formale, che: l'istituto di cui all'art. 131-bis è stato inserito dal legislatore nella parte generale del codice penale, e, quindi, con valenza generalizzante; i commi secondo

e quarto della disposizione in discorso prevedono espliciti limiti all'operatività della nuova causa di non punibilità in relazione a talune classi di reato, ma non indicano tra queste quelle caratterizzate dalla 'soglia' di rilevanza penale; il comma quinto dell'art. 131-bis cod. pen. contempla la possibile applicazione della causa di non punibilità anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante. Il Collegio ha poi rilevato, da un punto di vista sostanziale, un duplice ordine di argomenti: da un lato, l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto *“si giustifica alla luce della riconosciuta graduabilità del reato, intesa come proprietà del reato di presentare diversi gradi di gravità”*, in relazione a ciascuna *“sua componente”*, e quindi non solo avendo riguardo all'evento, ma anche con riferimento alla condotta (precisamente: alle modalità di questa), e alla colpevolezza, sicché *“sono sempre rinvenibili fattori di dimensionamento della gravità dell'illecito”*; dall'altro, *“il vincolo costituzionale all'uso del diritto penale quale extrema ratio impone di praticare la sussidiarietà anche nella dimensione applicativa; necessariamente attraverso la mediazione del giudice”*. Proprio alla luce di quest'ultima osservazione, anzi, la sentenza ha puntualizzato che la compatibilità tra istituto previsto dall'art. 131-bis cod. pen. e reati con soglia di punibilità non può essere posta in discussione dalla funzione che quest'ultima assume all'interno della fattispecie tipica (ad esempio, quando la stessa integri un elemento costitutivo dell'offesa invece che una condizione obiettiva di punibilità): *“in ogni caso la soglia svolge le proprie funzioni sul piano della selezione categoriale mentre la particolare tenuità conduce ad un vaglio tra le epifanie nella dimensione effettuale, secondo il paradigma della sussidiarietà in concreto”*.

Raggiunta questa conclusione in termini generali, la decisione ha affrontato il tema, più specifico, dell'ipotesi in cui *“la soglia descrive il confine non già tra lecito ed illecito ma tra l'illecito penale e quello amministrativo”* o tra illeciti penali sanzionati in modo diverso. Il problema, in questo caso, nasce dal fatto che l'applicazione della causa di non punibilità al reato (o al reato più grave) lascia il reo privo di sanzioni, e quindi gli attribuisce un trattamento migliore di quello che gli sarebbe stato applicato se l'agente fosse rimasto sotto la soglia. Il Collegio ha però evidenziato che, secondo un orientamento giurisprudenziale non sempre condiviso, ma recepito da ben due decisioni delle Sezioni

Unite, la n. 7394 del 16/03/1994, Mazza, Rv. 197698-197699, e la n. 25457 del 29/03/2012, Campagna Rudie, Rv. 252694, “*vi è piena autonomia dei connotati e dei principi delle violazioni amministrative rispetto a quelle penali*”, e che, quindi, “*in caso di depenalizzazione, salva diversa disposizione di carattere transitorio, il venir meno della rilevanza penale di una violazione non comporta – rectius: impedisce – l’applicazione della sanzione amministrativa*”. Ha quindi rilevato che tale orientamento, sebbene formatosi in relazione alla vicenda della depenalizzazione, indica principi validi anche per il tema in esame, e che questi non si pongono in contrasto con l’elaborazione della giurisprudenza della Corte E.D.U., la quale ha accolto la tesi della distinzione unicamente di grado tra illecito penale ed illecito amministrativo, poiché questo indirizzo, in realtà, risponde all’esigenza di estendere le garanzie della Convenzione E.D.U. ad ogni forma di espressione di un diritto punitivo. Ha infine aggiunto, con specifico riferimento all’ipotesi di soglia che determina il discrimine tra due diversi reati, che “*la causa di non punibilità impegna alla valutazione della complessiva tenuità del fatto*”, e che, in particolare, avendo riguardo ai reati di cui alle lett. b) e c) dell’art. 186, comma 2, cod. strada, il disvalore non deriva solo dalla entità dello stato di ebbrezza, ma anche dalle modalità della condotta e dall’entità del danno o del pericolo cagionato: “*si pensi, a mero titolo di esempio, a reato che si sia concretizzato nel guidare per pochi metri in stato di ebbrezza, con valore superiore a 1,5 g/l, una bicicletta in una strada poco o nulla interessata al traffico*”.

La Corte, peraltro, ha concluso che nel reato di guida in stato di ebbrezza, il riconoscimento della particolare tenuità del fatto, se esclude l’applicazione di sanzioni penali, non è privo di ogni conseguenza. Invero, si osserva innanzitutto che sia la lett. b), sia la lett. c), dell’art. 186, comma 2, cod. strada prevedono che «all’accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida». Si aggiunge, poi, che l’applicazione della causa di non punibilità di cui all’art. 131-bis cod. pen. “*presuppone l’accertamento del reato*”. Si conclude, pertanto, che il giudice penale, quando dichiara la non punibilità per particolare tenuità del fatto, deve disporre “*direttamente la sospensione della patente di guida*” per un periodo corrispondente a quello previsto dalla lett. b) o dalla lett. c) dell’art. 186, comma 2, cit.

Soluzione opposta è stata invece prospettata da **Sez. IV, (ord.) 3 dicembre 2015, n. 49824, Tushaj**, che, occupandosi anch'essa di fattispecie relativa al reato di cui all'art. 186, comma 2, lett. b), cod. strada, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite (l'udienza è stata fissata per il 25 febbraio 2016).

Punto di partenza, per questa pronuncia, è *“il convincimento che il legislatore, nel disciplinare le tre ipotesi di illecito descritte nel secondo comma dell'art. 186 del codice della strada abbia già ‘a monte’ operato una valutazione di maggiore o minore pericolosità, calibrando l'entità delle rispettive sanzioni (ivi comprese le sanzioni accessorie amministrative) in relazione ad un dato tecnico ben preciso, costituito dal tasso alcolemico”*. Si aggiunge che, del resto, non vi sarebbero altri parametri di valutazione cui ancorare un giudizio di tenuità, sia perché alcune modalità della condotta sono previste come aggravanti, sia perché *“i presupposti fattuali per la configurabilità della guida in stato di ebbrezza sono due: 1) la ‘guida’ di un veicolo (a nulla rilevando le modalità di guida); 2) lo stato di ebbrezza ...”*; sia perché le contravvenzioni previste dall'art. 186, comma 2, sono reati di pericolo posti a tutela della regolarità della circolazione e della sicurezza stradale ed operano *“su un piano diverso rispetto a quello, specifico, riferito alla vita e all'incolumità dei singoli”*, presidiato dalle fattispecie di lesioni ed omicidio colposi commessi con violazione delle norme sulla circolazione stradale. La conclusione è, quindi, che *“nessun rilievo possono assumere, ai fini della punibilità per i reati di guida in stato di ebbrezza, le modalità della condotta di guida”*, che non appare ipotizzabile una *“gradualità di offesa”* dei beni giuridici tutelati, e che, in generale, la dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità del fatto, in assenza di parametri diversi da quello relativo al tasso alcolemico, comporterebbe *“in qualche modo”* la sostituzione del giudice al legislatore.

Una conferma della inapplicabilità dell'istituto di cui all'art. 131-bis cod. pen. al reato di guida in stato di ebbrezza è poi ravvisata nella paradossale conseguenza cui condurrebbe la tesi opposta: l'eventuale operatività della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto al reato dovrebbe escludere anche l'applicazione di sanzioni amministrative (ammenda e sospensione della patente di guida), che, invece, vengono comunque irrogate al conducente con tasso alcolemico inferiore alla soglia che attribuisce rilevanza penale al fatto.

La decisione, a questo punto, esamina lo specifico profilo della applicabilità della sanzione accessoria della sospensione della patente di guida. Dopo aver rilevato il silenzio del legislatore in proposito, la stessa ritiene espressamente non “*appagante*” la soluzione accolta da **Sez. IV, n. 44132 del 2015, Longoni**, cit., secondo cui la dichiarazione della non punibilità per particolare tenuità del fatto impone comunque la sospensione della patente di guida. Al riguardo, infatti, si osserva, in primo luogo, che l’«accertamento della violazione» al quale consegue la sanzione accessoria, contemplato dall’art. 186, comma 2, codice della strada si riferisce necessariamente ad una pronuncia di condanna: non si spiegherebbe, altrimenti, la ragione della previsione di cui all’art. 186, comma 2-quater, introdotta dalla legge 2 ottobre 2007, n. 160, secondo cui «le disposizioni relative alle sanzioni accessorie di cui ai commi 2 e 2-bis si applicano anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti». Si aggiunge, poi, che, se alla dichiarazione di non punibilità ex art. 131-bis cod. pen. si fa seguire comunque la sospensione della patente di guida, si viola il principio interpretativo “*ubi lex voluit ibi dixit, ubi noluit tacuit*”, posto che quest’ultima disposizione nulla prevede con riferimento alle sanzioni amministrative accessorie, a differenza, ad esempio, di quanto statuisce l’art. 168-ter cod. pen. in tema di “messa alla prova”. Si rileva, infine, che l’applicazione della misura della sospensione della patente di guida nonostante la dichiarazione di non punibilità ex art. 131-bis cod. pen. implicherebbe comunque l’irrogazione della sanzione in concreto più afflittiva e con risultati potenzialmente più gravosi di quelli conseguenti alla pronuncia di una sentenza di condanna: il condannato, o l’imputato cui è applicata la pena ex art. 444 cod. proc. pen., può essere ammesso alla pena alternativa del lavoro di pubblica utilità, il cui positivo esito determina, in particolare, “*il dimezzamento della durata della sospensione della patente di guida*”.

7. Non punibilità per particolare tenuità del fatto e reato di rifiuto di sottoporsi ad accertamenti per la verifica del tasso alcolemico: il contrasto di giurisprudenza. Un ulteriore contrasto di giurisprudenza è emerso in ordine alla applicabilità dell’istituto di cui all’art. 131-bis cod. pen. al reato di rifiuto di sottoporsi ad

accertamenti volti a verificare la presenza nel sangue di sostanze alcoliche, previsto dall'art. 186, comma 7, cod. strada.

La prima decisione in argomento, **Sez. IV, 1 luglio 2015, n. 33821, Pasolini, Rv. 264357**, ha accolto la soluzione favorevole alla possibile operatività della causa di non punibilità, valorizzando, in particolare, il “*mancato riscontro di una condotta di guida concretamente pericolosa*”, oltre che l'irrogazione di una pena, da parte del giudice di merito, pari al minimo edittale; conseguentemente, è stata annullata con rinvio la sentenza impugnata limitatamente alla verifica delle condizioni di applicabilità dell'art. 131-bis cod. pen.

Soluzione opposta è stata però prospettata da **Sez. IV, (ord.) 3 dicembre 2015, n. 49825, Coccimiglio**, che ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite (anche per questo processo l'udienza è stata fissata per il 25 febbraio 2016).

Questa pronuncia, invero, osserva, in primo luogo, che non può essere valorizzato, ai fini in questione, l'elemento della condotta, siccome questa consiste in un rifiuto che, in quanto tale, “*si esprime con il dissenso in qualunque modo manifestato*”, come conferma la clausola di sussidiarietà di cui all'art. 186, comma 7, codice della strada, la quale, prevedendo la punibilità «salvo che il fatto costituisca più grave reato», “*restringe tendenzialmente al solo e semplice rifiuto la qualificazione giuridica del fatto ai sensi della norma in esame*”; di conseguenza, non può tenersi conto di condotte diverse dal rifiuto, come ha fatto la sentenza Pasolini, che ha attribuito rilievo al “*mancato riscontro di una condotta di guida concretamente pericolosa*”. L'ordinanza, muovendo da questa premessa, rappresenta, poi, che, se la condotta incriminata è quella del rifiuto di sottoporsi all'accertamento legittimamente richiesto, non sembra “*possa ipotizzarsi una gradualità di offesa*” in riferimento allo specifico bene tutelato dalla norma incriminatrice, costituito dal “*regolare andamento dei controlli da parte degli organi di polizia a fini di sicurezza stradale*”.

8. La disciplina procedimentale per l'adozione della sentenza predibattimentale di non doversi procedere. Sotto il versante processuale, il legislatore ha espressamente previsto l'adozione di sentenza predibattimentale di

proscioglimento in relazione alla non punibilità per particolare tenuità del fatto, aggiungendo, nell'art. 469 cod. proc. pen., il comma 1-bis, il quale recita: «*La sentenza di non doversi procedere è pronunciata anche quando l'imputato non è punibile ai sensi dell'articolo 131-bis del codice penale, previa audizione in camera di consiglio anche della persona offesa, se compare*».

In giurisprudenza, si è posto il dubbio se tale previsione deroga a quella dettata dal primo comma del medesimo articolo, per effetto della quale il giudice pronuncia sentenza di proscioglimento predibattimentale «*sentiti il pubblico ministero e l'imputato e se questi non si oppongono*».

La prima, e finora unica, decisione di legittimità che ha espressamente affrontato il problema **Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 47039, Derossi**, ha ritenuto che, anche per la pronuncia di sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 131-bis cod. pen., è necessaria la non opposizione del pubblico ministero e dell'imputato, così come previsto, in linea generale, dall'art. 469, comma 1, cod. proc. pen.

La decisione citata, in proposito, ha evidenziato innanzitutto che la congiunzione «*anche*» ha “*pacificamente valore aggiuntivo, con finalità coordinative tra i due commi, che evidentemente salda tra loro*”; ha poi aggiunto che la stessa Relazione illustrativa del d.lgs. n. 28 del 2015, nel precisare le finalità a base dell'intervento normativo sul punto, si limita a rilevare che la modifica dell'art. 469 cod. proc. pen. ha semplicemente lo scopo di consentire l'interlocuzione della persona offesa in una fase del procedimento in cui non vi è la piena garanzia del contraddittorio assicurata, invece, nell'udienza preliminare e nel dibattimento. La sentenza ha quindi osservato che la previsione dell'interlocuzione delle parti si giustifica per il possibile interesse delle stesse ad un diverso esito del procedimento: l'imputato, ad esempio, potrebbe avere interesse ad una pronuncia sul merito, perché quella che dichiara il proscioglimento ex art. 131-bis cod. pen. “*comporta, quale conseguenza, l'iscrizione del relativo provvedimento nel casellario giudiziale*”. Ha inoltre rilevato che, contro tale ricostruzione, non può nemmeno addursi l'esigenza di evitare la vanificazione operativa dell'istituto per la prevedibile “*scontata opposizione*” da parte del pubblico ministero: l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 469, comma 1, cod. proc. pen., “*da un lato, non pone l'organo della pubblica accusa in una posizione differente rispetto a*

quella in cui verrebbe a trovarsi in presenza di una delle altre situazioni che nel primo comma dell'art. 469 cod. proc. pen. giustificano la pronuncia della sentenza predibattimentale e, dall'altro, avrebbe quale ulteriore esito la sottrazione all'imputato dell'analogo diritto di opposizione'.

Puntualizzato questo aspetto, **Sez. III, n. 47039 del 2015, Derossi**, cit. ha anche sottolineato la necessità che la persona offesa sia messa in condizioni di scegliere se comparire ed interloquire sulla questione della particolare tenuità del fatto. In proposito, anzi, ha incidentalmente osservato che la persona offesa dovrebbe ricevere avviso della fissazione dell'udienza in camera di consiglio con espresso riferimento alla specifica procedura di cui all'art. 469, comma 1-bis, cod. proc. pen., se la notifica del decreto di citazione a giudizio sia stata effettuata quando tale particolare esito del procedimento non era neppure prevedibile.

9. La particolare tenuità del fatto nel giudizio di cassazione: rilevabilità di ufficio, fondamento normativo e limiti applicativi. Un problema immediatamente prospettato in giurisprudenza è stato quello della rilevabilità di ufficio della non punibilità per particolare tenuità del fatto nel giudizio davanti la Corte di cassazione.

La questione, ovviamente, si è posta perché, riconosciuta la natura sostanziale dell'istituto, occorre individuare in che modo lo stesso potesse operare nel giudizio di cassazione nonostante dell'applicazione dello stesso non fosse stata fatta menzione nei motivi di ricorso.

La soluzione percorsa da gran parte delle decisioni, a partire da **Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, Mazzarotto, Rv. 263308**, è stata quella del ricorso alla disposizione contenuta nella seconda parte dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., *“trattandosi di questione che non sarebbe stato possibile dedurre in grado di appello”* (cfr., nello stesso senso, in particolare: **Sez. III, 22 aprile 2015, n. 21474, Fantoni, Rv. 263693**; **Sez. III, 5 maggio 2015, n. 40774, Falconieri, Rv. 265079**; **Sez. III, 14 maggio 2015, n. 24358, Ferretti, Rv. 264109**; **Sez. III, 26 maggio 2015, n. 27055, Sorbara, Rv. 263885**; **Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897, Gau, Rv. 264034**; **Sez. III, 1 luglio 2015, n. 43816, Amodéo, Rv. 265084**; **Sez. V, 7 ottobre 2015, n. 48020, V.**).

Non sono mancate pronunce che hanno ritenuto la rilevabilità d'ufficio della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto “*in forza dell'art. 129 c.p.p.*” (così **Sez. II, 10 aprile 2015, n. 32989, Lupattelli, Rv. 264223**, nonché, in termini analoghi, **Sez. III, 15 luglio 2015, n. 3838, Ferraiuolo, Rv. 264795-264796**, e **Sez. II, 30 settembre 2015, n. 41742, Clemente, Rv. 264596**), o comunque richiamando anche l'art. 129, comma 1, cod. proc. pen. (cfr. **Sez. I, 21 maggio 2015, n. 27246, Singh, Rv. 263925**, e **Sez. F, 18 agosto 2015, n. 40152, Vece, Rv. 264573**, la quale ha evidenziato che in diverse pronunce di più Sezioni della Corte è stata di fatto pacificamente ammessa ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. la declaratoria di cause di non punibilità non testualmente previste da tale disposizione).

Il richiamo all'art. 129 cod. proc. pen., tuttavia, è stata espressamente contestato da alcune delle decisioni precedentemente indicate, sul rilievo che la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. non rientra tra le ipotesi contemplate dall'art. 129 cod. proc. pen. (cfr. **Sez. III, 26 maggio 2015, n. 27055, Sorbara, Rv. 263885**, nonché **Sez. III, 24 giugno 2015, n. 34932, Elia, Rv. 264160**), e che tale ‘silenzio’ non costituisce “*il frutto di una mera dimenticanza del legislatore, ... esulando ... dall'ambito operativo della fattispecie processuale le ipotesi in cui la causa di non punibilità possa essere dichiarata esclusivamente dopo l'accertamento del fatto di reato e della sua attribuibilità all'imputato*”, come “*confermato, sia pure con riferimento all'imputabilità, dalla Corte costituzionale (sentenza del 10 febbraio 1993, n. 41) secondo cui la suddetta declaratoria (di non punibilità per difetto d'imputabilità) postula il necessario accertamento della responsabilità in ordine al fatto-reato e della sua attribuibilità all'imputato*” (così **Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50215, Sarli**). La problematicità dell'applicazione dell'art. 129 cod. proc. pen. all'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto è stata, inoltre, segnalata, proprio per il mancato esplicito richiamo nel testo dell'art. 129 cod. proc. pen. alle cause di non punibilità, da **Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 44683, T., Rv. 265114-265116**, la quale, tuttavia, ha espressamente evitato di prendere posizione in argomento osservando che, nel caso di specie, si trattava comunque di questione che non era stato possibile dedurre in grado di appello.

Una volta ammessa la rilevabilità di ufficio della non punibilità per particolare tenuità del fatto nel giudizio di cassazione, si è posto il problema degli eventuali limiti all'applicazione dell'istituto di cui all'art. 131-bis cod. pen. se il ricorso sia inammissibile per manifesta infondatezza dei motivi.

Sez. III, 24 giugno 2015, n. 34932, Elia, Rv. 264160, e Sez. V, 18 agosto 2015, Vece, n. 40152, Rv. 264573, hanno accolto la soluzione contraria alla rilevabilità di ufficio della non punibilità per particolare tenuità del fatto in caso di inammissibilità del ricorso sul rilievo che *“un ricorso inammissibile è inidoneo a costituire il rapporto giuridico processuale di impugnazione”*, e, quindi, impedisce anche l'applicazione di *“ius superveniens”* più favorevole. Entrambe le decisioni hanno richiamato, a sostegno di tale conclusione, il principio, più volte ribadito anche dalle Sezioni Unite (in particolare: Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, Rv. 217266; Sez. Un., 2 marzo 2005, n. 23428, Bracale, Rv. 231164; Sez. un., 28 febbraio 2008, n. 19601, Niccoli, Rv. 239400), che ritiene preclusa la possibilità di rilevare e dichiarare le cause di non punibilità a norma dell'art. 129 cod. proc. pen. e, quindi, anche la prescrizione, in caso di ricorso inammissibile per manifesta infondatezza dei motivi. Hanno poi aggiunto che la non rilevabilità della causa di non punibilità in caso di ricorso inammissibile trova conferma nel fatto che l'istituto di cui all'art. 131-bis cod. pen. non implica una forma di *“abolitio criminis”*, come tale deducibile anche davanti al giudice dell'esecuzione: infatti, mentre l'art. 2 cod. pen. e l'art. 673 cod. proc. pen. prevedono, rispettivamente, la cessazione degli effetti e la revocabilità di una sentenza di condanna quando il *«fatto ..., secondo una legge posteriore, non costituisce reato»*, ovvero quando *«il fatto non è previsto dalla legge come reato»*, laddove ricorrono i presupposti della non punibilità in questione, *“il fatto è pur sempre qualificabile – e qualificato dalla legge – come ‘reato’”*, come conferma *“il ‘nuovo’ art. 651-bis [che] attribuisce efficacia di giudicato nei giudizi civili ed amministrativi alla sentenza dibattimentale di proscioglimento per particolare tenuità del fatto anche «quanto all'accertamento ... della sua illiceità penale»”* (la citazione testuale è di **Sez. III, n. 34932 del 2015, Elia, cit.**; analoghe sono le espressioni di **Sez. V, n. 40152, del 2015, Vece, cit.**). Nello stesso senso di queste pronunce, si è espressa, con un *“obiter dictum”*, anche **Sez. F, 13 agosto 2015, n. 36500, Greco, Rv. 264703**.

Una diversa impostazione è stata indicata, sia pure “*incidenter tantum*”, da **Sez. IV, (ord.) 3 dicembre 2015, n. 49824, Tushaj**, sul rilievo che l’introduzione dell’art. 131-bis cod. pen., se non ha comportato una “*abolitio criminis*”, costituisce comunque “*un intervento legislativo che, riguardando una ipotesi in presenza della quale l’imputato non viene assoggettato a pena, attiene alla tutela dei diritti fondamentali della persona*”. A fondamento di questa osservazione, l’ordinanza ha richiamato il principio recentemente espresso da **Sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia, Rv. 26511**, che ha ritenuto esito ‘obbligato’ l’annullamento con rinvio della sentenza di condanna in caso di sopravvenienza di disposizioni sanzionatorie più favorevoli anche al cospetto di ricorso inammissibile.

10. La particolare tenuità del fatto nel giudizio di cassazione: poteri decisori e criteri di valutazione. Il riconoscimento del potere di rilevare la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto nel giudizio di cassazione ha posto, come indefettibile conseguenza, la necessità di individuare i possibili esiti decisori del processo di legittimità e i criteri di valutazione cui deve attenersi la Corte.

Un punto fermo nell’ormai ampia elaborazione giurisprudenziale è quello per cui deve ritenersi esclusa la necessità di procedere ad annullamento della sentenza impugnata solo perché viene dedotta la possibile applicazione dell’istituto di cui all’art. 131-bis cod. pen. Tale soluzione, applicata di fatto da tutte le decisioni in materia, è stata esplicitamente enunciata da **Sez. III, 22 aprile 2015, n. 21474, Fantoni, Rv. 263693**, da **Sez. II, 30 settembre 2015, n. 41742, Clemente, Rv. 264596**, e da **Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 44683, T., Rv. 265114-265116**, le quali hanno espressamente precisato che non è compatibile con il nostro sistema processuale un “*annullamento con mere finalità esplorative*” (così, precisamente, **Sez. VI, n. 44683 del 2015, T., cit.**), o, comunque, un “*indiscriminato annullamento ... quando non ricorrano le condizioni di applicabilità del nuovo istituto*” (questi i termini di **Sez. III, n. 21474 del 2015, Fantoni, cit.**). In particolare, **Sez. VI, n. 44683 del 2015, T., cit.**, ha spiegato che tale soluzione è doverosa perché “*la disciplina dell’annullamento, con e senza rinvio (artt. 620-624 cod. proc. pen.) presuppone ... l’individuazione di*

‘vizi’ specifici del provvedimento impugnato”, e che, quindi, anche nel caso di sopravvenienza di norma più favorevole, *“tale novità rileva in tanto in quanto, allo stato degli atti e in relazione alle peculiarità del caso quali delineatesi nei precedenti gradi di merito del processo (attraverso l’imputazione, le sentenze e gli atti di impugnazione), risulti potenzialmente effettivamente pertinente, perché congrua ad una possibile diversa decisione”*.

Se è dato registrare una “*communis opinio*” sulla inammissibilità di annullamenti con finalità esplorative, è però evidente il formarsi di due orientamenti diversi circa il possibile esito decisorio, laddove la Corte ritenga fondate le ragioni addotte o rilevate ai fini dell’applicabilità dell’istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto.

Secondo un orientamento, inaugurato da **Sez. III, 8 aprile 2015, n. 15449, Mazzarotto, Rv. 263308**, *“l’applicabilità dell’art. 131-bis cod. pen. presuppone ... valutazioni di merito”*, con la conseguenza che, *“nel giudizio di legittimità, dovrà preventivamente verificarsi la sussistenza, in astratto, delle condizioni di applicabilità del nuovo istituto, procedendo poi, in caso di valutazione positiva, all’annullamento della sentenza impugnata con rinvio al giudice del merito affinché valuti se dichiarare il fatto non punibile”*. Nello stesso senso, si sono successivamente poste: **Sez. III, 5 maggio 2015, n. 40774, Falconieri, Rv. 265079**; **Sez. III, 14 maggio 2015, Ferretti, n. 24358, Rv. 264109**; **Sez. III, 28 maggio 2015, n. 29897, Gau, Rv. 264034**; **Sez. III, 1 luglio 2015, n. 43816, Amodeo, Rv. 265084**; **Sez. III, 2 luglio 2015, n. 31932, Terrezza, Rv. 264449**; **Sez. III, 15 luglio 2015, n. 38380, Ferraiuolo, Rv. 264795-264796**; **Sez. F, 13 agosto 2015, n. 36500, Greco, Rv. 264703**; **Sez. II, 30 settembre 2015, n. 41742, Clemente, Rv. 264596**. In particolare, **Sez. III, n. 38380 del 2015, Ferraiuolo, cit.**, ha evidenziato che *“la fisiologia del giudizio di legittimità ... preclude di esprimere valutazioni in fatto, spettanti solo al giudice di merito”*, e che, quindi, *“l’apprrezzamento della Corte non può che essere limitato ad un vaglio di astratta non incompatibilità dei tratti della fattispecie, come risultanti dalla sentenza impugnata e dagli atti processuali, con gli indici-criteri e gli indici-requisiti indicati dalla novella”*. **Sez. F, n. 36500 del 2015, Greco, cit.**, poi, ha rappresentato che la Corte, qualora rilevi *“la sussistenza delle condizioni di applicabilità della nuova disciplina, fondandosi su quanto emerge dalle risultanze processuali e dalla motivazione della*



decisione impugnata”, deve “*annullare, con rinvio al giudice di merito, la sentenza in caso di valutazione positiva e rigettare il ricorso, ove non ricorrano le condizioni per l’applicabilità dell’istituto*”.

Un diverso orientamento, invece, afferma espressamente che la Corte di cassazione possa anche disporre l’annullamento senza rinvio della sentenza impugnata “*ogniquale volta già dalla sentenza impugnata risultino palesi la ricorrenza dei presupposti oggettivi e soggettivi formali e un apprezzamento del giudice di merito coerente alla conclusione logica che il caso di specie vada sussunto nella particolare tenuità del fatto*” (così **Sez. VI, n. 44683 del 2015, T.**, cit.), o, comunque, quando, per il “*contesto di assoluta evidenza dei presupposti indicati dall’art. 131-bis cod. pen.*”, risulti “*superfluo l’annullamento con rinvio della sentenza impugnata*” (in questi termini, **Sez. V, 7 ottobre 2015, n. 48020, V.**). In particolare, **Sez. VI, n. 44683 del 2015, T.**, cit., ha rilevato che alla immediata applicazione della causa di non punibilità in discorso nel giudizio di cassazione non sono opponibili ostacoli connessi all’interlocuzione della persona offesa, perché, quando questa non è costituita parte civile, non è previsto un suo diritto ad interloquire sulla pronuncia di una sentenza di proscioglimento ex art. 131-bis cod. pen. adottata in fase processuale, mentre, laddove vi è la costituzione parte civile, la decisione liberatoria per particolare tenuità del fatto non pregiudica gli interessi civili a norma dell’art. 651-bis cod. proc. pen. Ha aggiunto, inoltre, che nei casi in cui sia evidente la sussistenza dei presupposti per l’applicazione della causa di non punibilità, disporre l’annullamento con rinvio costituirebbe una disapplicazione dell’art. 620, comma 1, lett. l), cod. proc. pen., e sarebbe “*non solo contrastante con i principi costituzionale della ragionevole durata del processo e della sua economia ed efficienza, ma anche intrinsecamente contraddittorio*”, per la pratica impossibilità per il giudice del rinvio di escludere l’operatività dell’art. 131-bis cod. pen. Avendo riguardo alle conseguenze della decisione di annullamento senza rinvio, **Sez. V, n. 48020 del 2015, V.**, cit., ha precisato che, nonostante tale esito decisorio, restano ferme le statuizioni civili, in considerazione del disposto di cui all’art. 651-bis cod. proc. pen.

Può essere interessante segnalare quali dati emergenti dalla sentenza impugnata risultano essere stati valorizzati in sede di legittimità ai fini della decisione di inammissibilità, rigetto, annullamento con rinvio o annullamento senza rinvio.

Le sentenze che hanno escluso la sussistenza delle condizioni per la declaratoria della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto hanno richiamato: l'irrogazione di una pena superiore al minimo edittale, il mancato riconoscimento delle attenuanti generiche e la non concessione dei benefici di legge (**Sez. III, n. 15449 del 2015, Mazzarotto, cit.**); il "comportamento abituale" per reiterazione delle condotte illecite (**Sez. III, n. 29897 del 2015, Gau, cit.**; **Sez. III, n. 43816 del 2015, Amodeo, cit.**); il grado di offensività della condotta (**Sez. III, n. 40774 del 2015, Falconieri, cit.**; **Sez. III, n. 21474 del 2015, Fantoni, cit.**; **Sez. I, 21 maggio 2015, n. 27246, Singh, Rv. 263925**; **Sez. III, 18 giugno 2015, n. 37875, Belfiore, Rv. 264675**; **Sez. III, n. 31932 del 2015, Terrezza, cit.**; **Sez. F, n. 36500 del 2015, Greco, cit.**; **Sez. VI, n. 44683 del 2015, T., cit.**; **Sez. II, n. 41742 del 2015, Clemente, cit.**); il grado di offensività della condotta e l'intensità del dolo, nonostante l'irrogazione del minimo edittale e la concessione delle attenuanti generiche (**Sez. VI, 22 ottobre 2015, n. 44417, Errfiki, Rv. 265065**); il grado della colpa e la mancata applicazione del minimo edittale, pur in presenza di irrogazione della sola pena pecuniaria e previa concessione delle attenuanti generiche (così **Sez. IV, 27 maggio 2015, n. 22381, Mauri, Rv. 263496**); il solo grado della colpa (**Sez. III, n. 38380 del 2015, Ferraiuolo, cit.**); l'entità della pena pecuniaria irrogata, sebbene in alternativa alla pena detentiva e nonostante la definizione del fatto come "*modesto*" nella sentenza impugnata (**Sez. III, n. 24358 del 2015, Ferretti, cit.**).

Le sentenze che hanno annullato con rinvio la sentenza impugnata, invece, hanno sottolineato positivamente: le motivazioni moralmente apprezzabili e l'assenza di interessi personali al compimento della condotta (**Sez. VI, 23 giugno 2015, n. 39337, Di Bello, Rv. 264554**); il grado di offensività della condotta e l'irrogazione di una pena pari al minimo edittale (**Sez. IV, 1 luglio 2015, n. 33821, Pasolini, Rv. 264357**); il grado di offensività della condotta e della colpa (**Sez. III, n. 38380 del 2015, Ferraiuolo, cit.**); il grado di offensività della condotta e la concessione delle attenuanti generiche, sebbene in concorso con un'aggravante (**Sez. IV, 9 settembre 2015, n. 44132, Longoni, Rv. 264829-264830**).

L'unica sentenza che ha annullato senza rinvio una pronuncia di condanna (**Sez. V, n. 48020 del 2015, V.**, cit.) ha valorizzato, con riferimento al reato di lesioni personali, l'entità della sanzione irrogata (Euro 400,00 di multa), l'impulsività dell'azione, la modestia del danno cagionato, consistito in una contrattura di minimo rilievo, e l'assenza di qualunque elemento idoneo a far ritenere l'abitudine della condotta.

11. I rapporti tra causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e prescrizione. Il tema dei rapporti tra causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e prescrizione è venuto in rilievo sotto un duplice profilo: se, nel possibile concorso tra le due vicende, prevalga la prima o, invece, la seconda; se, nel caso di annullamento con rinvio disposto esclusivamente per accertare la sussistenza della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-bis cod. pen., sia rilevabile l'eventuale sopravvenienza della prescrizione.

Per quanto attiene al primo aspetto, **Sez. III, 26 maggio 2015, n. 27055, Sorbara, Rv. 263885**, ha escluso che, in relazione ad un reato già estinto per il decorso del termine di prescrizione, possa essere rilevata la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto. A fondamento di tale conclusione, la Corte ha osservato che, mentre la dichiarazione di prescrizione estingue il reato, *“la declaratoria di non punibilità per la particolare tenuità del fatto lascia del tutto intatto il reato nella sua esistenza sia storica che giuridica”*, e che diverse sono le conseguenze scaturenti dalle due distinte tipologie di proscioglimento. Il principio è stato poi puntualmente riproposto da **Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50215, Sarli**.

Con riferimento al secondo profilo, poi, **Sez. III, 15 luglio 2015, n. 38380, Ferraiuolo, Rv. 264795-264796**, e **Sez. III, n. 50215 del 2015, Sarli**, cit., hanno affermato che quando la Corte di cassazione annulla con rinvio limitatamente all'accertamento dell'esistenza della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, il giudice del rinvio è tenuto a verificare esclusivamente l'applicabilità in fatto di tale causa di esclusione della punibilità, ma non può rilevare l'eventuale decorso del termine di prescrizione maturato dopo la sentenza di annullamento (parziale), stante la

formazione del giudicato progressivo in punto di accertamento del reato e di affermazione della responsabilità dell'imputato.

In particolare, **Sez. III, n. 38380 del 2015, Ferraiuolo**, cit., ha evidenziato che l'annullamento limitato esclusivamente ai fini dell'accertamento dell'esistenza di una causa di non punibilità integra *“una situazione analoga a quella in cui l'annullamento con rinvio venga disposto per la sola determinazione della pena”*. **Sez. III, n. 50215 del 2015, Sarli**, cit., invece, a sostegno della medesima conclusione, ha osservato, principalmente, che: 1) la 'punibilità' non funge da elemento costitutivo del reato; 2) l'applicazione di una causa di non punibilità dipendente da comportamenti del reo successivi al fatto o rimessa al potere discrezionale del giudice, in quanto dettata da *“motivi di convenienza o di politica utilità della punizione”*, presuppone l'accertamento dell'esistenza del reato e dell'attribuibilità al suo autore; 3) l'istituto di cui all'art. 131-bis cod. pen. *“non configura un'ipotesi di abolitio criminis”*, anche alla luce di quanto dispone il 'nuovo' art. 651-bis cod. proc. pen., il quale *“attribuisce efficacia di giudicato nei giudizi civili e amministrativi alla sentenza dibattimentale di proscioglimento per particolare tenuità del fatto anche «quanto all'accertamento ... della sua illiceità penale»”*, ed anzi implica l'accertamento di un fatto di reato, non solo conforme alla fattispecie tipica, ma anche 'offensivo'; 4) la sua applicazione produce numerosi effetti negativi, come la rilevanza della sentenza dichiarativa della causa di non punibilità in questione nei giudizi civili ed amministrativi, e l'iscrizione nel casellario giudiziale dei provvedimenti alla stessa relativi; 5) l'annullamento con rinvio ai fini dell'accertamento della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto implica la formazione del giudicato progressivo *“su quelle statuizioni suscettibili di autonoma considerazione, quale quella relativa all'accertamento del reato ascritto, che diventano non più suscettibili di ulteriore riesame”*, e, quindi, la formazione di una *“barriera invalicabile all'applicazione delle cause estintive del reato, sopravvenute alla sentenza di annullamento ad opera della Cassazione”*, per effetto di quanto prevede l'art. 624 cod. proc. pen.

12. L'applicabilità della causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis cod. pen. nei procedimenti davanti al giudice di pace.

Alcune pronunce hanno dedicato specifica attenzione al tema dell'applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 131-bis cod. pen. nei procedimenti davanti al giudice di pace.

Il problema si è posto essenzialmente per la 'vicinanza' tra l'istituto introdotto dall'art. 131-bis cod. pen. e quello della esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto di cui all'art. 34 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

Tutte le decisioni che hanno esaminato direttamente o incidentalmente le due figure giuridiche hanno evidenziato differenze di conformazione strutturale o, comunque, di disciplina. Sono state, in particolare, segnalate: 1) la diversità di “*natura*” dei due istituti, per essere di carattere “*sostanziale*” quello di cui all'art. 131-bis cod. pen., e “*processuale*” l'altro (così **Sez. F, 6 agosto 2015, n. 34672, Cacioni, Rv. 264702**, e **Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 44683, T., Rv. 265114-265116**); 2) la necessità della “*occasionalità*” (e non della mera “*non abitualità*”) della condotta, nonché della verifica del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute dell'imputato o dell'indagato per la dichiarazione di particolare tenuità prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, e non per quella pronunciata a norma dell'art. 131-bis cod. pen. (**Sez. IV, 14 luglio 2015, n. 31920, Marzola, Rv. 264420**; **Sez. F, 20 agosto 2015, n. 38876, Morreale, Rv. 264700**); 3) l'attribuzione di poteri diversificati alla persona offesa, che, per l'adozione della pronuncia della sentenza predibattimentale di proscioglimento ex art. 131-bis cod. pen., deve “*solo essere messa in grado di interloquire*”, mentre, per l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, qualora sia stata esercitata l'azione penale (quindi non solo in relazione alla pronuncia di sentenza predibattimentale), vanta “*un potere di interdizione*” (così: **Sez. un., 16 luglio 2015, n. 43264, Steger, Rv. 264547**; **Sez. IV, n. 31920 del 2015, Marzola, cit.**; **Sez. F, n. 34672 del 2015, Cacioni, cit.**); 4) la differente estensione del potere inibitorio dell'imputato, dopo l'esercizio dell'azione penale, nei due istituti (v. **Sez. F, n. 34672 del 2015, Cacioni, cit.**).

Le indicate differenze di disciplina, e, quindi, di presupposti, hanno indotto a riflettere sulla possibile applicazione dell'istituto di cui all'art. 131-bis cod. pen. nei procedimenti davanti al giudice di pace, specie (ma non necessariamente) nei casi in cui questo escluda l'operatività della fattispecie prevista dall'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000.

Alcune sentenze – segnatamente: **Sez. IV, n. 31920 del 2015, Marzola**, cit., e **Sez. F, n. 38876 del 2015, Morreale**, cit. – hanno affermato che la causa di non punibilità contemplata dall'art. 131-bis cod. pen. è “*applicabile solo nel procedimento penale davanti al giudice ordinario*”, perché la stessa costituisce istituto “*diverso e non coordinato*” con la figura di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 (le espressioni riportate sono di **Sez. IV, n. 31920 del 2015, Marzola**, cit.). In particolare, **Sez. F, n. 38876, del 2015, Morreale**, cit., ha sottolineato, a tal proposito, due circostanze: innanzitutto, durante i lavori parlamentari per l'introduzione dell'art. 131-bis cod. pen., si era evidenziata l'opportunità di abrogare l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, in quanto “*il risultato dell'inerzia si sarebbe risolto nel tollerare la coesistenza di due modelli ... profondamente diversi di irrilevanza per tenuità del fatto*”; in secondo luogo, poi, la sentenza n. 25 del 2015 della Corte costituzionale, nel dichiarare inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 529 cod. proc. pen. in riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 111 Cost. nella parte in cui non prevedeva per il giudizio ordinario una formula di proscioglimento simmetrica ed analoga a quella di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000, ha affermato che il legislatore ordinario è libero di prevedere una causa di pronuncia liberatoria per la particolare tenuità del fatto strutturata diversamente da quella contemplata per i procedimenti davanti al giudice di pace e fondata su differenti presupposti. Resta, peraltro, non espressamente definito, da queste decisioni, il problema della possibile operatività della causa di non punibilità ex art. 131-bis cod. pen. nei procedimenti davanti al giudice ordinario, nei casi in cui davanti a questo sia applicabile l'istituto di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000 (la possibile coesistenza sembra – del tutto implicitamente – adombrata da **Sez. IV, n. 31920 del 2015, Marzola**, cit.).

Segue, invece, una prospettiva diversa **Sez. F, n. 34672 del 2015, Cacioni**, cit., che ritiene inapplicabile l'art. 131-bis cod. pen. nei procedimenti davanti al giudice di pace perché il giudizio di esclusione dell'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 34 d.lgs. n. 274



del 2000 implica anche una valutazione di insussistenza dei presupposti per l'operatività della nuova disciplina. La decisione appena citata, infatti, osserva: *“la valutazione che il giudice di pace deve compiere al fine di valutare l'esistenza della particolare tenuità del fatto non solo è sovrapponibile a quella dell'art. 131-bis cod. pen., ma implica sicuramente un ambito deliberativo più ampio”*, sicché *“il giudizio di non particolare tenuità del fatto, ... nei reati di competenza del giudice di pace è da ritenersi prioritariamente svolto al momento della valutazione, in negativo, ... della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 34, d.lgs. n. 275/4 del 2000, donde del tutto superfluo si appaleserebbe l'annullamento dell'impugnata sentenza al fine di valutare un elemento oggettivo (la particolare tenuità del fatto), che il giudice di pace ha già valutato a suo tempo nel ritenere inapplicabile l'art. 34 d.lgs. n. 274 del 2000”*.



CAPITOLO III

L'IMPRESCRITTIBILITÀ DELLA PENA DELL'ERGASTOLO

(ALESSANDRO D'ANDREA)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. – 2. Il primo indirizzo esegetico. – 3. Il secondo orientamento interpretativo. – 4. Cenni sulla soluzione resa dalle Sezioni Unite.

1. La questione controversa.

La sentenza **Sez. un., 24 settembre 2015, Trubia, non ancora depositata**, ha dato soluzione alla problematica relativa alla prescrittibilità della pena dell'ergastolo in caso di condanna per un delitto commesso prima della modifica dell'art. 157 cod. pen., intervenuta nel 2005 con l'entrata in vigore della c.d. legge "ex Cirielli".

Più precisamente, il Supremo Collegio è stato chiamato a verificare *“Se il delitto di omicidio volontario aggravato, punibile in astratto con la pena dell'ergastolo, commesso prima della modifica dell'art. 157 cod. pen. da parte della legge 5 dicembre 2005, n. 251, sia imprescrittibile pure in presenza del riconoscimento dell'attenuante di cui all'art. 8 del d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito in legge 12 luglio 1991, n. 203”*.

Pur trattandosi di decisione di cui, allo stato, non sono ancora note le motivazioni, se ne reputa opportuna la segnalazione, sia per l'importanza della questione dedotta, foriera di significative ripercussioni di ordine pratico, sia perché solutoria di un contrasto ermeneutico già da tempo intercorso tra due opposti orientamenti interpretativi.

2. Il primo indirizzo esegetico.

Per il primo indirizzo esegetico il reato di omicidio volontario aggravato, astrattamente punito con la pena dell'ergastolo, è da considerarsi un delitto sempre imprescrittibile, anche nel caso in cui lo stesso sia stato commesso anteriormente alla legge di riforma 5 dicembre 2005, n. 251 (meglio nota come legge "ex Cirielli"), ed in cui

le circostanze aggravanti, in sede di giudizio di comparazione, siano state ritenute equivalenti o subvalenti rispetto alle riconosciute attenuanti.

La tesi dell'imprescrittibilità dei reati puniti astrattamente con la pena dell'ergastolo era stata per la prima volta affermata in due datate sentenze, perfettamente omologhe tra loro (Sez. III, 16 dicembre 1966, n. 2856, Sciolpi, Rv. 103617 e Sez. IV, 7 febbraio 1969, n. 341, Cerrato, Rv. 113403), invero assunte allo specifico scopo di individuare i reati rispetto ai quali dovesse operare la sospensione dei termini processuali.

Una decisione effettivamente aderente al caso di specie, in realtà, si è avuta solo con la sentenza Sez. I, 22 ottobre 2009, n. 41964, Pariante e altro, Rv. 245080, in cui, per la prima volta, è stato affermato il principio per cui la nozione di imprescrittibilità dei delitti per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, quantunque oggetto di formalizzazione solo con la l. n. 251 del 2005, sia da ritenersi già sussistente ed operante in epoca antecedente ad essa. Ne consegue che il reato punito con detta pena, anche se commesso prima dell'entrata in vigore della citata legge, è imprescrittibile, pur senza una specifica disposizione testuale in tal senso.

Nella sentenza, in particolare, la Suprema Corte ha disatteso l'impostazione per cui solo la modifica apportata dall'art. 6 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, all'art. 157 cod. pen. avrebbe reso imprescrittibili i reati puniti con la pena dell'ergastolo, specificamente osservando: *«a) che la giurisprudenza sia di legittimità che di merito, in base alla formulazione letterale dell'art. 157 cod. pen. nel testo previgente - che prevedeva l'applicabilità della prescrizione ai soli reati puniti con le pene della reclusione, dell'arresto, della multa e dell'ammenda - ha ritenuto univocamente [...] con argomentazione "a contrario", che solo i reati per i quali la legge stabiliva la pena dell'ergastolo dovevano ritenersi imprescrittibili; b) che la nuova formulazione dell'art. 157 cod. pen., ponendosi in un rapporto di assoluta continuità con l'indicato orientamento giurisprudenziale, non ha fatto altro che recepire l'indicato principio di diritto nell'ordinamento positivo, in occasione di una generale ridefinizione dell'istituto della prescrizione, anche allo scopo di dirimere ogni possibile controversia connessa alla problematica se, per l'affermazione dell'imprescrittibilità del reato, fosse sufficiente l'astratta punibilità dello stesso con la pena dell'ergastolo [...] ovvero l'applicazione effettiva delle circostanze aggravanti tale da comportare una condanna alla pena dell'ergastolo».*

Le stesse considerazioni sono state riaffermate, quindi, nella pronuncia Sez. I, 7 febbraio 2013, n. 11047, Stasi, Rv. 254408, nella quale, nel precisare che la modifica apportata all'art. 157 cod. pen. dalla c.d. legge "ex Cirielli" ha reso esplicitamente imprescrittibili i reati puniti con la pena dell'ergastolo, imprescrittibilità peraltro disciplinata anche dalla normativa previgente in materia, è stato ribadito il principio di diritto per cui il delitto di omicidio aggravato, punibile in astratto con la pena dell'ergastolo, commesso prima della modifica dell'art. 157 cod. pen. operata dalla legge n. 251 del 2005, è imprescrittibile, anche se le circostanze aggravanti siano state ritenute equivalenti o subvalenti, in sede di giudizio di comparazione, alle circostanze attenuanti.

Per la predetta interpretazione, infatti, non vi sarebbe *«differenza alcuna tra la disciplina vigente e quella in vigore al momento della consumazione del reato quanto alla imprescrittibilità del reato punito con la pena dell'ergastolo, da valutarsi in concreto cioè in relazione non già alla pena astrattamente comminabile ma in riferimento alla fattispecie criminosa ritenuta dal giudice della cognizione, indipendentemente dall'applicazione specifica della regola generale portata dall'art. 69 c.p., peraltro esplicitamente dichiarata inapplicabile dall'art. 157 c.p., comma 3»*.

3. Il secondo orientamento interpretativo.

Negli arresti interpretativi più recenti la Corte ha modificato la propria esegesi, affermando il principio diametralmente opposto, per il quale, prima della riforma della legge n. 251 del 2005, erano da considerarsi imprescrittibili solo i reati per i quali era stata effettivamente irrogata in sentenza la pena dell'ergastolo.

Tale principio era stato inizialmente affermato nella pronuncia Sez. I, 17 gennaio 2013, n. 9391, P.G. in proc. O., Rv. 254407, per la quale il delitto di omicidio aggravato, punibile in astratto con la pena dell'ergastolo, è imprescrittibile, anche se posto in essere da minore o se le circostanze aggravanti siano state oggetto di comparazione con quelle attenuanti, soltanto se commesso dopo la modifica dell'art. 157 cod. pen. da parte della legge n. 251 del 2005, ciò in quanto la disciplina anteriore alla riforma del 2005, in presenza di un giudizio di equivalenza o prevalenza delle circostanze attenuanti, si porrebbe come una disciplina normativa più favorevole, nella misura in cui prevede

termini prescrizionali più brevi per l'incidenza delle diminuzioni conseguenti alle circostanze attenuanti e degli effetti conseguenti al giudizio di comparazione tra circostanze.

Benché anche questo orientamento affermi di condividere l'approdo interpretativo, proprio dell'altro indirizzo esegetico, per cui anche prima della previsione introdotta dalla novella del 2005 i reati punibili con la pena dell'ergastolo erano imprescrittibili, appare, tuttavia, non revocabile in dubbio che soltanto sulla base della legge precedente può tenersi conto delle circostanze attenuanti e del giudizio di comparazione, con possibilità, pertanto, che la conseguente diminuzione di pena possa avere incidenza sulla determinazione del tempo di prescrizione, considerato che l'attuale formulazione dell'art. 157 cod. pen. esclude, ai fini del computo della prescrizione, la rilevanza della diminuzione per le circostanze attenuanti e dei risultati del giudizio di comparazione tra circostanze.

Nella valutazione del singolo caso, quindi, deve essere applicata, di volta in volta, la normativa in concreto più favorevole, dovendosi ritenere tale, ove temporalmente applicabile, quella antecedente alla riforma del 2005, in quanto caratterizzata dalla previsione della possibilità di computare il tempo della prescrizione con riferimento alla specifica e concreta configurazione finale che del fatto il giudice ha ritenuto in sentenza, avendo riguardo alla qualificazione giuridica effettuata ed ai relativi elementi circostanziali. Per la normativa previgente alla legge n. 251 del 2005, cioè, era imprescrittibile solo il reato in concreto punito con la pena perpetua - in quanto per i delitti, pur edittalmente puniti con la pena dell'ergastolo, per i quali vi sia stato riconoscimento di attenuanti e giudizio di bilanciamento con irrogazione di pena temporanea, la prescrizione opera al maturare del termine previsto dalla normativa suddetta –.

Il nuovo spunto interpretativo è stato oggetto di concordi pronunce in tutte le successive sentenze di legittimità emesse in materia, e cioè nelle decisioni: Sez. I, 24 marzo 2014, n. 42041, Aciri e altri, Rv. 260503; Sez. I, 22 maggio 2014, n. 32781, Abbinante e altri, Rv. 260536; Sez. I, 21 marzo 2014, n. 42040, Berardi e altri, n.m.; Sez.

I, 1 aprile 2014, n. 35407, Fracapane, Rv. 260534 – in cui è stato espresso il principio di diritto per cui «*il delitto punito con l'ergastolo è imprescrittibile sia in base alla precedente normativa implicitamente (art. 157 cod. pen., comma 1, vecchio testo, che prevedeva un termine di prescrizione per i reati puniti fino alla pena massima non inferiore a ventiquattro anni, nulla disponendo per quelli sanzionati con la pena perpetua), sia in base all'attuale disciplina della prescrizione esplicitamente (art. 157 cod. pen., u.c., nel testo sostituito dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251, art. 6, comma 1), con la differenza, qualificante come più favorevole l'antecedente normativa di cui all'art. 157 cod. pen., commi 2 e 3, in vigore fino al 7 dicembre 2005, secondo la quale, nella determinazione del termine di prescrizione, erano rilevanti le circostanze del reato e, in particolare, il giudizio di bilanciamento tra le stesse, tale da escludere la pena dell'ergastolo e, quindi, l'imprescrittibilità del reato, nel caso di riconosciute circostanze attenuanti in rapporto di equivalenza o di prevalenza rispetto alle circostanze aggravanti, con la conseguente applicabilità, in luogo dell'ergastolo, della pena massima di anni ventiquattro di reclusione prevista per l'omicidio volontario semplice dall'art. 575 cod. pen. in relazione all'art. 23 cod. pen., comma 1; mentre la disciplina attuale della prescrizione esclude, in ogni caso, ai sensi del nuovo testo dell'art. 157 cod. pen., commi 2 e 3, la rilevanza delle circostanze attenuanti, sia comuni sia speciali, e del giudizio di comparazione tra esse e le circostanze aggravanti, ai fini del calcolo dei termini di prescrizione*»-.

Da ultimo, nell'anno in corso, è stata pronunciata la sentenza **Sez. I, 27 gennaio 2015, n. 20430, Bilardi, Rv. 263687**, in cui la Corte ha nuovamente riaffermato il principio per cui in materia di prescrizione, con riferimento al delitto di omicidio cui sono applicabili circostanze aggravanti che comportano l'irrogazione della pena dell'ergastolo, la disciplina precedente alla riforma dell'art. 157 cod. pen., introdotta con la legge 5 dicembre 2005, n. 251, è più favorevole di quella sopravvenuta, e, in quanto tale, è applicabile ai fatti commessi sotto la sua vigenza, giacché, in base ad essa, il reato, al quale è astrattamente irrogabile l'ergastolo per effetto dell'aggravante, può essere estinto per prescrizione quando vengono concretamente riconosciute dal giudice circostanze attenuanti prevalenti o equivalenti, laddove, diversamente, la nuova disciplina esclude ogni rilevanza in proposito tanto delle circostanze attenuanti, sia comuni che speciali, quanto del giudizio di comparazione tra esse e le circostanze aggravanti.



4. Cenni sulla soluzione resa dalle Sezioni Unite.

Come indicato in premessa, le Sezioni Unite hanno risolto il conflitto esegetico con la pronuncia di una sentenza di cui non sono ancora note le motivazioni.

E', tuttavia, importante segnalare, anche in ragione delle significative implicazioni che essa comporta, che, per quanto allo stato conosciuto dalla diffusione della relativa informazione provvisoria, la Corte ha ritenuto di aderire alla prima opzione ermeneutica, conferendo risposta affermativa al quesito rimesso al suo specifico vaglio, dunque ritenendo imprescrittibile un delitto punibile con la pena dell'ergastolo commesso prima della modifica dell'art. 157 cod. pen. disposta dalla legge n. 251 del 2005, pur in presenza del riconoscimento di una circostanza attenuante dalla quale derivi l'applicazione di una pena detentiva temporanea.



CAPITOLO IV

LA SOSPENSIONE DELLA PRESCRIZIONE NEL CASO DI IMPEDIMENTO DEL DIFENSORE

(FRANCESCA COSTANTINI)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Gli opposti orientamenti della giurisprudenza di legittimità. 3. I principi affermati dalle Sezioni unite.

1. Premessa.

Con la sentenza **Sez. Un., 18 dicembre 2014, n. 4909/2015, Torchio, Rv. 262913 – Rv. 262914**, le Sezioni unite della Corte di cassazione sono intervenute a comporre un contrasto interpretativo insorto nella giurisprudenza di legittimità concernente il dubbio se, ai fini della sospensione del corso della prescrizione del reato, il contemporaneo impegno professionale del difensore in altro procedimento integri un caso di “impedimento”, con conseguente congelamento del termine fino ad un massimo di sessanta giorni dalla sua cessazione, secondo il disposto di cui all’art. 159 comma 1, n. 3) cod. pen., o, invece, un caso di “richiesta di rinvio dell’udienza”, con conseguente blocco del termine fino alla data della nuova udienza.

Una tematica estremamente delicata in quanto involgente, da un lato, l’esigenza di assicurare una piena esplicazione del diritto di difesa, presidiato dall’art. 24 della Costituzione, sotto il profilo, in particolare, della necessità di assicurare all’imputato l’assistenza al dibattimento non da parte di un qualunque patrocinante ma dal difensore prescelto, in grado di fornire una difesa adeguata e consapevole e, dall’altro, la necessità di salvaguardare l’interesse pubblico ad una rapida definizione dei giudizi, in ossequio al principio della ragionevole durata del processo, evitando artificiosi differimenti volti esclusivamente ad impedirne la celebrazione al solo fine di pervenire alla scadenza dei termini di prescrizione.

Come si vedrà, la soluzione prescelta dalla Suprema corte si pone proprio in un’ottica

di contemperamento di tali contrapposti interessi giungendo ad affermare che l'impegno professionale del difensore in altro procedimento, pur non integrando *tout court* una oggettiva e assoluta impossibilità a comparire, può, in presenza di determinati requisiti, costituire legittimo impedimento, ai sensi dell'art. 420 *ter*, comma 5, cod. proc. pen., determinando così il congelamento del termine di prescrizione fino ad un massimo di sessanta giorni dalla sua cessazione, come previsto dalla richiamata disposizione.

2. Gli opposti orientamenti della giurisprudenza di legittimità.

Il contrasto giurisprudenziale sulla questione in esame si è sviluppato attraverso due distinte linee interpretative.

Secondo un primo orientamento di legittimità, l'impedimento del difensore per contemporaneo impegno professionale non costituisce un'ipotesi di impossibilità assoluta a partecipare all'attività difensiva e quindi, pur dando luogo ad un legittimo rinvio dell'udienza, non fa scattare i limiti di durata della sospensione della prescrizione di cui all'art. 159, comma 1, n. 3) cod. pen. In tale ipotesi non sarebbe configurabile un impedimento in senso tecnico del difensore ma una deliberata scelta, ancorché legittima, fatta valere attraverso la richiesta di rinvio.

L'indirizzo, inaugurato da Sez. I, 14 ottobre 2008, n. 44609, Errante, Rv. 242042, è stato successivamente ribadito in termini del tutto adesivi da Sez. II, 29 marzo 2011, n. 17344, Ciarlante, Rv. 250076 e da altre pronunce quali Sez. II, 3 luglio 2009, n. 41269, Tatavitto; Sez. III, 19 dicembre 2011, n. 13941, Scintu; Sez. VI, 8 giugno 2011, n. 26071, S.A.M.; Sez. II, 5 novembre 2013, n. 2194/14, Palisto e Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 11874, Farina.

Tali pronunce argomentavano muovendo dalla giurisprudenza di legittimità formatasi in relazione alla analoga questione relativa alla natura del rinvio disposto per adesione del difensore alla astensione proclamata dalle associazioni di categoria, laddove, a seguito di un lungo percorso interpretativo, strettamente connesso alle modifiche normative che si sono susseguite in materia, si è consolidato il principio per cui l'astensione dalle udienze non può essere ricondotta nell'alveo del legittimo impedimento, con la conseguenza che

la sospensione del corso della prescrizione deve abbracciare l'intero rinvio non soffrendo la limitazione dei sessanta giorni (Sez. V, 14 novembre 2007, n. 44924, Marras e altro, Rv. 237914; Sez. V, 23 aprile 2008, n. 33335, Inserra, Rv. 241387; Sez. III, n. 4071, 28 gennaio 2008, Regine, Rv. 238544 nonché Sez. I, 11 febbraio 2009, n. 5956, Tortorella, Rv. 243374).

Circa l'interpretazione della disposizione di cui al novellato art. 159 comma 1, n. 3) cod. pen., tale giurisprudenza ha chiarito che essa regola in via generale le cause di sospensione del corso della prescrizione, stabilendo che la prescrizione è sospesa, tra l'altro, in caso di sospensione del procedimento o del processo penale “per ragioni di impedimento delle parti e dei difensori, ovvero su richiesta dell'imputato o del suo difensore”, in tal modo distinguendo l'ipotesi di sospensione determinata da un impedimento delle parti o dei difensori dall'ipotesi di sospensione concessa a richiesta dell'imputato o del difensore dell'imputato. Sulla base delle espressioni usate dal legislatore sarebbe, pertanto, chiaro che la limitazione di sessanta giorni, oltre il tempo dell'impedimento, del periodo che può essere preso in considerazione ai fini della sospensione della prescrizione, si applica solo ai rinvii determinati da impedimento di una delle parti o di uno dei difensori e non anche ai rinvii concessi a seguito di una richiesta dell'imputato o del suo difensore. A tale fattispecie, dunque, sarebbe del tutto assimilabile, per identità di *ratio*, la diversa ipotesi del concomitante impegno professionale del difensore che, in quanto ricollegabile ad una sua scelta, per quanto legittima, non costituirebbe impedimento in senso tecnico non essendo espressione di una impossibilità assoluta e oggettivamente insuperabile a comparire. Anche in tal caso, dunque, il differimento eventualmente disposto dal giudice conseguirebbe ad una mera “richiesta” del difensore e pertanto il decorso del termine di prescrizione dovrebbe rimanere sospeso, da udienza ad udienza, per tutta la durata del rinvio.

La inapplicabilità del limite temporale di sospensione della prescrizione alla ipotesi di differimento per concorrente impegno del difensore è stata, altresì, affermata, seppure in via del tutto incidentale, anche dalle stesse Sezioni unite della Suprema corte che, nel pronunciarsi espressamente in merito alla disciplina transitoria prevista dall'art. 10,

comma 3 della legge 5 dicembre 2005, n. 251, hanno, tra l'altro, precisato che il novellato disposto dell'art. 159, comma primo, n. 3), cod. pen. Non può applicarsi al di fuori delle ipotesi ivi espressamente previste (impedimento delle parti o dei difensori) e, quindi, in particolare, ai rinvii disposti per adesione dei difensori all'astensione indetta dalle Camere penali o per concomitante impegno professionale del difensore (Sez. Un., 30 settembre 2010, n. 43428, Corsini).

All'esposto orientamento se ne contrapponeva altro secondo il quale le due fattispecie non sarebbero assimilabili poiché in caso di concomitante impegno professionale, il differimento non si fonderebbe su una scelta soggettiva del difensore bensì sul presupposto dell'oggettiva impossibilità fisica di assicurare la presenza del difensore nello stesso tempo in due luoghi diversi e tra loro incompatibili. In presenza, infatti, delle condizioni che, alla stregua dei principi e dei criteri selettivi fissati dalla giurisprudenza delle Sezioni unite (Sez. Un. 27 marzo 1992, n. 4708, Fogliani, Rv. 190828), consentono di escludere possibili espedienti dilatori, e a seguito di una valutazione comparativa da parte del giudice dei diversi impegni al fine di contemperare le esigenze della difesa e quelle della giurisdizione, il concorrente impegno del difensore integrerebbe un impedimento assoluto con conseguente applicazione del limite temporale di sospensione di cui all'art. 159 cod. pen. (Sez. Feriale, 13 agosto 2014, n. 46817, Cipolla, Rv. 260550; Sez. III, 7 maggio 2014, n. 37171, Di Mauro, Rv. 260106; Sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 10926/14, La China, Rv. 258618). Secondo tale avviso giurisprudenziale, la necessità della ricorrenza dei rigorosi presupposti individuati dalla giurisprudenza renderebbe i più convincente la conclusione che, verificata la sussistenza dell'ipotesi in presenza della quale l'aspettativa all'accoglimento dell'istanza non può essere frustrata senza incorrere in grave illogicità motivazionale, l'impossibilità a comparire del difensore deve considerarsi assoluta ai sensi dell'art. 420 *ter* cod. proc. pen.

In definitiva la Corte, in coerenza con i principi fondamentali affermati dalle Sezioni unite, ha ricondotto la fattispecie in esame nell'alveo dell'impedimento assoluto, dissentendo dall'opposto orientamento che la assimilava alla astensione collettiva dalle udienze. Quest'ultima, infatti, per giurisprudenza consolidata, costituisce esercizio del



diritto di associazione costituzionalmente garantito e tuttavia è pur sempre frutto di una scelta di natura volontaria, rimessa alle valutazioni soggettive del difensore e basata su criteri di opportunità riferibili anche alle concrete situazioni dei singoli processi, per cui non appare configurabile una situazione di impedimento in senso tecnico e di assoluta impossibilità di partecipare all'udienza che, a norma dell'art. 420-ter comma 5, integra la figura del "legittimo impedimento" del difensore quale causa di rinvio della udienza e di conseguente sospensione del processo.

Viceversa, in caso di concomitante impegno professionale, l'impedimento deve necessariamente essere collegato a situazioni oggettive, non dipendenti dalla volontà del difensore impedito *ex ante* a comparire, spettando al giudice effettuare una valutazione comparativa dei diversi impegni al fine di contemperare le esigenze della difesa e quelle della giurisdizione, accertando se sia effettivamente prevalente il diverso impegno rappresentato; sempreché non sussistano, ovviamente, contrarie ragioni di urgenza, che il giudice deve valutare con ponderata delibazione, nel necessario bilanciamento fra le contrapposte esigenze.

3. I principi affermati dalle Sezioni unite.

Nel prendere posizione sul delineato contrasto le Sezioni unite hanno affermato che "il rinvio dell'udienza per impedimento legittimo del difensore per contemporaneo impegno professionale determina la sospensione del corso della prescrizione fino ad un termine massimo di sessanta giorni a far capo dalla cessazione dell'impedimento stesso, dovendosi applicare in tal caso la disposizione di cui all'art. 159, comma 1, n. 3, cod. pen., nel testo introdotto dall'art. 6 della legge 5 dicembre 2005, n. 251" e "qualora il giudice, su richiesta del difensore, accordi un rinvio dell'udienza, pur in mancanza delle condizioni che integrano un legittimo impedimento per concorrente impegno professionale del difensore, il corso della prescrizione è sospeso per tutta la durata del differimento, discrezionalmente determinato dal giudice avuto riguardo alle esigenze organizzative dell'ufficio giudiziario, ai diritti e alle facoltà delle parti coinvolte nel

processo e ai principi costituzionali di ragionevole durata del processo e di efficienza della giurisdizione”.

La Corte ha, dunque, aderito al secondo dei contrapposti indirizzi interpretativi, ponendo in primo luogo a confronto la fattispecie in esame con quella del rinvio per adesione al c.d. sciopero degli avvocati precisando di non poter condividere l'assimilazione dei due istituti sulla quale si fonda l'orientamento avverso.

Invero, secondo il Supremo collegio, l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità nel nuovo quadro normativo introdotto dalla legge *ex* Cirielli, con specifico riferimento alla natura giuridica dell'astensione di categoria e conseguentemente alla disciplina applicabile in tema di sospensione della prescrizione, è nel senso di escludere che essa concretizzi quella assoluta impossibilità a comparire che comporta il rinvio dell'udienza. Secondo la prevalente giurisprudenza, infatti, seppure la richiesta di differimento dell'udienza per aderire ad una manifestazione di protesta della categoria professionale deve essere considerata una richiesta costituzionalmente tutelata dall'ordinamento, in quanto riconducibile nell'ambito della libertà di associazione (art. 18 Cost.), non costituisce un impedimento in senso tecnico, non discendendo da una assoluta impossibilità a partecipare all'attività difensiva. Qualora, pertanto, il difensore dichiari di aderire alla astensione collettiva proclamata a norma di legge e risultino rispettate le regole e i limiti posti in materia dal legislatore o dalle fonti ed istituzioni alle quali la legge rinvia, il giudice accoglierà la richiesta di differimento dell'udienza ma la ragione del rinvio sarà pur sempre frutto di una libera scelta del difensore, che è cosa del tutto diversa dal rinvio determinato da un impedimento.

Da tali premesse consegue, per ciò che riguarda la sospensione della prescrizione, che il rinvio dell'udienza su richiesta del difensore che dichiari di aderire all'astensione collettiva non dà luogo ad un caso di sospensione per impedimento e quindi il corso della prescrizione rimane sospeso per tutto il periodo del differimento.

Viceversa, osserva la Corte, la contemporaneità degli impegni ai quali il difensore è chiamato a partecipare a seguito della fissazione dell'udienza di due distinti procedimenti per la medesima data, è evento estraneo rispetto alla sua volontà *non potendo certo egli*

orientare i giudici dei due diversi procedimenti a rinviare l'udienza alla stessa data. L'individuazione da parte del giudice della data cui rinviare l'udienza, dipende, invero, dalla natura del processo, dalle esigenze di urgenza dello stesso e dall'organizzazione dell'ufficio cui il giudice appartiene.

Appare, allora, evidente la netta distinzione tra le due fattispecie in considerazione della oggettiva impossibilità di ricondurre l'assenza del difensore ad una mera "scelta" allorquando egli si trovi nella situazione, certamente non a lui addebitabile, di dover decidere a quale dei diversi impegni difensivi assolvere.

Invero il difensore non è chiamato, se non indirettamente, a scegliere il processo cui presenziare, e dunque l'udienza cui comparire, ma è tenuto solo a comprovare, sul presupposto dell'oggettiva impossibilità fisica di assicurare la presenza nello stesso tempo in due luoghi diversi e tra loro incompatibili, la ragione di un impedimento assoluto, che radica un diritto al rinvio.

Evidenziata tale distinzione, le Sezioni unite hanno richiamato la *ratio* posta a fondamento della modifica legislativa che ha interessato la disposizione di cui all'art. 159 che, nel testo introdotto dall'art. 6 della l. n. 251 del 2005, distingue, ai fini della durata della sospensione della prescrizione, la sospensione del procedimento o del processo penale dovuta a ragioni di impedimento delle parti e dei difensori da quella su richiesta dell'imputato o del suo difensore, prevedendo, soltanto con riguardo alla prima, che l'udienza non possa essere differita oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento, dovendosi avere riguardo in caso contrario al tempo dell'impedimento aumentato di sessanta giorni.

Tale *ratio* si dovrebbe individuare, e nella pronuncia si richiama espressamente sul punto la relazione alla legge n. 251 del 2005 svolta alla Camera dei deputati nella seduta del 26 settembre 2005, nell'esigenza volta a porre un freno alla prassi instauratasi nei Tribunali di fissare rinvii a lungo termine con corrispondente sospensione della prescrizione e con grave lesione dei diritti degli imputati. Conseguentemente, le Sezioni unite sottolineano la necessità di garantire l'effettivo esercizio del *munus* difensivo di sicuro rango costituzionale, non potendosi certo equiparare tale prevalente esigenza

difensiva ad una mera richiesta di rinvio per qualunque altra ragione privata o professionale eventualmente avanzata dal difensore.

La Corte ha, in tal modo, decisamente respinto l'indirizzo contrario alla riconducibilità del concomitante impegno professionale alla figura dell'impedimento legittimo ed assoluto a comparire precisando, altresì, con riferimento alla citata pronuncia delle stesse Sezioni unite "Corsini", che pareva avallare tale linea interpretativa, che alla stessa non può attribuirsi una valenza di enunciazione di principio, trattandosi di affermazione del tutto incidentale non riconducibile ad un approfondito esame della questione, posto che nella specie le Sezioni unite erano state chiamate a pronunciarsi su una diversa questione.

E', comunque, chiaramente presente nella sentenza in esame la preoccupazione di evitare strumentalizzazioni dell'istituto per fini dilatori. Ed è proprio a tal fine che la Suprema corte ribadisce che in ogni caso la mera concomitanza di altri impegni professionali non integra di per sé un legittimo impedimento, *altrimenti si rimetterebbe effettivamente all'arbitrio del difensore quale dei due procedimenti privilegiare*, non si tratta infatti, *di un fenomeno di mera "scelta" del difensore, rimessa alle individuali – e incontrollabili – strategie difensive, ma del ben diverso ambito in cui è chiamata ad operare una condizione obiettiva (come tale positivamente scrutinata dal giudice) di impossibilità assoluta di prestare la propria opera in una sede processuale, in quanto compromessa da un concomitante e (in quel momento) prevalente impegno difensivo*. In tale ottica il Collegio rammenta gli oneri che gravano sul difensore quali il preciso dovere di comunicare tempestivamente il proprio impedimento e di documentare l'istanza di rinvio al fine di rendere conoscibili le ragioni che rendono indispensabile l'espletamento delle funzioni difensive nel diverso procedimento, rimettendo al giudice il compito di valutare la oggettiva prevalenza dell'impegno antagonista, non potendo viceversa ritenersi sussistente il legittimo impedimento.

Ne consegue che, qualora l'impegno allegato si svolga presso la stessa sede giudiziaria o in una non lontana, si dovrà anche verificare la possibilità di una variazione dell'orario dell'udienza. Nel caso in cui, dunque, tale rigoroso onere di documentazione non sia osservato, non sussisterà il legittimo impedimento e nemmeno il diritto al rinvio.

La Corte riconosce, comunque, al giudice la facoltà di concedere ugualmente il



differimento secondo il suo prudente apprezzamento al fine di garantire all'imputato l'assistenza da parte del difensore di fiducia, tenendo conto delle esigenze organizzative dell'ufficio giudiziario, dei diritti e delle facoltà per le altre parti coinvolte nel processo, dei principi costituzionali di ragionevole durata ed efficienza della giurisdizione. In tal caso, però, dovendosi qualificare la richiesta di differimento non come legittimo impedimento ma come mera richiesta di rinvio non potrà trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 159, comma 1, n. 3) cod. proc. pen. E dunque il limite di sessanta giorni, con conseguente congelamento del termine di prescrizione fino alla successiva udienza.



CAPITOLO V

LA POSSIBILITA' DI REVOCA DELLA SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA

(ALESSANDRO D'ANDREA)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. – 2. Il primo indirizzo interpretativo. – 3. Il secondo orientamento esegetico. – 4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite.

1. La questione controversa.

Un'interessante pronuncia delle Sezioni Unite ha dato soluzione alla problematica relativa all'individuazione dei limiti esistenti alla possibilità di revoca in fase esecutiva della sospensione condizionale della pena concessa dal giudice di merito in presenza di cause ostative.

La sentenza **Sez. un., 23 aprile 2015, n. 37345, P.M. in proc. Longo, Rv. 264381** ha, infatti, risolto la questione *“Se la revoca della sospensione condizionale della pena, illegittimamente concessa dal giudice di merito, possa essere rilevata nella fase esecutiva, e in quali limiti e con quali modalità, oneri probatori e poteri officiosi, siano individuabili ipotesi di conoscenza o di conoscibilità degli elementi ostativi da parte del giudice della cognizione o ipotesi di conoscibilità ex post degli stessi elementi ostativi da parte del giudice dell'esecuzione”* affermando il principio per cui *“Il giudice dell'esecuzione deve revocare la sospensione condizionale della esecuzione della pena concessa in violazione dell'art. 164, comma 4, cod. proc. pen. In presenza di cause ostative, salvo che tali cause risultassero documentalmente al giudice della cognizione. A tal fine il giudice della esecuzione acquisisce, per la doverosa verifica al riguardo, il fascicolo del giudizio”*.

2. Il primo indirizzo interpretativo.

Già prima dell'entrata in vigore della legge 26 marzo 2001, n. 128, di modifica del regime della revoca della sospensione condizionale della pena, la giurisprudenza di legittimità aveva affrontato la dedotta questione osservando, nella sentenza Sez. IV, 22



settembre 1999, n. 2650, De Ruzza, Rv. 215001, che la procedura di revoca prevista dall'art. 674 cod. proc. pen. Si riferisce unicamente alle ipotesi ivi tassativamente previste, e non anche ai casi di violazione stabiliti dall'art. 164 cod. proc. pen., essendo specificamente indicate dalla legge le cause che comportano la revoca obbligatoria del provvedimento. Conseguentemente, per la preclusione nascente dal principio dell'intangibilità del giudicato, non è possibile togliere in sede esecutiva il beneficio concesso con sentenza divenuta irrevocabile a chi non si sarebbe potuto accordare per averlo già ottenuto due volte, nemmeno nel caso in cui dal certificato penale acquisito nel procedimento di cognizione non risultasse ancora la pregressa doppia applicazione del beneficio.

Intervenute le modifiche sostanziali e di rito introdotte dalla novella n. 128 del 2001, la Corte si è ulteriormente conformata, nelle successive pronunce, al medesimo orientamento interpretativo, affermando il principio per cui la revoca della sospensione condizionale della pena illegittimamente concessa dal giudice di merito può essere disposta nel giudizio di cognizione, mediante l'impugnazione della sentenza viziata, ma non anche in sede di esecuzione, stante l'insormontabile ostacolo dell'intangibilità del giudicato.

L'illegittimità della concessione della sospensione condizionale della pena che sia *ab origine* patologica, quindi non determinata dall'accertamento *ex post* di ulteriori reati, deve essere denunciata, al pari di ogni altra violazione di legge, secondo i principi generali, facendo ricorso all'ordinario strumento dell'impugnazione. Qualora ciò non avvenga, formandosi il giudicato, non può esservi nessun successivo intervento suppletivo da parte del giudice dell'esecuzione, che utilizzi la revoca prevista dall'art. 674, comma 1 bis, cod. proc. pen. Come una sorta di impugnazione straordinaria, del tutto estranea al nostro sistema processuale. Alla stregua dei principi generali, invece, l'indicato strumento normativo deve essere interpretato con una modalità tale che consenta di escludere ogni possibile conflitto con il giudicato, riferendo l'applicazione della norma alle sole ipotesi in cui intervengano condanne, o comunque eventi giuridici, successivi alla formazione del giudicato.

Nel solco di tale orientamento interpretativo si sono espresse, in particolare, le decisioni: Sez. II, 5 febbraio 2003, n. 11823, Solerte, Rv. 224021; Sez. I, 28 aprile 2004, n. 22639, Bagozza, Rv. 228912; Sez. I, 28 ottobre 2009, n. 42661, P.M. in proc. Shera, Rv. 245575; Sez. III, 9 luglio 2013, n. 42167, Di Meo, Rv. 257055 e Sez. I, 8 ottobre 2013, n. 19936/2014, Medina Taype, Rv. 262329.

3. Il secondo orientamento esegetico.

A fronte dell'indicato, più remoto, indirizzo esegetico, si è nel tempo consolidato un secondo ed opposto orientamento, in particolare influenzato dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 363 del 31 ottobre 2007, nella quale sono stati implicitamente evidenziati i vantaggi insiti nella revoca *in executivis* della sospensione condizionale della pena in quelle ipotesi in cui l'elemento ostativo alla sua concessione non fosse conosciuto o conoscibile in sede di giudizio di cognizione.

Per tale interpretazione, infatti, il beneficio della sospensione condizionale della pena illegittimamente concesso può essere revocato nella fase esecutiva, ai sensi dell'art. 674 cod. proc. pen., limitatamente al caso in cui l'elemento ostativo non sia stato conoscibile dal giudice nella fase della cognizione, dovendo, invece, la revoca essere fatta valere attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione laddove il giudice abbia erroneamente concesso il beneficio pur potendosi avvedere della sua non concedibilità. Anche in ragione della novellazione dell'apparato normativo disposta dal legislatore del 2001, per questa tesi risulta particolarmente corretta l'interpretazione adeguatrice indirettamente indicata dalla Corte costituzionale che – al fine di non far “lucrare” all'imputato vantaggi conseguenti ad errori “invincibili” del giudice, dipendenti dalle disfunzioni delle strutture ausiliarie – limita la possibilità della revoca *in executivis* della sospensione condizionale della pena alla sola ipotesi in cui l'elemento ostativo non sia stato conoscibile da parte del giudice della cognizione.

Tale indirizzo interpretativo è ravvisabile, in particolare, nelle sentenze: Sez. III, 6 giugno 2012, n. 33345, Indelicato, Rv. 253159 e Sez. I, 24 ottobre 2013, n. 45292, Russo, Rv. 257724.

4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite.

Come in precedenza anticipato, le Sezioni Unite hanno risolto l'indicato conflitto riconoscendo la sostanziale correttezza della seconda opzione ermeneutica, sia pur proponendone un importante distinguo interpretativo.

La soluzione offerta dal primo orientamento, infatti, non è apparsa condivisibile in primo luogo perché la piana esegesi della disciplina prevista dagli artt. 168, comma 3, cod. pen. E 674, comma 1 bis, cod. proc. pen. Palesa un'evidente contraddizione rispetto all'assunto per cui – operando una vera e propria *interpretatio abrogans* delle indicate norme – la revoca della sospensione condizionale della pena sarebbe esclusa dalla mera circostanza della preesistenza di una causa ostativa rispetto al momento del passaggio in giudicato della sentenza. L'art. 168, comma 3, cod. pen., infatti, ha riguardo proprio alle cause ostative preesistenti, posto che, in difetto delle medesime, non sarebbe configurabile la violazione dell'art. 164, comma 4, cod. proc. pen. Contemplata dalla norma.

Parimenti priva di pregio, poi, è risultata l'obiezione relativa alla presunta lesione del giudicato, considerato che la teoria dei limiti del giudicato si pone come una questione di diritto positivo, rispetto alla quale sono proprio gli interventi del giudice dell'esecuzione a stabilire il perimetro della relativa intangibilità. Nel caso di specie, in particolare, non appare corretta l'evocazione della *res iudicata* per confutare il dato positivo, che definisce in modo chiaro ed oblativo il suo specifico ambito di applicazione.

Tale conclusione ha consentito al Supremo Collegio di dare soluzione positiva alla preliminare questione rimessa alla sua attenzione, affermando che le cause ostative preesistenti alla formazione del giudicato, non note al giudice della cognizione, abilitano senz'altro quello dell'esecuzione alla revoca della sospensione condizionale della pena.

L'indicato principio richiama in modo chiaro, ed in parte fa proprie, le conclusioni del secondo orientamento esegetico, che – ferma restando l'esclusione della revoca del beneficio nel caso in cui al giudice della cognizione fossero noti i precedenti penali ostativi alla sua concessione – consente la revoca della sospensione condizionale della

pena solo quando la causa ostativa sia non solo ignota, ma anche “non conoscibile” da parte del giudice al momento della deliberazione della sentenza.

Il requisito della “non conoscibilità”, tuttavia, è stato solo affermato, ma mai effettivamente approfondito, nell’interpretazione resa da tale secondo orientamento.

Per il Supremo Collegio esso non deve essere inteso in senso letterale, ma solo relativo, avendo presente che le cause ostative sono costituite da provvedimenti giurisdizionali, e cioè da atti pubblici da tutti conoscibili. Il requisito della “non conoscibilità”, pertanto, deve essere inteso nella sua accezione empirica, riferita alla prassi giudiziaria, in rapporto al servizio di pubblicità dei precedenti penali di cui dispone il giudice, per mezzo del casellario giudiziale. La “non conoscibilità” equivale, in sostanza, al mancato inserimento nel sistema del casellario giudiziale del precedente ostativo.

In ragione di ciò, allora, per le Sezioni Unite non è condivisibile il secondo indirizzo esegetico nella parte in cui ritiene preclusa la revoca della sospensione condizionale della pena quando la causa ostativa, sebbene ignota al giudice della cognizione, poteva comunque essere da costui appresa attraverso l’acquisizione di un certificato penale aggiornato. In senso diametralmente opposto, la possibilità della conoscenza dei precedenti ostativi, non noti al giudice che ha concesso la sospensione condizionale della pena, non è di per sé di ostacolo alla revoca del beneficio in fase esecutiva.

Ciò lo si comprende facendo riferimento alla specifica distinzione intercorrente tra il giudicato in senso formale, che di sicuro investe un provvedimento definitivo qual è la sentenza di concessione della sospensione condizionale della pena, e la *res iudicata* sostanziale, che non può riguardare la statuizione concessoria della sospensione condizionale della pena, in quanto provvedimento che, sebbene contenuto nella sentenza irrevocabile, ha natura di giudizio solo prognostico, unicamente capace di produrre effetti giuridici temporanei, provvisori e sottoposti a condizione. Laddove, pertanto, venga accertata in sede esecutiva l’esistenza di un elemento ostativo alla concessione del beneficio non considerato da parte del giudice della cognizione – in quanto elemento di valutazione deducibile, ma non effettivamente dedotto e deciso – non può operare la

preclusione propria del giudicato formale, ma deve essere disposta la revoca del provvedimento concessorio. Esso si giustifica in ragione dell'intervento dell'elemento di novità costituito dall'individuazione della causa ostativa che, sebbene già esistente al momento dell'adozione della decisione da parte del giudice della cognizione, non era stata da costui presa in considerazione, né implicitamente valutata, al momento dell'adozione della decisione di concessione del beneficio. Perché ciò si verifichi, però, è assolutamente necessario provare che la causa ostativa alla concessione del beneficio non era stata minimamente considerata dal giudice della cognizione, in quanto oggettivamente non compresa nel perimetro del suo scrutinio. Tale riscontro può aversi solo provando che la causa ostativa non risultava documentata tra gli atti presenti nel fascicolo del giudizio di cognizione.

Le Sezioni Unite, pertanto, hanno conclusivamente osservato come al giudice dell'esecuzione investito della richiesta del P.M. di revoca, ai sensi degli artt. 674, comma 1 bis, cod. proc. pen. E 168, comma 4, cod. pen., della sospensione condizionale della pena, compete, preliminarmente, di accertare se i precedenti penali ostativi risultassero documentalmente al giudice della cognizione all'atto della concessione del beneficio. A tal fine il giudice dell'esecuzione – esercitando, anche di ufficio, i poteri istruttori previsti dall'art. 666, comma 5, cod. proc. pen. – provvede ad acquisire, in originale o in copia, il fascicolo processuale del giudizio deciso con la sentenza di concessione del beneficio.

Tale conclusione, peraltro, appare perfettamente conforme agli approdi ermeneutici raggiunti rispetto all'affine tema della revoca dell'indulto applicato, in violazione di legge, nel concorso di cause ostative preesistenti non note al giudice concedente, essendosi in proposito affermato che: la preclusione, derivante dal divieto del *ne bis in idem*, non impedisce la proposizione di fatti in precedenza non dedotti né valutati, pur se preesistenti alla pregressa decisione; l'indulto erroneamente applicato deve essere revocato dal giudice dell'esecuzione qualora la causa ostativa al riconoscimento del beneficio, pur se preesistente, non sia stata nota al giudice che lo ha concesso e non sia stata, quindi, da costui nemmeno implicitamente presa in esame.



CAPITOLO VI

IL DECORSO DEL TERMINE DI PRESCRIZIONE DELLA PENA IN CASO DI REVOCA DELL'INDULTO

(ALESSANDRO D'ANDREA)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. – 2. L'indirizzo interpretativo originario. – 3. L'orientamento esegetico più recente. – 4. La soluzione delle Sezioni Unite.

1. La questione controversa.

La questione “*Se nel caso in cui l'esecuzione della pena sia subordinata alla revoca dell'indulto, il termine di estinzione della sanzione, a norma dell'art. 172, quinto comma, cod. pen., decorre dalla data in cui è divenuta definitiva la sentenza di condanna che costituisce il presupposto dal quale dipende la revoca del beneficio, o, invece, dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione che accerta la sussistenza della causa di revoca del condono e dispone quest'ultima*” è stata risolta dalla sentenza **Sez. un., 30 ottobre 2014, n. 2/2015, Maiorella, Rv. 261399**, prevedendo, in modo espresso, che “*Nel caso in cui l'esecuzione della pena sia subordinata alla revoca dell'indulto, il termine di prescrizione della pena decorre dalla data d'irrevocabilità della sentenza di condanna, quale presupposto della revoca del beneficio*”.

La problematica era stata affrontata in diverse pronunce della Suprema Corte che, nel tempo, si erano consolidate in due distinti indirizzi interpretativi.

2. L'indirizzo interpretativo originario.

Per il primo e più risalente orientamento, in ipotesi di subordinazione dell'esecuzione della pena alla scadenza di un termine o al verificarsi di una condizione, il *dies a quo* da computarsi ai fini dell'estinzione della pena, secondo il dettato dell'art. 172, comma 5, cod. pen., deve decorrere dal giorno in cui è divenuta definitiva la sentenza o l'ordinanza che ha accertato la causa della revoca, disponendo quest'ultima. Il tempo necessario per l'estinzione della pena, cioè, decorre dal giorno in cui si ha la certezza giudiziale dell'avvenuta verifica della condizione risolutiva, acquisibile solo con il passaggio in giudicato della sentenza di accertamento della revoca dell'indulto. Infatti, pur avendo la

relativa pronuncia giudiziale natura dichiarativa e contenuto meramente accertativo di una situazione oggettiva, alla quale è collegata *ope legis* la decadenza del beneficio indulgenziale, per la concreta espiazione della pena occorre, comunque, indeclinabilmente la previa declaratoria del giudice, che deve essere assunta ai sensi dell'art. 674 cod. proc. pen. A conclusione di un procedimento diretto alla verifica della sussistenza delle *condiciones juris* alle quali è subordinata l'applicazione della sanzione revocatoria. In mancanza di tale declaratoria, la pena non è suscettibile di esecuzione, essendo ancora in vigore il provvedimento di concessione del beneficio, che conserva efficacia fino a quando non viene ad essere formalmente rimosso.

Nel solco di tale orientamento interpretativo si sono espresse, tra le altre: Sez. VI, 18 gennaio 1978, n. 199, Cavallo, Rv. 139852; Sez. VI, 30 marzo 1983, n. 901, Cerasuolo, Rv. 159712; Sez. I, 19 gennaio 1994, n. 294, Ferri, Rv. 197787; Sez. I, 3 novembre 1995, n. 5516, Buccella, Rv. 203443; Sez. I, 16 maggio 1997, n. 3428, Sannazzaro, Rv. 207973; Sez. I, 15 aprile 1999, n. 2998, Iacofci, Rv. 213589; Sez. I, 19 gennaio 2000, n. 395, Bizzarro, Rv. 215384; Sez. I, 28 febbraio 2000, n. 1441, Zanon, Rv. 216007, la quale ultima ha ben sintetizzato l'indirizzo in esame, affermando che *«nell'ipotesi di indulto sottoposto alla condizione risolutiva della commissione di un nuovo reato, il termine di prescrizione della pena deve farsi decorrere dal momento in cui, verificatasi la decadenza dal beneficio, la pena può essere concretamente posta in esecuzione. Tale momento non coincide temporalmente con la data di passaggio in giudicato della sentenza di condanna comportante la perdita del beneficio anteriormente concesso, bensì con la data in cui, disposta la revoca del condono, il relativo provvedimento è divenuto irrevocabile. [...] È pur vero, infatti, che la pronunzia giudiziale di revoca di benefici ha natura dichiarativa, tuttavia, in mancanza della relativa declaratoria, la pena non è suscettibile di esecuzione poiché il provvedimento con cui il beneficio è stato concesso conserva efficacia finché non venga formalmente revocato»*. Tale interpretazione, peraltro, si pone *«in linea con il principio generale stabilito nel quarto comma dell'art. 172 cod. pen. Secondo cui il termine per la prescrizione della pena decorre dal giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile ovvero sia allorché essa abbia acquisito forza esecutiva giusto l'art. 650 cod. proc. pen. E sia concretamente utilizzabile come titolo esecutivo»*. In tempi più recenti, medesime argomentazioni sono state espresse nella sentenza Sez. I, 5 dicembre 2012, n.

22707/2013, P.M. in proc. Mirabella, Rv. 256481, altresì ravvisandosi i medesimi concetti, sia pur con riferimento all'analogo tema della prescrizione della pena in relazione alla revoca della sospensione condizionale della stessa, nelle decisioni: Sez. I, 21 febbraio 2013, n. 13414, Strusi, Rv. 255647; Sez. I, 5 luglio 2013, n. 43489, Longhitano, Rv. 257412 e Sez. I, 13 giugno 2014, n. 39565, Venosa, n.m.

3. L'orientamento esegetico più recente.

A fronte dell'indicato, più remoto, indirizzo esegetico, si è nel tempo consolidato un secondo ed opposto orientamento, per il quale il termine di prescrizione della pena, in caso di indulto successivamente revocato, decorre dal momento in cui si sono verificati i presupposti per la revoca del beneficio precedentemente concesso, ovvero è divenuta definitiva la sentenza di condanna determinante la causa della revoca dell'indulto stesso. In sostanza, per questa più recente opzione ermeneutica, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* per il decorso della prescrizione della pena, in caso di revoca di benefici, si deve fare riferimento al momento in cui siano per legge maturate le condizioni che abbiano portato alla revoca stessa e non a quello in cui viene adottato il provvedimento di revoca del beneficio.

Tale indirizzo interpretativo, pur talora espresso in passato (tra le altre, nelle sentenze: Sez. I, 17 novembre 1995, n. 5897, Montaldo, Rv. 203039 e Sez. I, 18 ottobre 1995, n. 5145, Novellis, Rv. 202898) è stato soprattutto ribadito in diverse decisioni recenti.

Ci si riferisce, in primo luogo, alla sentenza Sez. I, 12 dicembre 2006, n. 41574, Capetta, Rv. 236015, in cui è stato chiarito che l'indirizzo interpretativo che fa decorrere il termine di prescrizione della pena dal momento in cui sono per legge maturate le condizioni che avrebbero dovuto portare alla revoca del beneficio, indipendentemente dal fatto che queste siano state, o meno, subito dichiarate con sentenza, «*risulta rispondente ad una lettura dell'art. 172, comma 5, c.p. che è sorretta da precisi ed univoci argomenti testuali, logici e sistematici [...] Dalla formulazione letterale della norma traspare, quindi, un primo elemento che milita a favore della soluzione qui condivisa, dato che l'esplicito riferimento al "giorno in cui [...] la condizione si è verificata" esponsabilità attesta che la decorrenza del termine di prescrizione della pena è, di per sé,*



collegata alla data in cui si è realizzato il presupposto dal quale la legge fa derivare la revoca della sospensione condizionale della pena, non rilevando, per contro, il momento in cui è adottato il provvedimento di revoca del beneficio. Né vale obiettare, a giustificazione della tesi contraria, che la pena diventa concretamente eseguibile soltanto a seguito della decisione di revoca, per l'evidente ragione che la decadenza dal beneficio della sospensione condizionale della pena opera di diritto, non appena la condanna che la comporta passa in giudicato, e che il provvedimento di revoca ha mera funzione ricognitiva della condizione risolutiva del beneficio, di talché i relativi effetti si producono "ex tunc", retroagendo al momento in cui la condizione si è verificata. Un ulteriore argomento ermeneutico dispiega incidenza decisiva a sostegno dell'opzione ermeneutica favorevole alla tesi che fa decorrere il termine di prescrizione non dalla data della revoca del beneficio, ma da quella di esponsabili della condizione risolutiva. Se si considera, infatti, che la "ratio" della disciplina della prescrizione, sia del reato che della pena, è indissolubilmente legata all'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, appare chiaro che il termine prescrizione non può che decorrere dal fatto oggettivo della verifica delle condizioni che rendono revocabile di diritto la sospensione condizionale della pena, dato che, se così non fosse, la prescrizione verrebbe collegata ad una data che varia in relazione alle contingenti determinazioni dell'autorità giudiziaria: con l'ulteriore conseguenza che i termini e il decorso della prescrizione verrebbero fatti dipendere da cause riferibili alla maggiore o minore tempestività delle decisioni degli organi deputati all'esecuzione della pena e alla revoca del beneficio, in palese violazione dei principi di certezza e di legalità».

Analoghe valutazioni sono state, poi, riaffermate nelle sentenze Sez. I, 16 ottobre 2008, n. 40678, Narzisi, Rv. 241562 e Sez. I, 5 marzo 2009, n. 18552, Canarecci, Rv. 243644, in cui è stato ribadito come l'indicata soluzione risulti preferibile «sia perché non pone a carico del condannato il ritardo con cui il P.M. procede alla richiesta di revoca ed il giudice decide, spettando a tali organi operare con celerità, sia perché consente una interpretazione della norma conforme ai principi di ragionevolezza e di tempestività nella esecuzione delle pene, di cui agli artt. 3 e 27, comma 2, della Costituzione, con riguardo ai quali non appare accettabile che una pena definitiva e che dovrebbe essere eseguita tempestivamente venga di fatto eseguita dopo decenni, soltanto per inerzia degli organi a ciò preposti, in contrasto con l'effetto rieducativo della pena, per cui la esecuzione deve essere tendenzialmente prossima alla commissione del reato o quanto meno alla definitività della condanna. D'altronde anche

la interpretazione letterale del comma 5 dell'art. 172 c.p. suggerisce tale soluzione poiché impone che il tempo necessario per la esecuzione della pena decorre, nel caso in cui la esecuzione sia condizionata, dal momento in cui si è verificata la condizione, con ciò evocando i presupposti di fatto e di diritto per il verificarsi della condizione e non anche un provvedimento di accertamento definitivo della verifica della condizione».

I medesimi temi interpretativi sono, quindi, ancora rinvenibili, con riferimento alla giurisprudenza più recente, nelle sentenze: Sez. I, 21 maggio 2009, n. 26748, Papallo, Rv. 244714; Sez. I, 13 gennaio 2012, n. 10924, P.G. in proc. Gargiulo, Rv. 252553 e Sez. I, 3 luglio 2014, n. 34145, Saorin, n.m.

Anche con riguardo al presente indirizzo, infine, rilavano alcune pronunce, dall'identico tenore di quelle espresse in tema di indulto condizionato, pronunziate dalla Suprema Corte in sede di esame del diverso istituto della sospensione condizionale della pena – le sentenze: Sez. VI, 2 giugno 1983, n. 1465, Marziani, Rv. 160523 e Sez. I, 11 aprile 2006, n. 17346, Petrella, Rv. 233882 -.

4. La soluzione delle Sezioni Unite.

Come in precedenza anticipato, le Sezioni Unite hanno risolto l'indicato conflitto riconoscendo la correttezza della seconda opzione ermeneutica, a ciò conducendo il dato testuale, quello logico e quello sistematico, anche alla stregua di una lettura che voglia porsi come costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

Soprattutto decisivo è apparso il dato testuale, considerato che, trattandosi di una questione correlata all'estinzione della pena per decorso inattivo del tempo, e dunque di un argomento di carattere e valore sostanziale, l'interprete risulta tenuto al rispetto di una norma dai contorni precisi e chiari, considerato che, per come disposto dall'art. 172, comma 5, cod. pen., nel caso in cui l'esecuzione della pena sia subordinata al verificarsi di una condizione, «*il tempo necessario per l'estinzione della pena decorre dal giorno in cui [...] la condizione si è verificata*». Conseguentemente, nel caso in cui l'esecuzione della pena sia condizionata alla revoca dell'indulto, tale revoca, e con essa l'eseguibilità della pena, si determina con il solo fatto dell'avverarsi della condizione risolutiva che, in ragione delle

diposizioni previste dai provvedimenti legislativi di indulto (nella fattispecie, gli artt. 10 d.P.R. n. 744 del 1981 e 11 n. 865 del 1986, poi riportati nel testo degli artt. 4 d.P.R. n. 394 del 1990 e 3 legge n. 241 del 1990), è stabilita con riferimento alla condanna per un reato successivamente commesso. Ne consegue, in termini cogenti, che: la revoca dell'indulto si determina *ope legis* («il beneficio dell'indulto è revocato di diritto») al verificarsi della condizione risolutiva (aver commesso un delitto entro il termine previsto); il *dies a quo* dal quale decorre la prescrizione della pena è quello in cui la citata condizione risolutiva si è verificata (art. 172, comma 5, cod. pen.). Tale condizione risolutiva si verifica, di necessità, con l'irrevocabilità della sentenza che determina il presupposto della revoca, e cioè l'accertata commissione, da parte di chi abbia usufruito dell'indulto, del fatto di reato implicante, *ope legis*, la revoca stessa. Il provvedimento di revoca, successivo e ricognitivo di un effetto già verificatosi, resta estraneo, pertanto, al decorrere del tempo ai fini dell'estinzione della pena per prescrizione.

Non è apparsa logica, in particolare, la prospettazione del primo e più risalente orientamento esegetico, per il quale la revoca dell'indulto si determinerebbe *ope legis* al verificarsi del presupposto, pur tuttavia necessitando, ai fini dell'eseguibilità della pena, di un successivo provvedimento giudiziale dichiarativo della revoca. Ciò, per la Corte, determinerebbe due negative e non accettabili ricadute: l'essere esposto il condannato alla maggiore o minore tempestività dei provvedimenti giudiziali, con lesione del principio di uguaglianza; subire lo stesso condannato le conseguenze della revoca a maggiore distanza di tempo, così vulnerando i principi costituzionali dell'effettività e della ragionevole durata del processo, oltre ai valori rieducativi indicati dall'art. 27, comma 2, Cost.

La soluzione preferita dalla Corte, quindi, si pone come un'interpretazione costituzionalmente orientata, oltre che coerente con i principi convenzionali di ragionevole durata, di sollecita definizione e di minor sacrificio esigibile, evincibili dalle norme degli artt. 5 e 6 CEDU.

Anche sul piano sistematico, poi, il primo orientamento – che inopportunamente finisce per dare maggior rilievo al momento ricognitivo, di natura formale, rispetto a



quello di carattere sostanziale – non è apparso convincente laddove lega il *dies a quo* della prescrizione della pena alla concreta eseguibilità della stessa, ottenibile solo con la definitività del provvedimento di revoca. In senso contrario, infatti, deve essere osservato che: la prescrizione è istituito legato al decorrere del tempo, e rispetto ad esso, con riferimento all'estinzione della pena, non sono previste cause di sospensione – quale indubbiamente sarebbe il preteso rinvio del decorso della prescrizione fino al momento della successiva eseguibilità -; l'eseguibilità della pena non si ha necessariamente solo con il provvedimento di revoca dell'indulto, anzi dovendosi osservare come, in senso contrario, l'art. 655 cod. proc. pen. Imponga al pubblico ministero di porre subito in esecuzione la pena, e dunque anche quella derivante dall'avvenuto esponsabili della condizione risolutiva del concesso beneficio, che può addirittura essere rilevata direttamente dal p.m., chiedendo, al contempo, al giudice dell'esecuzione di procedere, ex art. 674 cod. proc. pen., alla dichiarazione (ricognitiva) della revoca del beneficio.

La soluzione indicata, infine, risulta preferibile anche perché connotata da evidente coerenza con il parallelo istituto della prescrizione del reato, così esprimendo una migliore unitarietà sistematica. Ed invero, come il *dies a quo* per l'estinzione del reato decorre dalla commissione del fatto (elemento sostanziale), e non dall'inizio del processo di cognizione diretto ad accertarlo, così il *dies a quo* per l'estinzione della pena non può non decorrere dall'irrevocabilità della sentenza o, per quanto rilevi, dall'avverarsi della condizione risolutiva che costituisce il presupposto della revoca (elemento sostanziale), e non dall'attività processuale, peraltro di conclamata natura formale e ricognitiva, nonché variabile nei tempi, che prenda atto del già avvenuto avverarsi di tale condizione risolutiva.



SEZIONE II

REATI DEL CODICE PENALE

CAPITOLO I

LA PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA IN TEMA DI CONCUSSIONE, INDUZIONE INDEBITA E CORRUZIONE

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

SOMMARIO: 1. Aggiornamenti normativi. 2. La concussione. 3. L'induzione indebita a dare o promettere utilità, con particolare riguardo alla distinzione dalla concussione. 4. Concussione ed abuso d'ufficio. 5. Induzione indebita ed abuso d'ufficio. 6. Concussione, induzione indebita e fattispecie a partecipazione necessaria della vittima. 7. La corruzione. 8. Bilateralità della corruzione, responsabilità dell'intermediario, autonoma punibilità di chi commette millantato credito. 9. I risvolti patrimoniali della corruzione. 9.1. Misure di prevenzione. 9.2. Responsabilità sanzionatoria degli enti. 9.3. *Confisca di prezzo o profitto e confisca diretta o per equivalente.*

1. Aggiornamenti normativi.

I delitti contro la pubblica amministrazione costituiscono terreno di sperimentazione di **continue riforme**, nel tentativo di adeguare il sistema repressivo alla realtà di un malcostume purtroppo radicato e dilagante nell'amministrazione della cosa pubblica.

L'ultima risale alla legge 27 maggio 2015, n. 69 (in *Gazz. Uff.*, 30 maggio 2015, n. 124), che, in disparte l'**inasprimento delle previsioni edittali** sia delle pene principali sia anche di quelle accessorie, spicca per l'individuazione di un **movente economico** comune all'intera serie dei delitti previsti e puniti dagli artt. 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis. Essi sono tutti avvinti in una nuova frontiera della politica di contrasto, finalizzata, non tanto al risarcimento del danno economico e sociale, quanto piuttosto alla sottrazione dell'ingiusta locupletazione – quale parte minima, ma

normativamente supposta esistente, di un più ampio pregiudizio espressamente fatto salvo – che il soggetto ha ritratto dalla condotta illecita.

Nel dettaglio, viene in rilievo anzitutto l'**art. 2**, che, con l'intento di compulsare condotte robaivoetà, introduce un comma terzo all'art. 165 cod. pen., per effetto del quale, *“nei casi di condanna per i reati previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320 e 322-bis, la sospensione condizionale della pena è comunque subordinata al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno”*.

Viene in rilievo, poi, l'**art. 4**, che introduce l'art. 322-*quater* cod. pen., a termini del quale, *“con la sentenza di condanna”* per i predetti reati, *“è sempre ordinato il pagamento di una somma pari all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno”*. L'art. 322 *quater* cod. pen. Parrebbe avere la funzione di chiudere, in chiave processuale, l'anticipazione applicativa del comma terzo dell'art. 165 cod. pen., destinato a rilevare già in sede di indagini preliminari agli effetti dell'art 275, comma secondo-*bis*, cod. proc. pen. Nondimeno le discrasie sono evidenti: in disparte l'atecnicismo di un inedito ordine di pagamento che esula dai binari della confisca, detto ordine, che è rivolto in favore della Pubblica Amministrazione cui il soggetto appartiene, non necessariamente coincidente con quella lesa, perde per strada il profitto, rimanendo confinato all'ammontare di quanto indebitamente ricevuto.

Viene in rilievo, infine, l'**art. 6**, che introduce un comma primo-*ter* all'art. 444 cod. proc. pen., volto a stabilire che *“nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 322-bis del codice penale [– sicché scompare la corruzione dell'incaricato di pubblico servizio ex art. 320 cod. pen. –] l'ammissibilità [– e non*

semplicemente la positiva delibabilità –] *della richiesta di cui al comma 1 è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato*”: ciò che genera problemi di difficile coordinamento con la previsione della confisca obbligatoria anche per equivalente – legittimante in indagini il sequestro preventivo “*a cognizione contratta*” ex art. 321, comma secondo, cod. proc. pen. – ai sensi dei commi primo e secondo dell’art. 322 cod. pen.

È in tale contesto che interviene l’ennesima interpolazione dell’art. 317 cod. pen., mediante l’inserimento, quale soggetto attivo della **concussione**, accanto al pubblico ufficiale, nuovamente dell’incaricato di pubblico servizio: dicesi nuovamente perché era stata la versione introdotta dalla legge l. 6 novembre 2012, n. 190, ad espungere la figura dell’incaricato di pubblico servizio, introdotto dalla versione risalente alla legge 26 aprile 1990, n. 86, a modifica della formulazione originaria che, invece, non lo contemplava.

2. La concussione.

Fermo quanto precede, è noto che la differenza più importante tra il testo risultante dalla legge n. 190 del 2012, trasfuso *in parte qua* nell’attuale, e quello risultante dalla legge n. 86 del 1990 risiede nell’**eliminazione dell’induzione** quale modalità della condotta alternativa rispetto alla costrizione. Conseguentemente si è persa la figura della c.d. “*concussione per induzione*”, consistente in un’esortazione così penetrante da convincere – nel senso etimologico del termine, che rimanda all’azione di *cum vincere* – il soggetto passivo viepiù non ad un’attività qualsiasi ma ad un dare o promettere denaro o altra utilità. La perdita è stata compensata dall’introduzione dell’**induzione indebita a dare o promettere utilità** di cui all’art. 319-*quater* cod. pen., che, nella conformazione iniziale *ex lege* n. 190 del 2012, differiva dalla concussione sia, come visto, perché estendeva la punibilità all’incaricato di pubblico servizio sia, soprattutto, perché prevedeva una cornice edittale di gran lunga più favorevole a fronte di una condotta ritenuta, in quanto meramente induttiva, meno grave di quella costrittiva. Oggi, con la legge n. 69 del 2015, la diversità soggettiva si è annullata e quella sanzionatoria grandemente ridotta, dal momento che la concussione è punita con la reclusione da sei a dodici anni e l’induzione è punita con la reclusione da sei anni a dieci anni e sei mesi. Per l’effetto il problema

centrale dell'individuazione del *discrimen* tra costrizione ed induzione, che sino alla legge n. 69 del 2015 spiegava effetti pratici relevantissimi per la sensibile attenuazione del trattamento sanzionatorio della seconda, è destinato in prospettiva a mantenere rilevanza, sì, ma per diverse ragioni: sul **piano attivo**, ai limitati fini del pur sempre persistente maggior limite edittale massimo della prima; sul **piano passivo** – *rectius*, **“passivo-attivo”** – ai ben più rilevanti fini della punibilità altresì dell'indotto, chiamato dal comma secondo dell'art. 319-*quater* cod. pen. A rispondere, sia pur con l'assai più mite pena della reclusione sino a tre anni, per il fatto in sé di dare o promettere il denaro o l'utilità anelata dall'induttore *ex* comma 1, secondo uno schema che **avvicina la fattispecie alla** (e perciò pone problemi di definizione dei confini rispetto alla) **corruzione** *ex* artt. 318 e 319 cod. pen.

Sugli argomenti così per sommi capi riassunti spiccano nel 2015 **due sentenze** le quali, valorizzando la differenza tra le nozioni di costrizione ed induzione sul piano della **maggiore o minore intensità della pressione psicologica** esercitata sul soggetto passivo dal pubblico funzionario, si pongono in contrasto rispetto ad altro radicato orientamento (ribadito da ultimo da Sez. VI, 12 novembre 2014, n. 50482, Castellani, Rv. 261200), secondo cui il crinale è invece segnato dalla **tipologia del danno prospettato**, che sarebbe *contra ius* nel delitto di concussione e *secundum* o al limite *praeter ius* in quello di induzione indebita.

Dette sentenze, nonostante l'introduzione dell'induzione indebita, recuperano uno spazio concettuale alla costrizione non limitato all'ipotesi, che suonerebbe di scuola, della coartazione fisica o materiale: così facendo, però, accedono per forza di cose alla semantica dell'**intimidazione**. Nondimeno, poiché l'induzione, per essere cogente, deve trascendere in una vera e propria sopraffazione o prepotenza, per di più non finalizzata a se stessa ma sostanzialmente ricattatoria, la sua verifica costituisce comunque un'evenienza rara. Tant'è che **Sez. II, 5 maggio 2015, n. [23019](#), Adamo, Rv. 264278** – recuperata una **definizione di costrizione** come comportamento del pubblico ufficiale che agisce con modalità o forme a tal punto pressanti da non lasciare margine alla libertà di autodeterminazione del destinatario della pretesa illecita, il quale solo per evitare il

danno minacciatogli si rassegna alla dazione o alla promessa – nondimeno esclude che costituisca concussione (paventando l'eventualità che possa costituire abuso d'ufficio *ex art. 323 cod. pen.*) la condotta di un presidente di provincia consistente nell'aver indotto, abusando delle funzioni, il responsabile dei servizi sociali del medesimo ente a sospendere il pagamento delle rette degli studenti ospiti di un centro educativo con l'obiettivo, effettivamente conseguito, di ottenere le dimissioni del direttore del centro stesso e la nomina al suo posto di persona politicamente gradita.

L'esplicitazione teorica del ragionamento pare idealmente potersi cogliere nella trama di **Sez. VI, 10 marzo 2015, n. [22526](#), P.G. in proc. B., Rv. 263769**, che, qualificata l'**intimidazione** in termini di esteriorizzazione così pregnante da risolversi in un sopruso impeditivo di vie d'uscita, coerentemente reputa insufficiente lo **stato di timore riverenziale o autoindotto del pubblico ufficiale** (nella specie, un funzionario di polizia) destinatario di una richiesta illegittima proveniente da un altro pubblico ufficiale rivestito di una posizione, più che sovraordinata, di supremazia (nella specie, un'alta carica dello Stato), in un caso in cui il secondo aveva formulato una pretesa "*impropria e scorretta*" in direzione del primo, senza però accompagnarla con comportamenti positivi orientati a suggestionarlo, persuaderlo o convincerlo.

3. L'induzione indebita a dare o promettere utilità, con particolare riguardo alla distinzione dalla concussione.

La posizione che, nella concussione, incentra l'analisi sulla **pregnanza della condotta** piuttosto che sull'**antigiuridicità del danno**, minacciato, o anche solo prospettato, eppur altrimenti evitabile, rende incerta l'alterità della costrizione rispetto all'induzione, non tanto perché determina l'importazione dell'induzione nell'alveo costrittivo, quanto piuttosto perché la costrittività dell'induzione, costruita su basi di **intensità** in un sinolo quali-quantitativo, è rimessa al prudente apprezzamento del giudice anzitutto di merito in relazione a tutte le circostanze del caso concreto. Tra esse vengono in linea di conto anche le **qualità soggettivo-istituzionali della vittima**, dacché, come la S.C. non ha mancato di sottolineare nella **sent. n. 22526 del 2015, cit., Rv. 263770**, entrambi i delitti

di concussione ed induzione indebita ammettono che il destinatario della pressione abusiva possa anche essere un altro pubblico ufficiale; tuttavia, presa a parametro la **libertà di autodeterminazione** di quest'ultimo, gli effetti coartante od induttivo devono essere particolarmente incombenti, atteso l'“*elevato grado di resistenza che ci si aspetta*” – e, sia consentito di aggiungere, che è esigibile in dipendenza dal dovere di disciplina ed onore *ex art. 54, comma secondo, Cost.* – “*dal soggetto che riveste la qualifica pubblicistica, il quale, secondo la fisiologica dinamica dello specifico rapporto intersoggettivo, deve rendere recessiva la forza intimidatrice o persuasiva di cui è oggetto*”.

Su altro piano, detta posizione è suscettiva di **ridurre l'ambito operativo dell'art. 317 cod. pen. A favore dell'art. 319-quater cod. pen.** Sulla base del presupposto che l'induzione costringente rappresenta una **specializzazione** dell'induzione per così dire “*semplice*”.

Ciò detto, peraltro, sorge necessità di precisare incidentalmente che la rilevanza dell'induzione nell'art. 319-quater cod. pen. Poggia, per effetto del comma secondo, su un **sostrato di sinallagmaticità** presupponente il coinvolgimento dell'indotto, il quale è a tal punto compreso nell'“*inter-relazione*” soggettiva, che può impedire che l'iniziativa del pubblico funzionario giunga a compimento ricusando di cedere alle sue pressioni. In tal caso – alla stregua di **Sez. VI, 22 luglio 2015, n. 46071, S.** (occupatasi di un giudice civile assegnatario di un sequestro *ante causam* che, in cambio dell'esito favorevole del procedimento, con la complicità di un intermediario, aveva costretto il convenuto a promettere il versamento di una tangente, da questi parzialmente corrisposta dopo la denuncia sotto il controllo delle forze dell'ordine) – si profila un'ipotesi di **tentativo**, dacché la richiesta del pubblico funzionario non va a buon fine per un fatto esterno costituito dalla contraria volontà dell'interlocutore.

Tornando *funditus* all'art. 319-quater cod. pen., il compimento della ricostruzione dell'**intensità dell'induzione in funzione altresì del coinvolgimento dell'indotto**, e, quindi, il pieno apprezzamento degli effetti che sul piano qualificatorio ne derivano, si registra in **Sez. VI, 14 maggio 2015, n. 32594, Nigro, Rv. 264424**, chiamata a giudicare delle condotte di un carabiniere che si era fatto consegnare somme di danaro, in un caso,

da una persona cui poco prima aveva contestato una violazione stradale e sequestrato il veicolo, prospettandole l'opportunità di evitare così ulteriori controlli, e, nell'altro, da un cittadino extracomunitario in attesa di rinnovo del permesso di soggiorno, in cambio del rilascio di una formale dichiarazione di ospitalità sottoscritta da un terzo, al fine di evitare l'espulsione. La S.C.; nel propendere per la qualificazione dei fatti ai sensi dell'art. 319-*quater* cod. pen. Anziché dell'art. 317 cod. pen., si profonde, sì, in una definizione di **induzione "semplice"** quale *"persuasione, suggestione, inganno, pressione morale con più tenue valore condizionante – rispetto all'abuso costringitivo tipico del delitto di concussione di cui all'art. 317 cod. pen., come modificato dalla predetta l. n. 190 – della libertà di autodeterminazione del destinatario"*, ma lo fa per ritagliare corrispondentemente in capo a quest'ultimo *"più ampi margini decisionali"* che gli lasciano uno spazio sufficiente a **"prestare acquiescenza alla richiesta della prestazione non dovuta, perché motivato [a sua volta] dalla prospettiva di conseguire un tornaconto personale"**: ed è proprio siffatto tornaconto personale – soggiunge la Corte – *"che giustifica la previsione di una sanzione [anche] a suo carico"*.

Cercando di sistematizzare il ragionamento fatto proprio dalla pronuncia che ne occupa, al contrario di quanto sostenuto da voci critiche della dottrina intese a sottolineare un **classico ritorno al passato** della giurisprudenza di legittimità attraverso il recupero ermeneutico della concussione per induzione, a differenza che nel passato, nella modulazione dell'intensità dell'induzione per saggiarne la cogenza agli effetti roborativo piuttosto che la minore pregnanza agli effetti dell'art. 319-*quater* cod. pen., entra la verifica – non astratta, ma **positiva e concreta** – della **posizione del destinatario dell'azione illecita**: il quale, in effetti, su un piano di realtà, può partecipare alla dinamica induttiva o solo come vittima *tout court*, per l'effetto costretta a fare quel che altrimenti non farebbe, o come vittima consapevole del sopruso ma comunque disposta a profittarne.

Coglie con lucidità la questione **Sez. VI, 12 febbraio 2015, n. [8963](#), Maiorana, Rv. 262503**, che ha l'accortezza di sottolineare come l'eventuale costringitività dell'induzione, rilevante *ex art.* 317 cod. pen., non sia elisa *ex abrupto* da un vantaggio prospettato quale conseguenza della promessa o della dazione indebita dell'utilità **se però** il rilievo di un

utile immediato e contingente per il destinatario dell'azione illecita è **travolto** da un **male ingiusto di portata assolutamente spropositata**: donde, nuovamente, pur seguitando ad essere centrale la forza soverchiante dell'intimidazione, tuttavia il fuoco dell'accertamento si allarga per tener conto del peso del male ingiusto rispetto all'utile in ipotesi robaivoetante perseguito dal destinatario.

Nondimeno, se il **vantaggio** prospettato è **consistente**, ricorre la fattispecie dell'art. 319-*quater* cod. pen., non solo alla stregua dell'opzione che valorizza tale dato quale indice di un altrettanto consistente residuo spazio di autodeterminazione del soggetto passivo, che pertanto non può dirsi schiacciato da un'induzione costrittiva, ma anche, e forse soprattutto, alla stregua di quell'altra opzione, dianzi cennata, che, sul presupposto per cui entrambe le fattispecie *ex* artt. 317 cod. pen. e 319-*quater* cod. pen. Richiedono una prevaricazione del pubblico ufficiale tale da ingenerare una posizione di soggezione dell'interlocutore, fa assurgere a criterio discretivo tra l'una e l'altra rispettivamente la prospettazione da parte del pubblico funzionario di un danno ingiusto ovvero l'esistenza di un vantaggio per l'interlocutore stesso: ciò detto, quel che preme di rilevare è che – secondo la S.C. – “*gli attuali artt. 317 e 319-*quater* cod. pen. Sono in rapporto di **perfetta continuità** col previgente art. 317 cod. pen.*”, atteso che la **combinazione** delle attuali disposizioni in punto di concussione e di induzione indebita copre, dal lato del pubblico funzionario, l'area in allora coperta dalla sola concussione; pertanto, **non** essendo l'induzione richiesta per la realizzazione del delitto previsto dall'[art. 319-*quater*, comma primo, cod. pen.](#) **Diversa** da quella del previgente [art. 317 cod. pen.](#) E **non** modificando la struttura bilaterale del nuovo reato la **posizione del pubblico funzionario**, dal punto di vista della successione di leggi penali nel tempo, non v'è *abolitio* della vecchia concussione per induzione, ma continuità tra essa e l'induzione indebita di nuovo conio, continuità comportante la prevalenza del trattamento sanzionatorio relativo a quest'ultima quale *lex mitior ex* [art. 2, comma quarto, cod. pen.](#) (Sez. VI, 23 luglio 2015, n. 42607, Puleo).

Il discorso che si va esponendo è foriero altresì di **ricadute processuali**, le quali si manifestano ad esempio in relazione alla **rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale**

in appello. Premesso che l'attivazione del corrispondente potere, di cui all'art. 603, comma primo, cod. proc. pen., è subordinata alla verifica dell'incompletezza dell'indagine dibattimentale ed alla conseguente constatazione del giudice d'appello di non poter decidere allo stato degli atti senza ulteriori acquisizioni proiettate su temi dirimenti, e rilevato che la decisione circa l'esercizio o il mancato esercizio del potere stesso è censurabile in cassazione esclusivamente sotto il profilo dell'adeguatezza della motivazione, a detto giudice soltanto competendo gli apprezzamenti di merito, è nondimeno censurabile la decisione della corte d'appello di non acquisire un **documento** in astratto fondamentale per valutare se la condotta abusiva posta in essere da un pubblico ufficiale per conseguire una somma di denaro da un privato implicasse comunque la successiva realizzazione di un **indebito tornaconto** per quest'ultimo: l'efficacia dirimente di detto documento si apprezza a misura dell'incidenza sulla qualità dell'abuso, eventualmente ai fini di una qualificazione residuale di induzione semplice punibile *ex art. 319-quater* cod. pen. Anziché *ex art. 317* cod. pen. (**Sez. VI 13 gennaio 2015, n. [8936](#), Leoni, Rv. 262620**).

In conclusione, sia consentito di osservare che detta qualificazione residuale è perfettamente coerente con la clausola di salvezza con cui apre il comma primo dell' art. 319-*quater* cod. pen.

4. Concussione ed abuso d'ufficio.

La circostanza che concussione ed induzione indebita, sul lato rispettivamente del robativo e dell'induttore, differiscano soltanto per la condotta costrittiva del primo e meramente induttiva del secondo apre uno **spazio di condivisione** del concetto di *abuso della posizione pubblica*, e quindi delle funzioni e dei poteri ad essa connessi, che accomuna l'una e l'altra nell'esigenza di perimetrazione rispetto alla principale figura repressiva dell'abuso nell'esercizio di potestà pubbliche, ossia l'abuso d'ufficio *ex art. 323* cod. pen.

Quanto alla concussione, la Corte ha avuto per la prima volta occasione di occuparsene *ex professo* sotto il profilo del principio di **necessaria correlazione tra imputazione e sentenza** proclamato dall'art. 521 cod. proc. pen.

In termini generali, occorre premettere che la portata del principio in parola dovrebbe aver raggiunto un definitivo assetto grazie a **Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci, Rv. 264438**, che – intervenuta peraltro in una fattispecie doppiamente significativa agli effetti del presente scritto, poiché l'imputato era stato condannato in primo grado per il delitto di **concussione** e in appello per quello di **corruzione** – ha enunciato un principio di diritto improntato a compendiare secondo ragionevolezza le insopprimibili esigenze della difesa con la capacità evolutiva dell'accusa al cospetto dell'istruttoria. Invero, secondo il Massimo Consesso, la diversa qualificazione giuridica del fatto ad opera del giudice d'appello pur in assenza di una richiesta in tal senso del pubblico ministero *“non determina la violazione dell'art. 521 cod. proc. pen., neanche per effetto di una lettura della disposizione alla luce dell'art. 111, secondo comma, Cost., e dell'art. 6 della Convenzione EDU come interpretato dalla Corte europea, qualora la nuova definizione del reato fosse nota o comunque prevedibile per l'imputato e non determini in concreto una lesione dei diritti della difesa derivante dai profili di novità che da quel mutamento scaturiscono”*.

Tornando alle differenze tra concussione ed abuso d'ufficio, **Sez. VI, 18 febbraio 2015, n. 10140, Bossi e al., Rv. 262802**, sembra aver fatto applicazione *ante litteram* dell'insegnamento testé esposto, atteso che, ricostruendo il principio dell'art. 521 cod. proc. pen. In termini non meccanicistici ma sostanzialistici, in vista di quello scopo di salvaguardia del diritto di difesa dell'imputato che ne rappresenta la *ratio*, mostra di aver riguardo non già ad un'**eterogeneità in astratto tra concussione ed abuso d'ufficio**, bensì ad un'**eterogeneità pertinente al fatto di reato siccome contestato**, propendendo per la violazione del principio stesso (solo) se il capo d'imputazione difetta dell'*“indicazione degli elementi costitutivi del reato ritenuto in sentenza, né [– valga evidenziare –] consente di ricavarli in via [– anche solo –] induttiva”*. La qual cosa si verifica quando, come nella vicenda sottoposta alla cognizione della S.C., ritenuto in sentenza l'**abuso d'ufficio** a fronte di una contestazione di **concussione**, il capo d'imputazione non contiene *“alcuna indicazione in ordine alla norma di legge violata, né all'ulteriore requisito, richiesto dall'art. 323 cod. pen., dell'ingiustizia del vantaggio patrimoniale procurato o del danno arrecato”*.

Lo spiccato valore di tale decisione è duplice, sia perché, sul piano del diritto **sostanziale**, individua i principali elementi di differenziazione – ancorché **non specializzanti** *ex art. 15 cod. pen.* – che qualificano l’abuso d’ufficio rispetto alla concussione; sia però anche, e forse soprattutto, perché, sul piano del diritto **processuale**, ammette la possibilità che un capo d’imputazione sufficientemente dettagliato nella descrizione del fatto possa contenere **oltretutto per implicito** elementi atti a condurre ad una condanna per abuso d’ufficio pur ove, in forza di una prospettiva maggiormente concentrata sulla costrizione anziché sulla qualificazione della condotta debordante dal perimetro delle attribuzioni funzionali del pubblico funzionario, l’accusa avesse mirato *ab origine* a sostenere la ricorrenza della concussione.

Spingendo il discorso verso un approdo ulteriore, potrebbe speculativamente attingersi la questione dell’ammissibilità, nelle evenienze più dubbie, di una contestazione alternativa.

5. Induzione indebita ed abuso d’ufficio.

È di per se stesso significativo che il tema di quella che può essere definita come un’*“interdipendenza qualificatoria”* tra abusività (induttiva) da una parte e abuso stretto dall’altra consti affrontato in termini non dissimili pur dall’angolo di visuale dell’**induzione indebita**. Invero **Sez. VI 7 maggio 2015, n. [36676](#), P.M. in proc. Serino e al., Rv. 264579**, ha avuto occasione di dire – anche in questo caso, per la prima volta – che, se un fatto non è sussumibile nella fattispecie dell’induzione indebita ma è passibile di qualificazione alla stregua di violazione dell’art. 323 cod. pen., al G.U.P. è impedito di emettere sentenza di non luogo a procedere, giacché la sussistenza dei presupposti per il rinvio a giudizio gli conferisce il potere di attribuire al fatto stesso una diversa qualificazione giuridica, coerente con le risultanze degli atti.

Al di là del punto concernente i poteri del G.U.P. nell’adozione dei provvedimenti conclusivi dell’udienza preliminare *ex art. 424 cod. proc. pen.*, il profilo saliente della decisione in parola sta in ciò che, pur dinanzi ad un assetto istruttorio non consolidato qual è quello di detta udienza, il giudice non recepisce passivamente la qualificazione di

concussione posta dal P.M., ma è abilitato ad individuare nella **storicità del fatto** i tratti tipici dell'abuso d'ufficio.

A mo' di chiusura sull'argomento nel suo complesso, osservasi che in tanto le evidenziate tendenze processuali hanno ragion d'essere, in quanto, *a priori*, come l'art 319-*quater*, comma primo, cod. pen. Fa salva la configurabilità di reati più gravi, in relazione segnatamente alla **concussione**, così l'art. 323, comma primo, cod. pen. Replica la formula di salvezza, tratteggiando la priorità, nell'ordine, della **concussione** e dell'**induzione indebita**, così, per l'effetto, da determinare la residualità dell'**abuso d'ufficio**.

6. Concussione, induzione indebita e fattispecie a partecipazione necessaria della vittima.

Sotto diverso profilo, la circostanza che la concussione colpisca condotte non solo spiccatamente coercitive la avvicina all'induzione indebita nell'esigenza di un'*actio finium regundorum* rispetto a toni dell'intimidazione orientati (anche) al **raggiro della vittima**.

In tale prospettiva possono essere messe a confronto due pronunce della S.C., l'una incentrata sulla **concussione**, l'altra sull'**induzione indebita**.

Quanto alla **prima**, ponendosi nella scia di un orientamento consolidato, **Sez. VI, 29 gennaio 2015, n. 8989, Galletta, Rv. 262796** – a proposito del caso di un assistente sociale che, incaricato delle relazioni per la concessione di misure alternative, prospettando al destinatario di un ordine di carcerazione la possibilità di ottenere il beneficio grazie all'interessamento di un amico poliziotto, s'era fatto dare dal predetto una somma in contanti da consegnare a quest'ultimo affinché intervenisse sul magistrato di sorveglianza – rileva che integra la materialità del **millantato credito aggravato** *ex* art. 61, numero 9, cod. pen., e non della concussione, una condotta del pubblico ufficiale pur sempre atta ad indurre la vittima a dare o promettere alcunché, epperò connotata dal raggiro concernente la falsa rappresentazione di una situazione di grave pregiudizio e la proposta di comprare i favori di inesistenti pubblici ufficiali per ottenere un risultato alla stessa favorevole.

Sul versante dell'**induzione indebita**, Sez. VI, 27 aprile 2015, n. [17655](#), Satta e al., Rv. 263657, ha dovuto cimentarsi nel delinearne l'alterità rispetto alla **truffa**, enunciando il principio per cui si configura quest'ultima, e non la prima, quando l'induzione del pubblico ufficiale sulla vittima affinché lo remunererà per ottenere la sua protezione passa attraverso la simulazione di un pericolo immaginario sovrastante la medesima, non per alcunché di intrinsecamente afferente l'induzione, ma, e qui sta il *proprium* di una motivazione rimarchevolmente incentrata sulla diversa "*dinamica*" delle due fattispecie, per "*la mancanza della condizione di assoggettamento della persona offesa all'esercizio di una potestà altrui*" (il caso era quello di un appartenente all'Arma dei carabinieri accusato di aver indotto la persona offesa a corrispondere a lui e ad un complice somme di danaro in cambio della promessa di una maggiore vigilanza a fronte di inesistenti pericoli per l'incolumità personale della medesima: originariamente tratto a giudizio per rispondere di concussione, il giudice di seconde cure aveva derubricato l'imputazione in induzione indebita; la S.C., correggendo d'ufficio la sentenza impugnata, ha ritenuto di riqualificare i fatti come truffa pluriaggravata ex artt. 61, numero 9, e 640, comma secondo, numero 2, cod. pen.).

7. La corruzione.

Il carattere di **reato a concorso necessario** ed a **struttura bilaterale** della corruzione è stato riguardato dalla Corte di Cassazione anzitutto con riferimento al **diritto processuale**.

Due sentenze gemelle, Sez. VI, 14 maggio 2015, n. 23682, Russo e al., Rv. 263842, e Sez. VI, 14 maggio 2015, n. 23683, Portone, hanno riaffermato che può andar soggetta a **revisione** in relazione alla lettera a) del comma primo dell'art. 630 cod. proc. pen. [secondo cui "*la revisione può essere richiesta ... se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale*"] la sentenza irrevocabile emessa ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. Nei confronti del corruttore ove sia passata in giudicato la sentenza di assoluzione del pubblico ufficiale perché il fatto non sussiste, attesa

l'inconciliabilità delle due pronunce derivante dall'impossibilità di ipotizzare alcuna forma di corruzione in assenza dell'attività coordinata del corruttore e del corrotto.

Trattasi di affermazione coerente, prima ancora che con istanze di equità, con la costruzione della fattispecie corruttiva in termini di **ricezione** da parte del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio (artt. 318, 319 e 320 cod. pen.) e, specularmente, di **dazione** da parte del privato (art. 321 cod. pen.).

8. Bilateralità della corruzione, responsabilità dell'intermediario, autonoma punibilità di chi commette millantato credito.

Di gran lunga più interessanti sono tuttavia le analisi della bilateralità al cospetto del **diritto sostanziale**, in quanto imperniate sul problema dell'allargamento soggettivo dell'area della punibilità: problema che, al di là della regola dell'equiparazione di tutti i compartecipi nella responsabilità in funzione del concorso ai sensi dell'art. 110 cod. pen., è **strutturale**, e dunque **costitutivo**, perché impinge sul vincolo che, a prescindere da un vero e proprio sinallagma, rende la dazione o promessa del corruttore – per l'effetto anch'egli raggiunto da responsabilità *ex art.* 321 cod. pen. – **propulsiva** dell'esercizio infedele delle proprie funzioni e dei propri poteri (non importa se *sub specie* degli artt. 318 o 319 cod. pen.) da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio. Di conseguenza è l'architettura "*siffattamente*" bilaterale del concorso necessario a dover trovare adeguata sistemazione in confronto della **concorsualità eventuale**, che, proprio in forza dell'art. 110 cod. pen., non v'è ragione di negare (come in effetti non si nega nelle ipotesi di concorso dell'*extraneus* nel reato non bilaterale dell'*intraneus*).

I nodi vengono al pettine con riguardo alla figura dell'**intermediatore**, o faccendiere, o più propriamente facilitare, che ha il compito di curare i contatti tra corrotto e corruttore per fare in modo che le rispettive volontà raggiungano un piano di equilibrio nell'ottica di un'esecuzione pianificata delle reciproche "*obbligazioni*" criminose.

La Corte ha avuto modo di ritornare sull'argomento in ben due occasioni.

La prima concerne una pronuncia intervenuta nel procedimento *de libertate* a proposito delle condotte di una persona non appartenente alla Pubblica Amministrazione che

aveva assunto stabilmente la funzione di collegamento tra il pubblico ufficiale, suo diretto referente, ed il privato, il quale ultimo le erogava una remunerazione mensile a mo' di corrispettivo di detti suoi servizi e nel contempo di remunerazione delle infedeltà contrarie ai doveri d'ufficio perpetrate dal pubblico ufficiale medesimo. La S.C. ha reputato corretta l'attribuzione del fatto di reato a detta persona *ex art. 110 cod. pen.*, in quanto il concorso eventuale nella corruzione è possibile, non solo se il contributo dell'*extraneus* si realizza nella forma della determinazione o del suggerimento fornito all'uno o all'altro dei concorrenti necessari, ma anche se si risolve in un'attività di intermediazione finalizzata a realizzare il collegamento tra detti concorrenti (**Sez. VI, 10 aprile 2015, n. 24535, Mogliani e al., Rv. 264124**).

L'importanza sistematica della pronuncia di cui si tratta risiede in ciò che la corruzione non isola in un involucro impermeabile il **rapporto tra corrotto e corruttore**, sì che, confinandane l'illegittimità all'interno, possa aversi concorso del terzo solo nell'*"attivazione"* del rapporto stesso, facendo leva o sull'estremo superiore, quello del pubblico ufficiale, che formula la richiesta di avere o ricevere, o sull'estremo inferiore, quello del privato, che manifesta la disponibilità o accetta la richiesta di dare o promettere. Poiché è il rapporto tra corrotto e corruttore in sé a stillare di illegittimità e, lungi dall'essere un meccanismo che scatta ad impulso, a dissolversi in una **trama di contatti diretti ed indiretti**, ben può configurarsi l'apporto di un terzo causalmente orientato a mandare a segno detti contatti nelle sembianze tipiche dell'intermediario, che dunque risponde di corruzione per concorso in quanto con la sua attività l'ha resa possibile o quantomeno agevolata (incidentalmente notasi che non v'è sovrapposizione con la c.d. **mediazione onerosa** *ex art. 346 bis c.p.*, introdotto dalla legge n. 190 del 2012, giacché detta mediazione in realtà è solo eventualmente tale, la consumazione del reato presupponendo uno schema bipolare tra terzo ed intermediario e non una triangolazione con l'*intraneus*).

Il rovescio della medaglia – scandagliato nella seconda delle due pronunce cui dianzi si accennava – risiede nell'impossibilità, **nonostante l'intreccio tra diritto civile e diritto penale**, di reputar raggiunta la **prova dell'illegittimità del rapporto** a fronte di una

dazione o promessa *in incertam personam* priva di causa. Ricorda **Sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1/2015, Pedrotti e al., Rv. 262919**, che sicuramente vale il principio per cui non è presupposto indefettibile per l'affermazione di sussistenza di un fatto di corruzione l'individuazione dell'identità del funzionario corrotto, giacché diversamente si rinunciarebbe alla punizione ogniqualvolta questi, per qualsiasi causa, restasse ignoto; ma è comunque necessario fugare ogni dubbio sull'effettivo concorso di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio, giacché, diversamente, la corruzione non si configurerebbe (viepiù non essendo ancora prevista nel nostro ordinamento la corruzione tra privati: infatti, a dispetto della rubrica, tale non è quella *ex art. 2635 cod. civ.*).

In siffatta prospettiva, la semplice consegna *sine titulo* di pur ingenti somme di denaro ad un intermediario è insufficiente ad affermare con certezza, in mancanza di ulteriori elementi, che si sia consumato un episodio di corruzione, ben potendo tale condotta integrare alternativamente altri reati.

Si incrociano così due piani d'analisi concorrenti in una residua area di rilevanza del concorso corruttivo: da un canto, la mancanza di titolo della dazione o della consegna **non è auto-dimostrativa** della causa illecita, siccome corruttiva, dal momento che non è di per sé *contra ius* neppure sotto il profilo civilistico; dall'altro, la peculiarità della struttura bilaterale della corruzione esige la dimostrazione, anche indiziaria, quantomeno della **cornice del rapporto tra corrotto e corruttore**, affinché in connessione con la stessa possa apprezzarsi la consistenza dell'intermediazione (altrimenti non significativa perché aspecifica).

Ma non è tutto. Come visto, soggiunge la Corte che la consegna *sine titulo* ad un intermediario può integrare altri reati.

Sul piano della teoria, ciò consente di istituire un collegamento con la **sent. n. 8989 del 2015, cit., Rv. 262798**, che, in tema di millantato credito con dazione o promessa assistita dal pretesto di dover comprare il favore di un pubblico funzionario o di doverlo remunerare ai sensi dell'art. 346, comma secondo, cod. pen., rievocato il principio dell'irrelevanza che il pubblico funzionario abbia o meno emesso il provvedimento, in

quanto per la consumazione è sufficiente che l'agente si faccia dare o promettere l'utilità con il pretesto di doverlo corrompere, conclude che in tal guisa il millantato credito appresta *“una **tutela penale anticipata** rispetto alle diverse ipotesi corruttive previste dagli artt. 318 e 319 cod. pen., configurabili quando la remunerazione sia effettivamente destinata al pubblico ufficiale, al fine di condizionarne l'attività”*.

Parrebbe di potersi dire, aprendo un nuovo fronte di riflessione, che l'insegnamento in parola è estensibile anche alla declinazione dell'induzione indebita, in funzione del comma secondo dell'art. 319-*quater* cod. pen.

9. I risvolti patrimoniali della corruzione.

Accennavasi in apertura che, in un'ottica forse di eccessiva semplificazione, i delitti contro la Pubblica Amministrazione sono considerati da una nuova sensibilità legislativa strumenti di ingiusta locupletazione ad opera di coloro che vi prendono parte.

Ciò è sicuramente vero nella corruzione, che al fondo punisce sia sul lato attivo che su quello passivo la **remunerazione del pubblico funzionario** per il compimento di un'infedeltà destinata a produrre **benefici anche in capo al corruttore** (ancorché detti benefici non finalizino la condotta e pertanto non sfocino in una qualifica di specificità del dolo).

L'argomento denota profili di spiccata complessità per la molteplicità delle implicazioni che ne derivano.

9.1. Misure di prevenzione.

Per iniziare, occorre por mente alla questione **inedita** dell'incidenza sulla valutazione di pericolosità sociale del **corruttore** quale **presupposto** per l'applicazione di una **misura di prevenzione** a suo carico. Se n'è occupata **Sez. I, 17 luglio 2015, n. 31209, Scagliarini e al., Rv. 264321**, che, accordando priorità al vaglio, oltreché dell'improntitudine del proposto alla delinquenza specifica, del profitto che egli abbia ritratto e seguiti a ritrarre dall'attività illecita, accede ad una rigorosa interpretazione letterale, intesa ad affermare che, nel giudizio di *“pericolosità di soggetto proposto per*

*l'applicazione di misura ai sensi dell'art. 1, comma primo, lett. b), del decreto di legislativo 6 settembre 2001, n. 159, il giudice della prevenzione, ove il reato oggetto di previa cognizione in sede penale sia rappresentato dal delitto di corruzione, non può prescindere dalla verifica, a carico del corruttore, della **effettiva derivazione di profitti illeciti** dal reato commesso, in ragione della testuale formulazione del citato art. 1, che richiede la constatazione di ricorrenti attività delittuose produttive di reddito”.*

9.2. Responsabilità sanzionatoria degli enti.

Altra implicazione degna di nota investe la responsabilità sanzionatoria degli enti, che rispondono della **concussione**, dell'**induzione indebita** e della **corruzione** in forza dell'art. 25 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231.

Pacifico che siffatta responsabilità degli enti scatta per gli illeciti commessi dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231 del 2001, a motivo delle estrinsecazioni temporali del principio di stretta legalità anche a loro applicabile, pronunciando in tema di **confisca del profitto**, che la giurisprudenza suole qualificare come **sanzione**, **Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 15951, Bandettini e al., Rv. 263266**, ritiene sì che la stessa sia legittima se il reato presupposto è stato consumato dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231 del 2001, ma nel contempo reputa **irrilevante** che il **profitto** sia stato conseguito da parte del destinatario della sanzione in un **momento precedente alla commissione del reato e alla entrata in vigore della legge**.

I motivi di interesse della decisione sono **due**.

Il **primo** attiene alla circostanza che nella specie si verteva di corruzione consumatasi in data successiva alla entrata in vigore del D.Lgs n. 231 del 2001, con profitto, tuttavia, maturato prima in capo all'ente. È utile spiegare come ciò fosse possibile. A fronte della corruzione di un giudice fallimentare, era stata costituita una società che, con provvedimento favorevole di detto giudice, aveva acquistato da una procedura un bene immobile – di poi colpito da confisca – ad un prezzo inferiore a quello stimato, in cambio del conferimento di un incarico di lavoro alla convivente del predetto, con conseguente corresponsione in favore della medesima della retribuzione. Alle censure

difensive intese a denunziare l'antiorità della data di acquisto rispetto al conferimento dell'incarico alla convivente e comunque all'entrata in vigore del [D.Lgs. n. 231 del 2001](#), la S.C. replica,

- anzitutto, che è la **consumazione del reato** ad attribuire le definitive note di illiceità al profitto da esso derivante in capo all'ente, in qualunque momento sia stato conseguito (la qual cosa, nel caso concreto, era avvenuta con l'affidamento alla convivente dell'incarico da parte della società dopo che quest'ultima aveva spuntato condizioni favorevoli per l'acquisto dell'immobile, percependo dal suo coinvolgimento nell'attività delittuosa un autentico profitto per l'effetto confiscabile);

- secondariamente, che il **carattere retroattivo o meno dell'applicazione del [D.Lgs. n. 231 del 2001](#)** va stabilito in base alla data di consumazione del reato, e non a quella, eventualmente precedente, del conseguimento del relativo profitto in capo all'ente, giacché ritenere il contrario significherebbe pretermettere che, proprio in conformità alla dedotta funzione sanzionatoria, la responsabilità dell'ente da reato non può che avere quale riferimento il fatto illecito in sé e per sé (fatto, nuovamente, che solo in seconda battuta qualifica di illiceità, al compiersi della fattispecie attraverso la consumazione, altresì il profitto).

La complessità del caso concreto dischiude un orizzonte sistematico di indiscutibile ampiezza, dal momento che fa risaltare sul piano della tipicità del fatto come **l'irrelevanza del profitto nella gestione dei rapporti tra corrotto e corruttore** non impedisca il recupero della **sua rilevanza nel diritto sanzionatorio degli enti**, ove il criterio di attribuzione della responsabilità del reato non è la partecipazione concorsuale dell'ente allo stesso, ma il criterio dell'essere stato commesso il reato nel suo **interesse** o a suo **vantaggio** (art. 5 D.Lgs. n. 231 del 2001). La convergenza delle due prospettive consente di far assurgere al grado di presupposto della confisca del profitto, in quanto illecito, anche quello consolidato prima della maturazione in sé della corruzione nel contesto di un accordo cui l'ente è asservito (potendo peraltro l'ente stesso venire ad esistenza, come nel caso deciso dalla S.C., **persino dopo l'accordo**, proprio in funzione del buon fine dell'operazione).

Venendo al secondo motivo di interesse, la pronuncia di cui si tratta va ricordata, però, altresì perché il punto dell'irrelevanza dell' anteriorità del profitto agli specifici fini dell'applicazione del D.Lgs. n. 231 del 2001 **non può aversi per pacifico**. Essa si pone in perfetta sintonia con Sez. VI, 12 aprile 2011, n. 14564, Aurora s.r.l., Rv. 249378, che, giudicando (ed è sintomatico) pur' essa di una fattispecie di corruzione, già aveva indicato la linea della scissione dei piani tra consumazione del reato e conseguimento del profitto, affermando che *“la sanzione della confisca del profitto del reato presupposto è applicabile esclusivamente quando la data di consumazione di quest'ultimo è successiva a quella dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 231 del 2001, risultando invece irrilevante il momento in cui il suddetto profitto è stato in tutto in parte effettivamente conseguito”*.

Di **diverso** sebbene **non propriamente contrario** avviso è invece Sez. II, 21 dicembre 2006, n. 316/2007, Spera e al., Rv. 235363, che, avendo peraltro riguardo non alla confisca *tout court* ma alla sola **confisca per equivalente**, prevista per le persone fisiche dall'art. 322-ter cod. pen. E, per le persone giuridiche, dall'art. 19 del D.Lgs. n. 231 del 2001, esclude l'operatività del sequestro preventivo previsto, rispettivamente, dall'art. 321 cod. proc. pen. E dall'art. 53 D.Lgs. n. 231 del 2001 in relazione a somme percepite anteriormente all'entrata in vigore di dette norme (pur tenendo conto, alla luce della rateizzazione delle erogazioni sostanzianti la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche oggetto di giudizio, della sua natura di reato a consumazione cosiddetta *“prolungata”*, iniziata con la percezione della prima rata anteriormente all'entrata in vigore delle norme summenzionate e conclusasi successivamente).

9.3. Confisca di prezzo o profitto e confisca diretta o per equivalente.

Resta un ultimo tema cui si deve accennare a proposito della patrimonialità della corruzione, nuovamente in rapporto alla **confisca**. Viene in linea di conto ancora la monumentale **sent. delle Sez. Un. N. 31617 del 2015, cit.**, siccome intervenuta in un'ipotesi in cui i giudici di merito avevano riqualificato i fatti, originariamente contestati *sub specie* della concussione, in corruzione – per l'accertata maturazione di un vero e proprio accordo tra i comparteci

– nondimeno prescritta. Ben noti sono i principi di assoluta importanza applicativa enunciati dal Massimo Consesso:

- in caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, il giudice può – *rectius*, deve – disporre non solo la confisca del prezzo *ex art. 240*, comma secondo, numero 1, cod. pen., ma altresì la confisca **diretta** sia del **prezzo** sia però anche del **profitto** del reato *ex art. 322-ter* cod. pen., a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna e che l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto rimanga inalterato nel merito nei successivi gradi di giudizio (**Rv. 264434**);

- consistendo il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo in denaro, *“la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca **diretta** e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della ablazione e il reato”* (**Rv. 264437**).

Al di là del merito di siffatte affermazioni, che hanno suscitato un vivace dibattito in dottrina, fondamentale è soffermarsi sul ragionamento in esito al quale è tratta l'**equiparazione**, in specie nei **delitti contro la pubblica amministrazione**, cui si applica l'*art. 322-ter* cod. pen., **del profitto al prezzo del reato**. Leggesi in parte motiva che *“la logica che coinvolge e giustifica la obbligatoria confisca del prezzo del reato in base alla generale previsione dettata dall'*art. 240*, secondo comma, cod. pen., non risulta diversa da quella che ha indotto il legislatore ad introdurre previsioni speciali di confisca obbligatoria anche del profitto del reato”*, atteso che non tutti i reati conoscono un sinallagma a base remunerativa dispiegantesi nella corresponsione di un prezzo quale controprestazione dell'illecito. Sicché nei reati che contemplano un **lucro come vantaggio economico** ottenuto in via diretta dalla commissione del fatto, è detto lucro, quale profitto, a tener luogo del prezzo: *“di qui”* – conclude la Corte – *“l'attrazione, accanto al prezzo, anche del profitto del reato, all'interno di un nucleo per così dire unitario di finalità ripristinatoria dello 'status quo ante', secondo la medesima prospettiva volta a sterilizzare, in funzione essenzialmente preventiva, tutte le utilità che il reato, a prescindere dalle relative forme e dal relativo titolo, può aver prodotto in capo al suo autore”*.

Donde, nell'ottica del recupero di un minimo di effettività del sistema sanzionatorio penale pur a fronte della scure della prescrizione, la conclusione della **confiscabilità obbligatoria diretta**, in caso di prescrizione, tanto del prezzo quanto del profitto, alla condizione, però, di un previo accertamento di rimproverabilità del fatto all'autore.

Donde però anche – ed è questo forse l'effetto più significato – l'**appaiamento di prezzo e profitto**, purché accrescitivo, nel regime di confiscabilità diretta del *tantundem* quale *surplus* della massa di genere, individuabile – e proprio a motivo di ciò sottoponibile a vincolo (provvisorio o definitivo) – per differenza.

Tenuta incidentalmente presente l'innovatività della qualificazione come diretta della confisca del *tantundem*, dall'opinione dominante invece reputata per equivalente, è d'uopo concludere tracciando un parallelo con il **sistema ex D.Lgs. n. 231 del 2001**, mediante il richiamo di Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert, Rv. 258647, che ha affermato la legittimità del sequestro preventivo finalizzato alla **confisca diretta del profitto** rimasto nella disponibilità di una persona giuridica (derivante dal reato tributario commesso dal suo legale rappresentante), sul presupposto che l'ente non può considerarsi persona estranea al reato commesso nel suo interesse, pur quando (come in relazione ai reati tributari) la fattispecie non è inserita nel catalogo degli artt. 24 ss. D.Lgs. n. 231 del 2001.

Sarà interessante verificare se, e come, i piani delle due sent. delle Sez. Un. N. 31617 del 2015, cit., e n. 10561 del 2014, cit., avranno modo di intersecarsi.



CAPITOLO II

LE QUALIFICHE SOGGETTIVE DI PUBBLICO UFFICIALE ED INCARICATO DI PUBBLICO SERVIZIO

(MARIA MELONI)

SOMMARIO: 1. L'elaborazione delle Sezioni semplici in tema di qualifiche soggettive. La conferma della concezione funzionale-oggettiva. – 2. La pubblica funzione. I parametri esterni. – 3. I parametri distintivi all'interno dell'attività pubblicistica della pubblica funzione. – 4. I caratteri fondamentali del pubblico servizio. – 5. I vertici e i ranghi intermedi degli enti che svolgono un pubblico servizio. – 6. I privati esercenti funzioni pubbliche. – 7. Il caso del dipendente di Poste Italiane s.p.a che svolga attività di tipo bancario. – 8. Tra penale e civile. –

1. L'elaborazione delle Sezioni semplici in tema di qualifiche soggettive. La conferma della concezione funzionale-oggettiva.

Anche nel 2015 la Suprema Corte ha affrontato e risolto difficili questioni relative alle qualifiche soggettive, in gran parte consolidando i propri orientamenti ma anche, come si vedrà, innovandoli nel difficile percorso di corretta e precisa delimitazione dei soggetti che rivestono ruoli di interesse pubblico, vale a dire **pubblico ufficiale, incaricato di pubblico servizio ed esercente un servizio di pubblica necessità**.

In sintesi, si può dire che viene confermata la **concezione funzionale-oggettiva** di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, la quale àncora la sussistenza della pubblica funzione a criteri oggettivi, ravvisando l'elemento centrale, al fine della titolarità della qualifica soggettiva di p.u. e di i.p.s., **nell'effettivo svolgimento di attività pubblicistica**. Con la conseguenza che è necessario e sufficiente, a tal fine, lo svolgimento, anche di fatto, di una pubblica funzione, o, se trattasi, di i.p.s., di un pubblico servizio, prescindendo da qualsivoglia rapporto di impiego fra il soggetto e lo stato o altro ente pubblico.

In tal senso, da ultimo, la sentenza **Di Stefano** (sez. VI, 21 ottobre 2014, dep. 10 marzo 2015, n. 10124, rv 262746), confermata dalla sentenza **Romano** (sez. VI, 30

dicembre 2014, dep. 4 maggio 2015, n. 18457, rv 263359), che in virtù dei principi sopra enunciati, ha tratto conseguenze innovative in tema di svolgimento di attività c.d. ‘bancoposta’, affermando **la natura privatistica dell’attività di raccolta del risparmio esercitata da Poste italiane S.p.A.** e correlativamente escludendo la qualifica di incaricato di pubblico servizio del dipendente addetto a tale servizio (su cui più diffusamente *infra*).

Svolgono, invece, **attività pubblicistica** e sono, pertanto, da considerare incaricati di pubblico servizio in relazione alle mansioni in concreto svolte, gli amministratori di una S.p.A., concessionaria della raccolta di rifiuti, in quanto **disciplinata da una normativa pubblicistica** e preordinata a perseguire finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici propri della società per azioni (**sez. VI, 16 aprile 2015, dep. 24 aprile 2015, n. 17372**). Analogamente svolgono attività pubblicistica, e, rivestono la qualifica di i.p.s., in relazioni alle mansioni in concreto svolte, purché non siano addetti a svolgere attività meramente manuali o accessorie, i dipendenti dei consorzi agrari incaricati della gestione degli ammassi obbligatori e facoltativi, anche se legati all’ente da rapporti di diritto privato (sez. VI, 7 gennaio 2008, dep. 21 febbraio 2008, **Mecca**, n. 7959, rv 239015). Si ribadisce, infatti, che “ai fini dell’individuazione della qualifica di p.u., occorre avere riguardo non tanto al rapporto di dipendenza tra il soggetto e la P.A., ma ai caratteri propri dell’attività in concreto esercitata dal soggetto ed oggettivamente considerata”. In tal senso sez. V, 4 novembre 2008, **Pasqua**, dep. N. 46310, rv 242589, la quale ritiene sussistente la qualifica di p.u. nei confronti di un soggetto incaricato in forza di convenzione, di espletare adempimenti amministrativi, consistiti nella consulenza per la redazione ed istruttoria delle pratiche della locale ‘Fondazione Onlus’ contro l’usura e, quindi, di **adempimenti strettamente connessi al cuore dell’attività tipica dell’ente** – riguardando sia la funzione di garanzia per i legittimati alle relative istanze sia il rapporto con l’azienda di credito erogatrice del mutuo – **atti attraverso i quali l’ente esprimeva la sua volontà**.

Correlativamente non riveste la qualifica di p.u. il soggetto privato chiamato dall’ente pubblico a svolgere un’attività, che pur potendo produrre effetti nell’ambito

dell'interesse pubblico perseguito dall'ente, resti **circoscritta nell'area dei rapporti di diritto civile** che disciplinano le prestazioni eseguite dai privati in favore delle pubbliche amministrazioni, così la sentenza **Bliznakoff** (sez. V, 8 febbraio 2013, dep. 9 luglio 2013, n. 29377, rv 256943), la quale esclude la qualifica di p.u. del professionista privato che svolga attività di consulenza commissionata dall'ente pubblico, affermando che, in tal caso, il professionista non può ritenersi investito di una pubblica funzione e che gli atti da quest'ultimo posti in essere nell'assolvimento dell'incarico di consulenza non possono essere qualificati pubblici, pur se di essi si avvalga l'ente pubblico committente all'interno del procedimento amministrativo in cui è sorto il rapporto (di diritto privato) di consulenza.

Va da sé che **tanto il pubblico impiegato quanto il privato possono esercitare la pubblica funzione (e il pubblico servizio)**, in quanto ciò che rileva non è il titolo in base al quale essa viene esercitata ma solo la sua qualità pubblica, riconoscendosi, pertanto, non solo la possibilità dell'esercizio privato di una pubblica funzione ma anche dell'esercizio di attività privata da parte di un soggetto pubblico. In tal senso le S.U. Delogu (sent. n. 7958 del 1992, rv 191171) confermata dalla successiva giurisprudenza (cfr. sez. II, 12 novembre 2013, **L. R.**, dep. 25 febbraio 2014, n. 9053). Sebbene, anche in precedenza non fosse dubbio che la qualità di p.u. discendesse dall'esercizio della funzione, ovvero dall'esercizio di un potere pubblico, anche senza alcun rapporto di dipendenza della p.a., come dimostra il risalente consolidato riconoscimento della figura del **funzionario di fatto**, intendendosi per tale colui che agisca effettivamente nella qualità di organo della p.a. senza formale o regolare investitura, ma, comunque, sulla base di una manifestazione di volontà, espressa o tacita della p.a., sussistendo altrimenti l'usurpazione della funzione (in tal senso v. sez. VI, 7 aprile 2003, **D'Alessio**, dep. 19 giugno 2003, rv 225965; sez. VI, 21 gennaio 2005, **Tarricone**, dep. 29 marzo 2005, rv 231481; sez. VI, 9 luglio 2007, **Crupi**, dep. 1 agosto 2007, n. 31425, rv 237209). Più di recente, sez. VI, 2 luglio 2010, **Forte**, dep. 19 luglio 2010, rv 247788, ha riconosciuto la qualifica di p.u. al coadiutore dell'esattore concessionario del servizio di tesoreria di un ente territoriale, ancorché non formalmente investito della pubblica funzione ed in

quanto funzionario di fatto, ritenendone la responsabilità per il delitto di peculato in quanto indebitamente appropriatosi delle somme ricevute nello svolgimento della sua attività. Conclusione in linea, del resto, con l'art. 357, comma 2, cod. pen. Preriforma, che estendeva la qualifica di p.u. ad 'ogni altra persona' esercitante pubbliche funzioni.

La concezione funzionale oggettiva consacrata nel testo vigente e accolta dalla giurisprudenza di legittimità realizza un duplice risultato: a) svincola *in toto* la qualifica soggettiva di p.u. dal rapporto di dipendenza dallo Stato o da altro ente pubblico, contemplato nella previgente normativa, sia pure come criterio semplicemente alternativo a quello di svolgimento effettivo della funzione pubblica, superando, pertanto, il criterio soggettivo; b) nel contempo focalizza l'attenzione sulla pubblica funzione amministrativa che l'art. 357 cod. pen., colmando il vuoto di quello previgente, definisce, così rispondendo all'esigenza di stabilire criteri oggettivi cui riferire i confini di rilevanza della pubblica funzione e del pubblico servizio, delimitando rigorosamente l'area del pubblico e assicurando la certezza del diritto in un settore che tendeva ad estendere indebitamente il concetto di pubblica funzione agli effetti penali sulla base di criteri extrafunzionali, anche a causa del moltiplicarsi delle forme di intervento pubblico, concretatisi in complessi moduli organizzativi della p.a., con sovrapposizioni e commistioni di interessi pubblici e privati. Un'estensione che si rifletteva puntualmente sul terreno sanzionatorio, considerate le maggiori responsabilità stabilite dall'ordinamento per i p.u. che violino i doveri ad essi attribuiti e la maggiore protezione loro assicurata nel caso di offese perpetrate ad opera di terzi mentre minori sono le responsabilità stabilite per le altre qualifiche soggettive che vengono in rilievo nei delitti contro la p.a., in particolare per l'i.p.s.

2. La pubblica funzione.

Quanto ai criteri di individuazione della **pubblica funzione amministrativa**, la giurisprudenza di legittimità utilizza il concorso di due criteri: a) deve essere disciplinata da **norme di diritto pubblico e da atti autoritativi**; b) deve essere caratterizzata dalla formazione e manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo

svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi. Il primo criterio è **comune**, ex art. 358, comma 2, cod. pen., **anche al pubblico servizio**. In tal senso la sentenza **Marini** (sez. VI, 2 dicembre 2003, **Marini**, dep. 24 gennaio 2004, n. 2549, rv 228668), esclude l'inquadramento dell'attività di selezione di voci nuove per la manifestazione 'Accademia della canzone di Sanremo', affidata ad una società privata, nell'ambito della quale la Rai avrebbe poi prescelto i partecipanti al 'Festival di Sanremo', dall'ambito delle attività pubblicistiche, per le quali occorre che "l'attività concretamente esercitata dal soggetto sia disciplinata da norme di diritto pubblico ovvero con atto normativo, anche di rango inferiore sia assunta come propria dallo Stato o da altro ente pubblico", in conformità ai principi posti dalle S.U. **Citaristi**.

Pubblica funzione e pubblico servizio sono, pertanto, individuati attraverso il criterio della **disciplina cui sono sottoposti**, identificata da **norme di diritto pubblico ed atti autoritativi** e, quindi, distinti, a seconda che ricorrano o meno in concreto i poteri tipici della prima. In altri termini, al fine di verificare la ricorrenza della qualifica di p.u. o di i.p.s. la giurisprudenza di legittimità procede alla *summa divisio* con l'attività privatistica, stabilendo se sussista il requisito atto a distinguere l'attività 'regolata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi', cioè l'attività pubblicistica, comune ad entrambe, da quella privatistica (criteri c.d. di delimitazione esterna). Criterio di tipo formale, dovendosi fare riferimento alla natura giuridica delle diverse discipline di settore, con la precisazione che la natura privatistica di un singolo specifico atto non esclude la qualifica pubblicistica dell'agente ove questa risulti dalla disciplina pubblicistica dell'attività in considerazione considerata nel suo insieme. Peraltro, la delimitazione dei confini tra norme di diritto privato e di diritto pubblico rappresenta uno dei problemi più difficili, anche in conseguenza dell'espansione dei compiti dello Stato in campo socio-economico, con conseguente proliferazione di apparati amministrativi che agiscono con moduli organizzativi di non agevole catalogazione. Secondo l'orientamento tradizionale – fatto proprio anche dalle S.U. Citaristi – la norma di diritto pubblico ricorre in presenza di norme di organizzazione che regolano i rapporti interni alla p.a. (cioè l'ordinamento dei pubblici uffici), nonché, secondo la dottrina, di norme di relazione – in virtù delle quali

la p.a. occupa una posizione di supremazia identificata da poteri autoritativi tra i quali rientra anche il potere di emanare atti tipici che incidono unilateralmente nella sfera dei privati – e, infine, di norme attributive di poteri di certificazione. Ricorre, invece, la norma privatistica ove l'attività sia disciplinata da norme atte a regolare i rapporti tra privati o tra soggetti pubblici e privati su un piano di parità. E qui si arriva ad un punto critico. Giacché in linea generale mancano nelle sentenze *in subiecta materia* formulazioni generali dei concetti di 'disciplina di diritto pubblico' e nemmeno vi sono quelle circa le caratteristiche essenziali dei poteri tipici del p.u.. Vi è, invece, un approccio eminentemente casistico che, talvolta, può creare qualche difficoltà in ordine all'individuazione, sul piano applicativo, di un filo conduttore, cui non è certamente estraneo il difetto di precisione delle norme in considerazione. In particolare, i maggiori problemi si registrano proprio con la nozione di diritto pubblico su cui si concentra un alto tasso di indeterminatezza, con la conseguente difficoltà di individuarne con nettezza i confini in una materia in cui essa assume un ruolo centrale perché costituisce, come si è detto, elemento comune sia al pubblico ufficiale che all'incaricato di pubblico servizio. Va da sé che la scarsa tenuta del confine 'esterno' finisce per indebolire anche il parametro 'interno' (poteri citati nell'art. 357), atto a separare i p.u. dagli i.p.s..

3. I parametri distintivi all'interno dell'attività pubblicistica della pubblica funzione.

Effettuata la predetta operazione di delimitazione esterna o di genere, che dir si voglia, che costituisce il *prius*, e, quindi, esclusa la sussistenza di un'attività privatistica, occorre ulteriormente delimitare l'attività amministrativa in via interna e, cioè, distinguere all'interno dell'attività pubblicistica così identificata la pubblica funzione e, correlativamente, la qualifica soggettiva di p.u. dell'agente, dal pubblico servizio e, quindi, la qualifica soggettiva di i.p.s. (c.d. delimitazione interna). Distinzione che non si basa sulla disciplina cui sono assoggettate, per entrambe, come si è detto, di diritto pubblico, ma sulla presenza nella prima dell'esercizio di un potere tipico, assente nel pubblico servizio. A tal fine, soccorrono i criteri indicati nell'ultima parte dell'art. 357,

comma 2, che individuano i caratteri fondamentali della pubblica funzione (e dunque della figura del pubblico ufficiale) che valgono a differenziarla dal pubblico servizio: potere di **concorrere a formare e manifestare la volontà dello stato o di altro ente pubblico** e, quindi, potere deliberativo o, con riguardo alle modalità di esercizio, il suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi. Si tratta di requisiti alternativi, come attesta la disgiunzione ‘o’ presente nel testo della disposizione; è, pertanto, sufficiente uno solo di essi per la sussistenza della pubblica funzione, mentre nel pubblico servizio detti poteri debbono essere entrambi assenti (S.U. 27 marzo 1992, **Delogu**, dep. 11 luglio 1992, n. 7958, rv 191171; nonché S.U. 13 luglio 1998, **Citaristi**, dep. 24 settembre 1998, n. 10086, rv 211190).

In particolare, non è agevole individuare i soggetti che **concorrono a formare la volontà dell’ente**, non essendo stato indicato **con precisione il livello del contributo rilevante**. Pacificamente sono tali i soggetti al vertice politico-amministrativo dello Stato o degli enti territoriali. In tal senso si afferma che l’assessore di un ente territoriale riveste la qualifica di p.u. relativamente all’esercizio di attività amministrative alle quali partecipa **concorrendo alla formazione della volontà dell’ente** (sez. VI, 30 maggio 2013, **Horvat**, dep. 12 luglio 2013, n. 30175, rv 257099). È, inoltre, p.u. il presidente di un gruppo consiliare regionale, in quanto partecipa alle modalità progettuali e attuative della funzione legislativa regionale, nonché alla procedura di controllo del vincolo di destinazione dei contributi erogati al gruppo (sez. VI, 3 dicembre 2012, **Fiorito**, dep. 28 dicembre 2012, n. 49976, rv 254033). È p.u. il **presidente dell’Ordine professionale**, avuto riguardo alla specifica attività svolta (**sez. VI, 18 febbraio 2015, Bossi, dep. 10 marzo 2015, n. 10140, rv 262803**), in quanto “gli ordini professionali devono ritenersi enti pubblici deputati alla tutela degli interessi della categoria che rappresentano, e conseguentemente il presidente di uno dei suddetti ordini può assumere la qualifica di pubblico ufficiale” (fattispecie in tema di peculato ritenuto sussistente nei confronti del presidente di un ordine degli architetti, il quale aveva attinto per finalità private ai fondi dell’ordine ed aveva poi giustificato l’uscita – anche mediante una falsa fattura di acquisto di beni – rappresentando l’esistenza di esigenze istituzionali). Viene, invece,

esclusa la qualità di p.u. del presidente del Consiglio di un ordine forense con riguardo **ad attività non istituzionale**, quale quella costituita dall'organizzazione, senza previa deliberazione dei competenti organi dell'ordine forense, di convegni di studio finanziati con accrediti degli interessati su conti correnti non iscritti in bilancio, pur se intestati al consiglio dell'ordine e gestiti, per la carica, dal solo presidente (sez. VI, 24 giugno 2005, Ridolfi, dep. 23 settembre 2005, n. 34327, rv 232044, fattispecie in cui è stato escluso il reato di peculato e riconosciuto sussistente quello di appropriazione indebita). Sono, inoltre, p.u. il direttore delle biblioteche degli enti ecclesiastici soppressi per legge (r.d. n. 3036 del 1866), che costituiscono istituzioni pubbliche, a prescindere dalla sussistenza o meno di un rapporto di impiego con la p.a., in quanto chiamato a svolgere profili di pianificazione e realizzazione degli obiettivi culturali, **nel rispetto delle funzioni di indirizzo e di controllo del ministero dei beni culturali**, ed **attività di natura certificatoria** del patrimonio librario (sez. VI, 17 ottobre 2012, De Caro, dep. 15 marzo 2013, n. 12385, rv 254920).

Più complessa è la valutazione di **soggetti non apicali**, in quanto occorre tenere conto dei compiti affidati nelle distinte procedure, in cui anche a soggetti che rivestono ruoli diversi possono essere affidati siffatti poteri. Si afferma, pertanto, che riveste la qualifica di p.u. “il **dipendente del concessionario Equitalia sud s.p.a.**, addetto ai rapporti con gli enti, al quale sono assegnati compiti istruttori e preparatori funzionali a dare un impulso determinante ai fini dell'adozione di provvedimenti finalizzati all'utile esercizio dell'attività di riscossione dei tributi nei confronti di tali soggetti, in quanto ... attraverso l'attività svolta, partecipa alla **formazione e manifestazione della volontà** dell'ente di appartenenza” (sez. VI, 23 settembre 2014, Fedele, dep. 21 ottobre 2014, n. 43820, rv 260710). La S.C. afferma, inoltre, che è p.u. l'addetto all'ufficio urbanistico comunale, incaricato di svolgere l'istruttoria delle pratiche di condono edilizio (**sez. III, 19 novembre 2014, Santoriello, dep. 19 febbraio 2015, n. 7384, rv 262408**), in quanto “è p.u. non solo colui il quale concorre a formare la volontà dello Stato o degli altri enti pubblici, ma anche chi è chiamato a svolgere compiti aventi **carattere accessorio o sussidiario** ai fini istituzionali degli enti pubblici, poiché pure in questo caso ha luogo,

attraverso l'attività svolta, una **partecipazione, sia pure in misura ridotta, alla formazione della volontà della p.a.**”. Con la conseguenza che, a tal fine, “non è indispensabile svolgere un'attività che abbia efficacia diretta nei confronti dei terzi – nel senso cioè ... della rilevanza esterna dell'attività medesima – giacché ogni atto preparatorio, propedeutico ed accessorio, che esaurisca nell'ambito del procedimento amministrativo i suoi effetti certificativi, valutativo o autoritativi (seppure destinato a produrre effetti interni alla p.a.), comporta, in ogni caso, l'attuazione dei fini dell'ente pubblico e non può essere isolato dal contesto”. In termini analoghi anche, sez. VI, 11 aprile 2014, Lo Cricchio, dep. 30 maggio 2014, n. 22707, rv 260274, per la quale “riveste la qualifica di p.u. il dipendente comunale incaricato di funzioni **preparatorie di determine** di competenza dei dirigenti dell'ente in quanto, attraverso la sua attività, si verifica una partecipazione, **sia pure in misura ridotta**, alla formazione della volontà della p.a.”. Inoltre, sono pubblici ufficiali il responsabile tecnico dell'attività di revisione di un'autovettura, in virtù dei poteri certificativi loro conferiti dalla legge, sez. V, 18 ottobre 2013, **Castellani**, dep. 10 febbraio 2014, n. 6343, rv 258949, fattispecie in tema di falsa attestazione sul libretto di circolazione dell'avvenuta revisione dell'auto); l'impiegato dell'ufficio provinciale del lavoro addetto alla formazione delle graduatorie del collocamento obbligatorio perché svolgendo un'attività certificatoria concorre alla formazione della volontà della p.a. (sez. VI, 21 febbraio 2013, **S**, dep. 22 aprile 2013, n. 18372, rv 254727); nonché il componente di una commissione di collaudo di un parcheggio (sez. II, 12 novembre 2013, **L. R.**, dep. 25 febbraio 2014, n. 9053).

Infine, la qualità di p.u. spetta ai **soggetti dotati di poteri certificativi**, che comprendono tutte quelle attività di documentazione (non solo la certificazione ma la stessa creazione e, dunque, la tenuta dei registri relativi) cui l'ordinamento assegna efficacia probatoria, ancorché non fidefacenti; sono tali i soggetti che hanno facoltà di rilasciare documenti che rivestono efficacia probatoria come **i notai**, ai quali spetta la qualifica di p.u. non solo nell'esercizio del potere certificativo in senso stretto, ma in tutta la loro complessa attività, disciplinata da norme di diritto pubblico (legge notarile) e diretta alla formazione di atti pubblici - negozi giuridici notarili – ivi compresa l'attività

di adempimento dell'obbligazione tributaria (**sez. VI, 11 marzo 2015, Varchetta, dep. 14 maggio 2015, n. 20132, rv 263547**: responsabilità, in ordine al delitto di peculato, del notaio che si appropria di somme ricevute dai clienti per il pagamento dell'imposta di registro riguardante atti di compravendita immobiliare da lui rogati). È pure da rilevare che le S.U. **Schera** (S.U. 27 giugno 2006, dep. 28 settembre 2006, n. 32009, rv 234214) affermano che anche il difensore – comunemente considerato esercente un servizio di pubblica necessità – è un p.u. quando verbalizza un'intervista difensiva, posto che il documento che egli redige ha tutte le caratteristiche dell'atto pubblico, con la conseguenza che, in caso di mancata attestazione di alcune dichiarazioni, pur rilasciate dalla persona informata, e di successivo uso del verbale all'interno del procedimento, egli realizza un falso ideologico in atto pubblico, in concorso con il delitto di favoreggiamento personale.

Quanto alla **funzione giudiziaria**, che comprende non solo quella giurisdizionale ma anche quelle dirette al suo svolgimento, sono p.u. non solo giudici e pubblici ministeri ma anche tutti coloro che esercitano funzioni amministrative, con esclusione delle mere mansioni d'ordine, collegate allo *ius dicere*, come cancellieri, segretari, interpreti, periti e gli altri ausiliari del giudice. In tal senso la S.C. afferma, ai fini della configurabilità del delitto previsto dall'art. 319 ter cod. pen., che è atto giudiziario quello funzionale ad un procedimento giudiziario e, pertanto, anche l'atto del funzionario di cancelleria, collocato nella struttura dell'ufficio giudiziario, che esercita un potere idoneo ad incidere sul suo concreto funzionamento e sull'esito dei procedimenti (**sez. VI, 27 gennaio 2012, Falci, dep. 19 giugno 2012, n. 24349, rv 253095**); nella specie un cancelliere attraverso l'assegnazione irregolare dei processi tramite manipolazione dei criteri automatici di assegnazione, faceva assegnare a giudici onorari compiacenti le pratiche giudiziarie di alcuni avvocati. P.u. è pure il commissario per la vendita delle cose pignorate, che, in quanto esecutore delle disposizioni del giudice civile preordinate alla conversione del compendio pignorato in equivalente pecuniario, esercita, quale ausiliario del giudice, una pubblica funzione giudiziaria (**sez. VI, 28 novembre 2013, Grasso, dep. 6 marzo 2014, n. 10886, rv 259495**). Inoltre, è p.u. il coadiutore giudiziario nominato nell'ambito di una

procedura di amministrazione giudiziaria, in quanto svolge, su specifica autorizzazione del giudice e unitamente all'amministratore giudiziario, una qualificata funzione di collaborazione alla realizzazione della procedura (sez. VI, 21 giugno 2010, **Cangemi**, dep. 16 settembre 2010, n. 33724, rv 248159). La S.C. ha, invece, escluso la qualifica di p.u. del liquidatore in virtù di argomentazioni che hanno radici nella concezione privatistica, del concordato preventivo. In tal senso, la sentenza **Bandettini** (sez. V, 16 gennaio 2015, dep. 16 aprile 2015, n. 15951, rv 263264) esclude che il liquidatore giudiziale, nominato nella procedura di concordato preventivo, rivesta la qualifica di p.u., non essendo, a tal fine, sufficiente il suo inserimento nella procedura del concordato preventivo, ed essendo, invece, determinante il fatto che, a differenza di altre figure soggettive, quali quelle del curatore, del commissario giudiziale e del commissario liquidatore, la legislazione fallimentare non gli attribuisce espressamente tale qualifica; afferma, in secondo luogo, che "l'esclusione di tale figura dal novero di quelle destinatarie di esplicita qualificazione come p.u. si rivela ragionevole ove si considerino le particolarità della relativa posizione ... essendo il predetto nominato dal Tribunale ai sensi dell'art. 182 l. fall., con la sentenza di omologazione del concordato preventivo, nel solo caso in cui consista unicamente nella cessione dei beni, e operando lo stesso in tal veste sotto il controllo del commissario giudiziale, nominato con il decreto dispositivo della procedura, secondo la previsione dell'art. 163 l. fall., con funzioni di vigilanza che investono anche il rispetto delle modalità di liquidazione stabilite con la sentenza di omologazione", laddove tale qualifica è ravvisabile nella posizione sovraordinata del commissario giudiziale. In senso contrario, si è, invece, affermato che il liquidatore del concordato preventivo svolge un *munus publicum* inserito in un procedimento giudiziario che trae origine da una sentenza di omologazione (la quale detta anche le modalità di svolgimento dell'incarico) sotto il controllo degli organi giudiziari e per finalità di interesse generale (sez. V, 11 novembre 1994, **Moras**, dep. 29 dicembre 1994, n. 4761, rv 200446).

4. I caratteri fondamentali del pubblico servizio.

I caratteri fondamentali del pubblico servizio sono recentemente riaffermati dalla sentenza **Esposito (sez. VI, 30 ottobre 2014, dep. N. 19 febbraio 2015, n. 7593, rv 262493)**, la quale afferma che “riveste la qualifica di i.p.s. il dipendente di una società privata esercente un servizio pubblico che svolge attività di maneggio di denaro di pertinenza dell’ente con correlativi obblighi di compilazione della documentazione contabile”. La S.C., premesso che l’art. 358 cod. pen. Esclude la qualità di i.p.s. in capo al soggetto che espliciti mansioni d’ordine e presti un’opera meramente materiale, afferma che “l’esclusione di tale qualità deve essere desunta dalla **natura dell’attività effettivamente svolta**, in virtù di espresso o implicito incarico, in conformità all’organizzazione del servizio ... e indipendentemente dal ruolo formale rivestito dal soggetto e da un effettivo rapporto di subordinazione con l’ente onerato del servizio”. Restano, pertanto, escluse dalla qualità di i.p.s. le mansioni di mera esecuzione di ordini, caratterizzate da prevalente impiego di energie fisiche ed estranee a qualunque connotazione di discrezionalità o di autonomia decisionale. In altri termini non rilevano, ai fini di tale qualificazione soggettiva, le mansioni meramente esecutive, di carattere sostanzialmente ausiliario, per il cui espletamento sono sufficienti conoscenze e nozioni elementari e che apportino un contributo alla realizzazione delle finalità pubblicistiche che, in concreto, possa essere surrogato, nell’*id quod plerumque accidit*, da strumenti sostitutivi della prestazione personale.

Per contro, la S.C. evidenzia che riveste la qualità di i.p.s. il soggetto che svolge attività di carattere intellettuale, caratterizzata, da un lato, dalla mancanza di poteri autoritativi e certificativi propri della pubblica funzione e, dall’altro, da una precisa correlazione funzionale al soddisfacimento di un interesse pubblico, quindi, il soggetto che, eventualmente accanto a prestazioni di carattere materiale, espleti anche compiti che comportino conoscenza e applicazione di normative, ancorché a livello esecutivo, e che involgano profili, sia pure complementari e integrativi, di collaborazione nell’espletamento del pubblico servizio. La S.C. rileva, in particolare, che “il tenore testuale dell’art. 358 cod. pen. Connota le mansioni d’ordine e prestazione d’opera materiale

rispettivamente con i termini ‘semplice’ e ‘meramente’, evidenziando che in virtù di essi la norma circoscrive la nozione di i.p.s., “espungendone qualunque connotato di tecnicità e di elevata responsabilità”, in sintonia con l’esigenza di evitarne “un’ingiustificata dilatazione della latitudine semantica”, soprattutto con riferimento alle funzioni ‘d’ordine’ che, in assenza di queste precisazioni, sarebbe potenzialmente idonea ad estendersi ad amplissimi settori dell’area del lavoro subordinato. Sicché la *robot legis* appare univoca nel senso di collocare “nel perimetro della nozione di i.p.s. qualunque mansione che richieda un bagaglio di nozioni tecniche e di esperienza e che comporti un livello di responsabilità superiore a quello richiesto per lo svolgimento di incombeni esclusivamente materiali o d’ordine”. Conclusivamente: la S.C. afferma che “il **maneggio di denaro di pertinenza dell’ente** titolare del servizio, implicando un complesso di obblighi di tenuta della relativa documentazione contabile e di rendiconto nonché l’assoggettamento ai conseguenti controlli, esula dall’ottica dell’espletamento di ‘semplici’ mansioni d’ordine e di opera di carattere meramente materiale e dunque comporta l’assunzione della qualità di i.p.s. .

La S.C. ha, inoltre, ritenuto sussistente la qualifica di i.p.s. nei confronti del responsabile amministrativo della Federazione italiana Sport del Ghiaccio (F.I.G.S.), la quale, seppur soggetto di diritto privato, autonoma rispetto al C.O.N.I., assume connotazione pubblicistica allorché agisca allo scopo di realizzare gli specifici scopi, di pubblico interesse, in particolare, in caso di **utilizzo dei contributi pubblici** finalizzati all’attività di promozione sportiva (sez. VI, 21 ottobre 2014, **Cofano**, dep. 23 dicembre 2014, n. 53578, rv 261835). Nella specie il soggetto in questione si era appropriato, nella sua qualità, sia di somme di provenienza privata – tesseramenti ecc. – che di fondi erogati dal C.O.N.I. per il finanziamento delle attività sportive.

La S.C. ha, invece, **escluso** la sussistenza di un’attività pubblicistica e correlativamente la qualifica di i.p.s. nei confronti del primo acquirente nel sistema delle c.d. ‘quote latte’, trattandosi di commerciante privato che utilizza del denaro proprio per pagare un ente pubblico, **essendo irrilevante che il denaro, una volta incamerato dall’ente, sia destinato ad uso pubblico**; né rileva, a tal fine, il fatto che sia inserito nelle liste degli

acquirenti autorizzati, considerato che l'acquisto di latte può essere compiuto, per quanto a condizioni estremamente onerose, anche da soggetto non iscritto nelle suddette liste e nemmeno, vi è, in tal caso, alcuna disposizione che attribuisca a detto soggetto tale qualifica (**sez. VI, 16 ottobre 2014, Barberis, dep. 12 gennaio 2015, n. 897, rv 262050**).

È i.p.s. anche l'operatore giudiziario in servizio presso la cancelleria civile, addetto ai rapporti con il pubblico e alla ricezione degli atti (**sez. VI, 8 marzo 2012, Lagomarsino, dep. 4 ottobre 2012, n. 38758, rv 253476**). Non è, invece, i.p.s. il commesso di tribunale, in quanto svolge mansioni meramente esecutive.

5. I vertici e i ranghi intermedi degli enti che svolgono un pubblico servizio.

In continuità con un risalente orientamento, la S.C. ha ribadito che i soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati p.u. o i.p.s., quando l'attività della società sia **disciplinata da una normativa pubblicistica** e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici (**sez. VI, 16 aprile 2015, B.A.N., dep. 24 aprile 2015, n. 17372, cit.**), ritenendo sussistente la qualifica di i.p.s. nei confronti di un amministratore di una **società per azioni concessionaria** del servizio di raccolta e smaltimento pubblico dei rifiuti. In particolare, la S.C. afferma che la società in questione – in quanto “soggetto concessionario di servizi, che, ai sensi dell'art. 4 dello statuto, hanno natura pubblica – avendo, inoltre, sia il capitale sociale che gli utili conseguiti dalla società destinazione pubblica, in ragione della natura pubblica dell'unico socio (Comune ...)” – riveste natura di ente pubblico. Rileva che nel testo novellato dell'art. 358 cod. pen. Il legislatore ha privilegiato il ‘criterio funzionale’, dal quale è stato espunto ogni riferimento al rapporto di impiego con lo Stato o altro ente pubblico, contenuto, invece nel testo previgente, precisando che “il servizio pubblico ha natura funzionale e oggettiva, nel senso che è tale quello che realizza direttamente finalità pubbliche”. Evidenzia che nell'ambito delle attività pubblicistiche, la qualifica di i.p.s. spetta soltanto a coloro che svolgono compiti di **rango intermedio** tra le pubbliche funzioni e le mansioni di ordine o materiali, compiti

che si identificano in attività, in senso lato, intellettive, restando escluse quelle meramente esecutive, il cui contributo in ordine alla realizzazione delle finalità pubblicistiche “può essere indifferentemente fornito con altri rimedi strumentali, sostitutivi della prestazione personale”. Conclusivamente: l’adozione di un modello privatistico (nel caso, una s.p.a.) non esclude la possibilità di ascrivere la qualifica di p.u. o di i.p.s. ai soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa dell’ente pubblico, il quale **sia disciplinato da una normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche pur se con gli strumenti privatistici propri delle società per azioni**. In tal senso si erano già pronunciate le seguenti sentenze: sez. VI, n. 49759 del 2012, **Zabatta**, rv 254201 (che ha ritenuto i.p.s. il direttore generale di una s.p.a., concessionaria di un pubblico servizio per conto di un comune, in relazione alla configurabilità del reato di peculato), nonché sez. VI, n. 45908 del 2013, **Orsi**, rv 257384 (che ha ritenuto sussistente la qualifica di i.p.s. dell’amministratore di una società per azioni, operante secondo le regole privatistiche, ma partecipata da un consorzio di enti pubblici ed avente ad oggetto la gestione di un servizio di pubblico interesse, quale la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani).

La qualifica di i.p.s. è stata riconosciuta anche nei confronti dell’addetto al rifornimento di carburante dei mezzi di un’azienda **concessionaria** del servizio di pubblico trasporto che è anche deputato alla trascrizione sull’apposito registro delle quantità erogate ed utilizzate per il trasporto, trattandosi di attività di registrazione funzionale all’attestazione di dati di fondamentale rilievo per la gestione di un’impresa soggetta a regole e controlli anche pubblici (**sez. VI, 26 febbraio 2015, Esposito, dep. 15 maggio 2015, n. 20326, rv 263545**) (fattispecie in tema di peculato). A questa conclusione la sentenza **Esposito** perviene sulla base di un duplice ordine di ragioni: 1) l’imputato, occupandosi del rifornimento degli automezzi adibiti al trasporto pubblico, svolgeva una funzione strettamente accessoria al servizio pubblico, e, quindi, contribuiva e partecipava al suo effettivo svolgimento; 2) non svolgeva semplici mansioni d’ordine o di opera meramente materiale, posto che non si limitava alla distribuzione del gasolio ma era deputato alla trascrizione sul registro del carburante delle quantità erogate ed usate

per il trasporto, svolgendo così attività preordinata ad attestare dati di fondamentale rilievo per la gestione economica e contabile dell'azienda concessionaria del pubblico servizio, soggetta a regole e controlli, anche pubblici. Analogamente sez. VI, 19 novembre 2013, **D'Angelo**, dep. 27 agosto 2014, n. 36176, rv 260056, reputa i.p.s. il dipendente di una società concessionaria della gestione di un parcheggio comunale, in quanto provvedendo alla riscossione dei pedaggi ed alla verifica di eventuali cause di esonero dall'obbligo di corrispondere gli stessi, svolge attività nell'interesse dell'ente pubblico comunale, e quale diretta robotivoet della volontà dello stesso. La S.C. esclude, invece, la qualità di p.u. del soggetto delegato all'esercizio dei poteri e delle facoltà spettanti al socio da parte dell'ente pubblico azionista di una società a partecipazione pubblica (sez. VI, 25 gennaio 2013, **Poma**, dep. 13 maggio 2013, n. 20414, rv 255854).

La S.C. afferma sussistente la qualifica di i.p.s. nei confronti di dirigenti e rappresentanti delle **aziende speciali**, previste, per l'esercizio di servizi sociali pubblici in alternativa alla gestione diretta, dall'art. 114 d.lgs.vo n. 267 del 2000 (che disciplina gli enti strumentali del comune), in quanto tali aziende – pur dotate di personalità giuridica e di un certo grado di autonomia – costituiscono articolazioni del comune, al quale sono riferibili gli atti emanati dall'azienda speciale e che esercita su quest'ultima, **penetranti poteri di controllo negli atti gestionali e organizzativi** (sez. VI, 2 aprile 2015, **Di Febo**, dep. 1 luglio 2015, n. 27816, rv 263934). Invece, la S.C. ha escluso la qualifica di p.u. o di i.p.s. del componente di un c.d.a. di un'azienda speciale aeroportuale, che abbia come scopo sociale quello di promuovere il completamento delle strutture dell'aeroporto ed incrementare le attività turistiche e commerciali ad esso collegate, stante la natura privatistica dell'ente, privo di poteri autoritativi o certificativi e costituito per atto pubblico a norma dell'art. 12 cod. civ. (abrogato dall'art. 11 d.P.R. n. 361/2000), in epoca successiva all'entrata in vigore della legge n. 70 del 1975, il cui art. 4 dispone che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito se non per legge (sez. VI, 15 gennaio 2010, **Di Stefano**, dep. 17 febbraio 2010, n. 6427, rv 246141).

6. I privati esercenti funzioni pubbliche.

La sentenza **De Sario** esclude la qualità di i.p.s. delle **guardie giurate** in relazione a **condotte prive di correlazione con le attività di custodia e di vigilanza**, precisando che, ancorché in servizio presso pubbliche amministrazioni, in quanto destinate alla vigilanza e alla custodia di entità patrimoniali, rivestono la qualità di i.p.s. “**esclusivamente** in relazione allo svolgimento di attività che possano ritenersi ricomprese o comunque complementari a quelle istituzionalmente a loro affidate” e non, pertanto, con riguardo a condotte poste in essere al di fuori delle loro attribuzioni istituzionali (sez. VI, 7 maggio 2015, **De Sario**, dep. 12 agosto 2015, n. 34869, rv 264333, che ha escluso la configurabilità del peculato, ritenendo sussistente l’appropriazione indebita). Nello stesso senso sez. VI, 6 novembre 2013, **Cammarota**, dep. 22 novembre 2013, n. 46744, rv 257277 e sez. VI, 3 aprile 2013, **Jebrane**, dep. 7 giugno 2013, n. 25152, rv 256810.

Sono i.p.s. i **titolari di tabaccheria** autorizzati alla riscossione di valori per conto dell’Erario, in quanto per le incombenze loro affidate, subentrano nella posizione della p.a. e svolgono mansioni che ineriscono al corretto e puntuale svolgimento della riscossione medesima (sez. VI, 4 giugno 2015, **Tortello**, dep. 10 settembre 2015, n. 36656, rv 264583), fattispecie in tema di peculato riconosciuto sussistente nei confronti di un gestore di tabaccheria, autorizzata alla riscossione di valori bollati e generi di monopolio, che si era appropriato di somme destinate all’Erario. La S.C. afferma che “i rivenditori autorizzati di valori bollati, svolgendo **un’attività di interesse pubblico**, consistente nella riscossione di imposte di bollo destinate allo Stato e sulla scorta di una **autorizzazione della pubblica amministrazione** con la correlata attività di determinazione dell’imposta, siano da considerare, quanto meno, incaricati di un pubblico servizio”. In conformità sez. VI, 12 novembre 2013, **Martellone**, dep. 22 novembre 2013, n. 46745, rv 257523 e sez. VI, 11 giugno 2013, **Palumbo**, dep. 8 luglio 2013, n. 28974, rv 255630.

Controversa è la natura dell’attività svolta dall’**ausiliare del traffico**. La sez. VI, 16 aprile 2014, **Zennaro**, dep. 2 luglio 2014, n. 28521, rv 262608, afferma che l’ausiliario del

traffico riveste la qualifica di i.p.s. all'atto dell'accertamento e contestazione delle violazioni attinenti al divieto di sosta nelle aree oggetto di concessione. In conformità sez. VI, 14 gennaio 2009, **De Certo**, dep. 20 febbraio 2009, n. 7496, rv 242914 nonché sez. VI, 5 luglio 2006, **D'Arcangelo**, dep. 23 novembre 2006, n. 38877, rv 235229. *Contra*, tuttavia, la sentenza **Cecere** (sez. V, 12 aprile 2013, dep. 14 giugno 2013, n. 26222, rv 257539), la quale esclude la qualifica di i.p.s. dell'ausiliario del traffico, in quanto trattasi di attività delimitata, ex art. 68, comma 1, l. n. 488 del 1999, a quelle di accertamento e contestazioni delle violazioni in materia di sosta all'interno delle aree oggetto di concessione alle imprese di gestione dei parcheggi e di quelle immediatamente limitrofe e necessarie a compiere le manovre atte a garantire la c.d. funzionalità del parcheggio in concessione. Con la conseguenza che nei confronti dell'imputato è stata esclusa la configurabilità del reato di cui all'art. 476 cod. pen. Per avere alterato, in sede di verbale, l'indicazione del numero di targa di un veicolo.

7. Il caso del dipendente di Poste Italiane s.p.a che svolga attività di tipo bancario.

La S.C., con la sentenza **De Vito** (se. VI, 21 ottobre 2014, dep. 10 marzo 2015, n. 10124, rv 262746, cit.) esclude la qualifica di i.p.s. nei confronti del dipendente di Poste Italiane s.p.a che svolga attività di tipo bancario (c.d. 'bancoposta'), escludendo, di conseguenza, la configurabilità del delitto di peculato in relazione alla condotta di appropriazione di somme dei risparmiatori posta in essere dal direttore di un ufficio postale, ritenendo sussistente, invece, il reato di appropriazione indebita. A queste conclusioni la S.C. perviene proprio in virtù della concezione oggettiva della qualifica pubblicistica in considerazione, la quale esige che si abbia riguardo alla funzione svolta e non già alla natura dell'ente. In particolare, la S.C. precisa che "la qualifica di p.u. o di i.p.s. deriva dall'effettivo esercizio di funzioni dell'ambito di un pubblico ufficio o servizio e, quindi, prescinde dalla qualità privata o pubblica dell'ente di appartenenza e dall'essere l'attività tipica dell'ente, appunto, un pubblico ufficio o servizio", con la conseguenza che "tipo ed attività dell'ente" potranno costituire utili indizi ai fini della

individuazione della qualifica soggettiva ma essi “non sono di per sé solo determinanti”. Ebbene, l’attività bancaria non costituisce esercizio di pubblico servizio ma è attività privata, al pari di quella svolta dalle banche. *Ergo*: l’impiegato che svolge detti servizi non riveste la qualifica di p.u. e nemmeno quella di i.p.s..

La sentenza impugnata giunge ad opposte conclusioni perché “ha valorizzato la natura dell’ente, la sua ‘storia’ e la tradizione di fiducia riconosciutagli dal pubblico”, anziché aver riguardo alla funzione effettivamente svolta. In linea, peraltro, con l’orientamento consolidato che riconosce la qualifica di i.p.s. al dipendente postale. Ritenendo, da un lato, che essa sia espressamente prevista dalla disciplina concernente i servizi postali e, dall’altro e correlativamente, che l’intervenuta liberalizzazione del settore e le misure di snellimento e di razionalizzazione che hanno interessato le Poste italiane s.p.a. non abbiano mutato la natura pubblicistica dell’ente, sia per quel che riguarda l’attività postale, sia per quel che riguarda quella di risparmio. A sostegno di questa conclusione si evidenzia, inoltre, il collegamento tra Poste spa e Cassa depositi e prestiti, rilevando che la prima agendo in nome e per conto della seconda, viene a rivestire il ruolo di organo di Amministrazione statale.

In senso contrario, la sentenza De Vito compie un’analisi accurata della legislazione di settore escludendo che vi siano disposizioni che attribuiscono la qualifica pubblicistica ai soggetti operanti nell’ambito del settore della raccolta del risparmio, anche laddove detta attività sia svolta da Poste italiane s.p.a.. Rilevando che il dato positivo che in materia riveste importanza centrale, e cioè il d.P.R. 14 marzo 2001, n. 144 (Regolamento recante norme sui servizi di bancoposta), “opera testualmente e chiaramente una piena equiparazione dell’attività di ‘bancoposta’ a quella delle banche comuni”. Nemmeno, secondo la sentenza De Vito, rileva il fatto – premesso “l’evidente errore laddove si è ritenuto che le Poste agiscano in nome della Cassa”, dato che la società Poste spende, nei rapporti con gli utenti, il proprio nome – che parte del capitale delle Poste s.p.a. “possa fare capo alla Cassa depositi e prestiti, ... non essendo certamente gestito in modo diverso da qualsiasi capitale investito dall’azionista di una banca”.

Conclusivamente: non vi è alcuna disposizione che preveda per l'ente Poste condizioni di esercizio diverse da quelle delle banche nello svolgimento di attività di tipo bancario e che preveda, quindi, che i suoi dipendenti siano i.p.s.. Non solo. È anzi prevista una netta separazione contabile “tra le attività bancarie e le altre (non solo postali), così limitandosi qualsiasi commistione nella gestione delle provviste dell'una e dell'altra attività”. Sicché le attività di bancoposta sono chiaramente distinte dai servizi postali sia perché disciplinate da differenti e specifiche normative di settore (d.P.R. n. 144 del 2001 e d.lgs.vo n. 261 del 1999), sia perché separate dal punto di vista organizzativo e contabile. Pertanto, la giurisprudenza precedente ha fondato “l'affermazione contraria ... sul chiaro errore di ritenere che ciò sia previsto dalla normativa che, invece, disciplina i servizi postali”. Infine, l'adesione all'opposto orientamento, riservando ai dipendenti di Poste italiane s.p.a. un trattamento penale più rigoroso di quello applicabile ai dipendenti degli istituti di credito, pur svolgendo attività identiche a quelle espletate da questi ultimi, viola il principio di uguaglianza, ex art. 3 Cost..

Negli stessi termini la sentenza **Romano** (sez. VI, 30 dicembre 2014, dep. 4 maggio 2015, n. 18457, rv 263359, cit.). Con queste decisioni la S.C. si pone in contrasto consapevole con un consolidato orientamento di legittimità che ritiene i.p.s. il dipendente di un ufficio postale addetto al servizio di raccolta del risparmio (in tal senso si v. sez. VI, 21 giugno 2010, **Serva**, dep. 15 settembre 2010, n. 33610, rv 248271; sez. VI, 15 giugno 2004, **Perrone**, dep. 7 settembre 2004, n. 36007, rv 229758; sez. VI, 8 marzo 2001, **Di Bartolo**, dep. 17 maggio 2001, n. 20118, rv 218903). Secondo l'orientamento consolidato, infatti, “la trasformazione dell'amministrazione postale in ente pubblico economico e la successiva adozione della forma della società per azioni, di cui alla legge 23 dicembre 1996, n. 662, non fanno venir meno la natura pubblicistica non solo dei servizi postali definiti riservati dal d.lgs.vo n. 261 del 1999, ma neppure dei servizi non riservati, come quelli relativi alla raccolta di risparmio attraverso i libretti di risparmio postale ed i buoni postali fruttiferi (c.d. ‘bancoposta’), ora disciplinata dal d.lgs.vo n. 284 del 1999”. Si tratta di un orientamento che assume carattere generale, nel

sensu che esso viene riproposto nei diversi settori concernenti gli enti privatizzati, la cui privatizzazione viene assunta in termini meramente formalistici, nel senso che essi, comunque, non perderebbero le originarie connotazioni pubblicistiche, con la conseguenza che sarebbe escluso un ridimensionamento dell'ambito di operatività degli artt. 357 e 358 cod. pen..

8. Tra penale e civile.

È, peraltro, da rilevare che la giurisprudenza di legittimità penale che riconosce la qualifica di i.p.s. nei casi di aziende privatizzate o, comunque, di società miste entra in rotta di collisione con la giurisprudenza civile, la quale afferma la natura privatistica delle società partecipate, miste e anche di quelle *in House* che operano come *longa manus* dell'ente pubblico. La giurisprudenza civile, infatti, afferma costantemente il principio per cui **“la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia ecc.) ne posseggano le azioni, in tutto o in parte**, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico”. In altri termini, “il rapporto tra la società e l'ente locale è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al Comune incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali”. Non senza aggiungere che “la legge non prevede alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica della società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale”, la posizione del Comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla prevalenza del capitale da esso conferito; e, soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società ... avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società” (sez. I civ., n. 21991 del **2012**, rv 624546, in

conformità alla giurisprudenza delle S.U. n. 7799 del 2005, 4989 del 1995, 8454 del 1998).

La conseguenza è che “la circostanza che nella fattispecie **la fallita sia una società per azioni con partecipazione pubblica del Comune non muta la sua natura di soggetto di diritto privato**”, con conseguente affermazione del principio per il quale “una società per azioni, il cui statuto non evidenzi poteri speciali di influenza ed ingerenza, ulteriori rispetto a quelli previsti dal diritto societario, dell’azionista pubblico ed il cui oggetto sociale non contempli attività di interesse pubblico da esercitarsi in forma prevalente, comprendendo, invece, attività di impresa pacificamente esercitabili da società di diritto privato, non perde la propria qualità di soggetto privato – e quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale fallibile – per il fatto che essa partecipata da un comune, svolga anche funzioni amministrative e fiscali di competenza di quest’ultimo” (Cass. Civ., sez. I, 16 dicembre 2012, n. 21991, rv 625445). In applicazione del sopra enunciato principio la S.C. ha confermato la sentenza che aveva attribuito la qualità di impresa commerciale ad una **società mista** – nel cui oggetto sociale erano ricomprese, tra l’altro, attività quali la realizzazione di parcheggi, la gestione **di servizi portuali, turistici e di trasporto**, la gestione di mense, l’esecuzione di lavori di manutenzione e di giardinaggio – ritenendo che non ostasse a tale qualificazione il fatto che riscuotesse una tariffa per il servizio svolto”. A quest’ultimo proposito la sentenza n. 21991 del 2012 ha, infatti, applicato il consolidato principio per cui “**una società concessionaria dello Stato per la costruzione e l’esercizio di un’autostrada, non perde la propria qualità di soggetto privato** – e, quindi, ove ne sussistano i presupposti, di imprenditore commerciale, sottoposto al regime privatistico ordinario e **così suscettibile di essere sottoposto ad amministrazione controllata** ... - per il fatto che ad essa partecipino enti pubblici come soci azionisti e che il rapporto giuridico instaurato con gli utenti dell’autostrada sia configurato dal legislatore, in termini pubblicistici, come ammissione al godimento di un pubblico servizio previo il pagamento di una tassa (pedaggio) e che lo Stato garantisca i creditori dei mutui contratti dalla società concessionaria per la realizzazione del servizio”. Nella medesima sentenza la

S.C. ha, inoltre, precisato che “ai fini dell’esclusione di una società mista dal fallimento, **non è di per sé rilevante la soggezione al potere di vigilanza e di controllo pubblico**, che consista nella verifica della correttezza dell’ espletamento del servizio comunale svolto, riguardando, pertanto, la vigilanza l’attività operativa della società nei suoi rapporti con l’ente locale o con lo Stato, non nei suoi rapporti con i terzi e le responsabilità che ne derivano. Nella specie la S.C. ha, pertanto, reputato irrilevante il controllo, ex art. 60 d.lgs.vo n. 165 del 2001, afferente il solo costo del lavoro.

Correlativamente la giurisprudenza di legittimità civile afferma la giurisdizione del giudice ordinario – escludendo correlativamente quella della Corte dei conti – nelle controversie concernenti la responsabilità per ‘*mala gestio*’ imputabile ad amministratori di società a partecipazione pubblica, qualora il danno di cui si invochi il ristoro riguardi il patrimonio sociale, restando quest’ultimo privato e separato da quello dei soci, né divenendo una siffatta società essa stessa un ente pubblico, per il solo fatto di essere partecipata da un ente pubblico (S.U. civili, n. 10299 del 3 maggio 2013, rv 625964 e in conformità S.U. civ. n. 20075 del 2 settembre 2013, rv 627356). Pertanto, nel caso in cui il danno sia arrecato direttamente al patrimonio della società partecipata, il socio pubblico si tutela mediante le azioni di responsabilità previste dal codice civile.

Le società miste ed anche quelle in House sono, pertanto, assoggettate al fallimento.

Con l’esito **di gravi contraddizioni di ordine sistematico**. Ci riferiamo anzitutto al **diritto fallimentare, che come noto chiama in campo l’applicazione di severe norme penali**. Sarebbe quantomeno singolare se la società ‘mista’ rivestisse natura di ente pubblico per l’applicazione in sede penale dei reati contro la p.a. e di società privata in sede fallimentare, e dunque venisse perciò assoggettata alla disciplina penale fallimentare, alternativa tradizionalmente e per principio a quella penale a tutela della pubblica amministrazione. Delle due l’una: o si tratta di enti pubblici sottratti al fallimento ed i suoi amministratori alla legge penale fallimentare, ed allora possono entrare in campo tutte le conseguenti norme penali a tutela della p.a. (il peculato *in primis*), applicando l’aggravante di cui all’art. 640, comma 2, n. 1 cod. pen., o si tratta di



enti privati assoggettati al fallimento non considerabili al contempo enti pubblici per garantirne una particolare tutela penale.



CAPITOLO III

GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELL'ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO E IL PROBLEMA DEL CONCORSO ESTERNO NEL REATO DI PARTECIPAZIONE AD ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO

(LUIGI BARONE)

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'espansione delle mafie storiche (il fenomeno delle cd. "locali"). - 2.1. I principi guida dettati dalla Cassazione. - 2.2. (segue): profili sostanziali e probatori della problematica. - 3. Le mafie "straniere". - 4. Le mafie "nuove" (Sez. VI, n. [24535/15](#), proc. "Roma capitale"). - 4.1. I principi affermati dalla Corte. - 4.2. (segue): la loro applicazione nel caso di specie. - 5. Il concorso esterno nel reato associativo e principio di legalità all'indomani della sentenza della Corte edu "Contrada". - 5.1. Premessa. - 5.2. La sentenza della Corte edu "Contrada c. Italia". - 5.3. Le ricadute della sentenza "Contrada" nell'ordinamento interno. Principio di legalità e diritto vivente. - 5.4. Principio di legalità e concorso esterno in associazione mafiosa. - 5.5. I primi arresti della Cassazione successivi alla "Contrada". - 5.6. Elementi differenziatori della figura del concorrente esterno rispetto a quella dell'*intranens* all'associazione mafiosa. - 6. Il reato di scambio elettorale politico-mafioso.

1. Introduzione.

Nell'anno 2015 si registrano in materia di criminalità organizzata significativi interventi della Suprema Corte su problematiche, oltre che complesse, divenute, per differenti ragioni scatenanti, di estrema attualità.

È il caso dell'ormai dilatante e preoccupante espansione delle mafie storiche in zone, nazionali ed estere, diverse da quelli di origine, cui è da aggiungere l'altrettanto allarmante sorgere, in contesti ambientali tradizionalmente estranei al fenomeno mafioso, di organizzazioni, che, pur scollegate da quelle cd. storiche, hanno assunto tutti i caratteri tipici della associazione tratteggiata dall'art. 416-bis cod. pen.. In ambedue i casi, la Corte, negli arresti di cui si dirà nei paragrafi seguenti, ha fissato i canoni ermeneutici, attraverso cui stabilire "se" e "quando" queste nuove realtà criminali possono essere inquadrare nella fattispecie incriminatrice di cui sopra.

Altro tema trattato ha riguardato il concorso esterno nel reato di associazione mafiosa, da sempre oggetto di dibattito tra gli operatori e i commentatori del diritto e

riproposti, nell'anno appena trascorso, per effetto della sentenza della Corte ed "Contrada", che ha fornito una chiave di lettura della genesi del reato in parola, con la quale la Corte di cassazione si è trovata subito a confrontarsi, pervenendo a conclusioni, come si vedrà, non collimanti con il pensiero del Giudice di Strasburgo.

Meritano, infine, di essere richiamate una serie di pronunce in materia di reato di scambio elettorale politico-mafioso, che sembrano aver definitivamente posto fine alle prime oscillazioni esegetiche della giurisprudenza di legittimità, all'indomani dell'entrata in vigore del novellato art. 416-ter, cod. pen., così come ridisegnato dalla legge 17 aprile 2014, n. 62.

2. L'espansione delle mafie storiche (il fenomeno delle cd. "locali").

Negli ultimi anni, la giurisprudenza di merito e di legittimità è stata chiamata a confrontarsi con il fenomeno, per il vero non inedito, dell'estensione delle mafie storiche in zone del territorio nazionale ed estero, diverse da quelle di origine.

Sul piano giuridico, due ordini di problemi: il primo di carattere sostanziale relativo ai criteri attraverso cui determinare quando l'entità dislocata, benché ancora collegata alla casa madre, cessa di essere mera propaggine di quest'ultima, assurgendo a sodalizio autonomo; il secondo di natura processuale attinente ai profili probatori e di individuazione della competenza territoriale a procedere.

Nell'inquadramento della tematica, prima di affrontarne le peculiarità, è imprescindibile il richiamo dei principi cardine, ormai consolidati nell'insegnamento della giurisprudenza di legittimità, in materia di "416-bis", a partire, proprio, dalla qualifica di un sodalizio come "mafioso", che la Suprema Corte ritiene possibile solo nel momento in cui esso sia in grado di sprigionare autonomamente, e per il solo fatto della sua esistenza, una carica intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengono in contatto con gli affiliati dell'organismo criminale (*ex multis*, Sez. I, 16 maggio 2011, n. 25242, Baratto e altri, Rv. 250704; Sez. V, 25 giugno 2003, n. 38412, Di Donna, rv. 227361 e Sez. V, 2 ottobre 2003, n. [45711](#), Peluso rv. 227994).

Sul piano della configurazione giuridica, il reato di cui all'art. 416-bis rientra tra quelli aventi natura permanente (Sez. VI, 8 ottobre 2014, n. [53118](#), Colorisi e altri) e di pericolo, per cui è sufficiente che il gruppo criminale considerato sia potenzialmente capace di esercitare intimidazione, e come tale sia percepito all'esterno, non essendo di contro necessario che sia stata effettivamente indotta una condizione di assoggettamento ed omertà nei consociati attraverso il concreto esercizio di atti intimidatori (*ex multis*, **Sez. II, 15 maggio 2015, n. [25360](#), Concas e altri, Rv. 264120**; Sez. V, 25 giugno 2003, n. 38412, Di Donna, Rv. 227361).

La competenza territoriale a conoscere un reato associativo si radica nel luogo in cui la struttura associativa, destinata a operare nel tempo, diventa concretamente operante, a nulla rilevando il luogo di consumazione o di futura commissione dei singoli reati oggetto del "*pactum sceleris*" (cfr. Sez. VI, 19 gennaio 2011, n. [10088](#), Albanese e altri, Rv. 249636; Sez. I, 10 dicembre 1997, n. 6933/98, Rasovic, Rv. 209608).

Partendo, proprio, da quest'ultimo rilievo, da osservare come più complessa sia l'individuazione della competenza territoriale qualora ci si trovi in presenza di un'organizzazione criminale composta da vari gruppi operanti su di un vasto territorio nazionale ed estero, i cui raccordi per il conseguimento dei fini dell'associazione prescindono dal territorio, ne' sono collegati allo stesso per la realizzazione dei suddetti fini. In tal caso, la competenza per territorio a conoscere del reato associativo va determinata con riferimento al luogo di programmazione e di ideazione dell'attività riferibile all'associazione, salvo che la diramazione del sodalizio non abbia assunto da questo una autonomia tale da costituire essa stessa, sul piano giuridico, una nuova e diversa consorteria.

L'affermazione, in sé scontata, risolve il problema soltanto sul piano teorico, in quanto rimane aperta la questione dei parametri attraverso cui stabilire quando nella dinamica relazionale, propria delle dislocazioni di cui si è detto, possa dirsi avverato il taglio del cordone ombelicale dalla casa madre e, quindi, la nascita del nuovo sodalizio.

Snodo fondamentale per addivenire alla soluzione dell'interrogativo è comprendere se, ai fini della configurazione del reato di cui all'art. 416-bis, sia necessario o meno

riscontrare, oltre la capacità intimidatrice dell'organizzazione criminale, anche un conseguente alone di intimidazione diffuso nel territorio.

Numerosi gli arresti giurisprudenziali, che, specie negli ultimi anni, si sono occupati del tema, con specifico riferimento alle cd. locali, cioè quelle filiazioni della 'ndrangheta, operanti in varie regioni del nord Italia e all'estero, ma rimaste, nella gran parte dei casi, collegate alla originaria consorteria calabrese. Da tali pronunce non sempre è dato cogliere una linea interpretativa lineare e coerente, al punto da far apparire la materia più controversa di quanto effettivamente lo sia.

Ad una prima lettura delle motivazioni delle varie sentenze sorge, invero, il dubbio se per qualificare una "locale" come associazione autonoma sia sufficiente l'adesione di questa a moduli organizzativi che riecheggino, per rituali di affiliazione, ripartizione di ruoli e relative qualificazioni nominalistiche, organizzazioni criminali di storica fama criminale, ovvero sia necessaria l'esteriorizzazione od esternalizzazione del metodo mafioso, ossia la proiezione all'esterno di siffatta metodica criminale, con i conseguenziali riflessi nella realtà ambientale, in termini di assoggettamento ed omertà.

2.1. I principi guida dettati dalla Cassazione.

Proprio in ragione del dubbio appena evidenziato, **Sez. II, con ordinanza n. 802 del 25 marzo 2015**, ha rimesso la questione alle Sezioni unite.

Con provvedimento del 28 aprile 2015, il Primo Presidente restituiva, però, gli atti relativi al procedimento, a norma dell'art. 172 disp. att. cod. proc. pen., ritenendo di non cogliere, sul tema, *sicuri profili di divergenza* in seno alla giurisprudenza di legittimità.

Si è, nello specifico, osservato che anche gli arresti, propensi ad una maggiore valorizzazione del collegamento della neo formazione alla casa madre, (Sez. V, 25 giugno 2003, n. 38412, Di Donna, rv. 227361 e Sez. V, 2 ottobre 2003, n. [45711](#), Peluso rv. 227994) si limitano, in realtà, ad affermare il principio secondo cui, ai fini dell'integrazione del delitto di associazione di tipo mafioso, che il legislatore ha configurato quale reato di pericolo, è sufficiente che il gruppo criminale considerato sia potenzialmente capace di esercitare intimidazione, e come tale sia percepito all'esterno,

non essendo di contro necessario che sia stata effettivamente indotta una condizione di assoggettamento ed omertà nei consociati attraverso il concreto esercizio di atti intimidatori. E' vero, dunque, secondo questo filone ermeneutico, che la metodologia mafiosa assume rilevanza anche a prescindere da atti concreti di intimidazione, ma ciò a condizione che la forza di assoggettamento del gruppo venga, pur nella sua potenzialità, percepita all'esterno.

Non dissimili le affermazioni contenute in Sez. I, 10 gennaio 2012, n. [5888](#), Garcea, Rv. 252418, secondo cui *per qualificare come mafiosa un'organizzazione criminale è necessaria la capacità potenziale, anche se non attuale, di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una carica intimidatrice idonea a piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano in contatto con gli affiliati all'organismo criminale.* Il principio, così massimato, sembrerebbe legittimare la tesi opposta, ma dalla motivazione della sentenza si evince più chiaramente l'effettiva portata del pensiero della Corte, rivolto, anche in questo caso, a rimarcare che la struttura della fattispecie quale reato di pericolo sarebbe contraddetta ove ai fini della sussistenza della stessa si richiedesse la realizzazione di concreti atti di violenza e di sopraffazione nel territorio in cui il sodalizio opera, essendo invece sufficiente *la costituzione di una gruppo autonomo criminale che ripete le caratteristiche strutturali propri dei locali costituiti in Calabria, che si ispira alle proprie regole interne, che mantiene collegamenti con la 'ndrangheta propria calabrese... ripetendo le caratteristiche della vera e propria 'ndrangheta, la cui "fama" ha trascorso i confini regionali se non nazionali.*

In termini non contrastanti con la restante giurisprudenza di legittimità, si pone anche Sez. II, 11 gennaio 2012, n. [4304](#), Romeo, Rv. 252205, che ritiene configurabile il delitto associativo anche in difetto della commissione di reati-fine, purché il neonato sodalizio abbia conseguito, in concreto, nell'ambiente nel quale esso opera, un'effettiva capacità di intimidazione, anche se non ancora estrinsecata nelle commissioni di reati fine e anche se non ancora in pieno percepita nell'area geografica operativa.

Nell'ordinanza che aveva rimesso la questione alle Sezioni unite, si richiamano, infine, altre sei pronunce della Suprema Corte: Cass. 28091/2013, Cass. 28332/2013, Cass. 28337/2013, Cass. 35997/2013, Cass. 35998/2013, Cass. 35999/2013, relative, tutte, ad

un'unica vicenda processuale cautelare, avente ad oggetto insediamenti della 'ndrangheta calabrese nel Torinese e in territori limitrofi.

Anche in questo caso, però, l'intervento della Corte sembra limitarsi a ribadire quanto affermato dalla sentenza "Romeo", ritenendo non necessaria per la configurazione della fattispecie associativa in parola la realizzazione di reati-fine, purché *l'organizzazione sul territorio, la distinzioni di ruoli, i rituali di affiliazione, il livello organizzativo e programmatico raggiunto, lascino concretamente presagire, come nella fattispecie in esame, la prossima realizzazione di reati fine dell'associazione, concretando la presenza del "marchio" ('ndrangheta), in una sorta di franchising tra "province" e "locali" che consente di ritenere sussistente il pericolo presunto per l'ordine pubblico che costituisce la ratio del reato di cui all'art. 416 bis cod. pen..*

Ciò che in tale gruppo di arresti si evidenzia non è, dunque, una diversa configurazione del reato associativo nei suoi elementi costitutivi per il sodalizio "affiliato", quanto piuttosto la prospettazione di un approccio probatorio che tenga conto del diverso atteggiarsi della metodologia mafiosa *una volta che la stessa abbia creato un alone extraterritoriale, che ne proietta la forza intimidatrice al di là degli originari confini geografici e socio-economici* -, tale da non manifestarsi necessariamente con contingenti atti di delinquenza comune ma attraverso...*la cattiva fama, conquistata in precedenza dall'associazione.*

Chiariti i termini attraverso cui la Corte, nei vari arresti sin qui esaminati, si è pronunciata sulla questione dibattuta, il Primo Presidente ha ritenuto di non cogliere, come si è già detto, *sicuri profili di divergenza*, attesa, può ora aggiungersi, la sostanziale sovrapponibilità delle affermazioni contenute nei due gruppi di sentenze, come è, per esempio, dato cogliere in Sez. I, 16 maggio 2011, n. 25242, Baratto e altri, Rv. 250704, secondo cui *l'integrazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso implica che un sodalizio criminale sia in grado di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale, effettiva ed obiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti.* Nella motivazione di quest'ultimo arresto, la Corte (richiamando, peraltro come conformi, talune delle pronunzie, che nell'ordinanza di rimessione si assumevano essere di segno contrario: Sez. V, "Peluso"; Sez. V, "Di Donna") ha precisato che il condizionamento della libertà

morale dei terzi estranei al sodalizio non deve necessariamente scaturire da specifici atti intimidatori, ma può costituire l'effetto del timore che promana direttamente dalla capacità criminale dell'associazione.

In termini non dissimili, Sez. I, 28 marzo 2012, n. [13635](#), Versaci, Rv. 252358 (in una fattispecie relativa ad una associazione denominata "bastarda", che, operando in Piemonte, si era costituita secondo i criteri tipici delle locali della 'ndrangheta, senza, però, chiedere l'autorizzazione dei gruppi calabresi, ma adottando metodi e comportamenti percepiti all'esterno come tipicamente mafiosi) ha affermato che *ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 416 bis cod. pen., è necessario che un'autonoma consorteria delinquenziale, la quale mutui il metodo mafioso da stili comportamentali in uso a clan operanti in altre aree geografiche, abbia conseguito - in concreto e nell'ambiente nel quale essa opera - un'effettiva capacità di intimidazione, non rilevando il riconoscimento da parte dell'associazione criminale "casa madre".*

Più risalente nel tempo, ma anche in questo caso solo in apparente contrasto con il primo gruppo di arresti sopra esaminato, Sez. V, 13 febbraio 2006, n. [19141](#), Bruzzaniti e altri, Rv. 234403 ha ritenuto che *ai fini della consumazione del reato di cui all'art. 416 bis cod. pen., è necessario che l'associazione abbia conseguito, in concreto, nell'ambiente nel quale essa opera, un'effettiva capacità di intimidazione. Ne consegue che, in presenza di un'autonoma consorteria delinquenziale, che mutui il metodo mafioso da stili comportamentali in uso a clan operanti in altre aree geografiche, è necessario accertare che tale associazione si sia radicata "in loco" con quelle peculiari connotazioni.* Nell'occasione, la Corte aveva ritenuto inadeguata la prova del radicamento in loco della associazione "derivata", sul semplice presupposto delle conclamate acquisizioni giudiziarie od elementi di notorietà in ordine all'esistenza della casa madre.

Nell'arresto, contrariamente a come potrebbe *prima facie* apparire, non si afferma, però, che la qualifica come mafiosa di una nuova consorteria affiliata ad altra preesistente operante in diverso territorio, debba necessariamente essere riscontrata da specifici atti di intimidazione tali da determinare una condizione di assoggettamento e di omertà, in quanto i giudici si limitano a censurare, sul piano probatorio, *la sbrigativa conclusione* dei giudici di merito, secondo cui la semplice articolazione di una consorteria in area milanese da parte di soggetti già appartenenti alla casa madre ('ndrangheta), determinava

automaticamente che questi avessero perpetuato in diverso contesto spaziale le stesse metodiche comportamentali. In termini, ancora una volta, non contrastanti con la giurisprudenza sin qui esaminata, Sez. II, 24 aprile 2012, n. [31512](#), Barbaro ed altri (di recente ribadita da sez. V, n. 14582 del 2014, D'Onofrio-Tamburi), ha affermato (richiamandosi, peraltro, anche alla sentenza n. 5888/2012, che *nell'ordinanza di rimessione si assume invece essere di segno contrario*) che *il metodo mafioso deve necessariamente avere una sua esteriorizzazione quale forma di condotta positiva, come si evince dall'uso del termine "avvalersi" contenuto nell'art. 416 bis cod. pen. ed esso può avere le più diverse manifestazioni, sicché lì dove difetti la prova di specifici atti di violenza, la forza intimidatrice mafiosa può essere desunta a) sia da circostanze obiettive, atte a dimostrare la capacità attuale dell'associazione di incutere timore; b) sia dalla generale percezione collettiva dell'efficienza del gruppo criminale nell'esercizio della coercizione fisica.*

In definitiva, ricorrendo ancora una volta a quanto espresso nel citato provvedimento di restituzione del ricorso alle sezioni semplici, il panorama giurisprudenziale complessivamente considerato, piuttosto che controverso, sembra convergere nella affermazione del principio secondo cui l'integrazione della fattispecie di associazione di tipo mafioso implica che un sodalizio criminale sia in grado di sprigionare, per il solo fatto della sua esistenza, una capacità di intimidazione non soltanto potenziale, ma attuale, effettiva ed obiettivamente riscontrabile, capace di piegare ai propri fini la volontà di quanti vengano a contatto con i suoi componenti.

2.2. (segue): profili sostanziali e probatori della problematica.

Esclusa la sussistenza di un contrasto giurisprudenziale, la problematica in esame, complessivamente considerata, sembra più che altro necessitare di un riordino interno, che distingua e consideri autonomamente le singole questioni.

In questa direzione, si è mossa **Sez. VI, 20 maggio 2015, n. 39112, Catalano e altri**, la quale, senza discostarsi dalle affermazioni di principio contenute nei richiamati precedenti interventi della Corte, ha evidenziato come il problema "locali" sottenda un dubbio interpretativo in realtà privo di effettiva apprezzabilità se visto nell'ottica della

astratta configurabilità del reato associativo in disamina, dalla quale deve essere tenuto distinto il differente ed ulteriore profilo della prova dell'esistenza degli elementi costitutivi della fattispecie e in particolare della metodologia che connatura l'associazione mafiosa.

a) Sul piano sostanziale, il Collegio ha ribadito con forza il principio, secondo cui la capacità intimidatrice del metodo mafioso, momento imprescindibile della figura criminosa oggetto di scrutinio, non può ridursi ad una mera potenzialità astratta, ma deve, piuttosto, trovare conforto in elementi oggettivi, rivelatori del fatto che l'azione riferibile ad un determinato gruppo organizzato di persone, strutturato secondo le connotazioni tipiche degli organismi di matrice mafiosa, sia anche effettivamente in grado di permeare - per l'assoggettamento e l'omertà provocate e correlate alle concrete iniziative illecite poste in essere - l'ambiente territoriale economico, sociale e politico di riferimento, deviandone le dinamiche e piegandone ai propri scopi l'ordinario assetto.

In linea, pertanto, con quanto già affermato in altri arresti, anche in questa occasione la Corte ha affermato che il c.d. "metodo mafioso" deve necessariamente avere una sua "esteriorizzazione" quale forma di condotta positiva richiesta dalla norma con il termine "avvalersi"; esteriorizzazione che può avere le più diverse manifestazioni purché si concreti in atti specifici, riferibili ad uno o più soggetti, suscettibili di valutazione, al fine dell'affermazione, anche in unione con altri elementi che li corroborino, dell'esistenza della prova del metodo mafioso (Sez. V n. 14582 del 2014).

A ben vedere, dunque, non è da ritenersi controvertibile il profilo della necessità della esteriorizzazione del metodo mafioso. Piuttosto, afferma la Corte, in presenza di riscontrate situazioni di delocalizzazione del fenomeno mafioso, può al più distinguersi tra:

- i casi in cui la stretta dipendenza della associazione delocalizzata con la casa madre finisce per consentire alla prima di mutuare esclusivamente dalla seconda la forza di intimidazione, che, evocata anche nei nuovi territori di riferimento, consente un produttivo insediamento del gruppo che agisce fuori dai confini territoriali propri dell'associazione perché permette comunque allo stesso di alterare il substrato sociale ed

economico senza che siano necessari concreti atti di intimidazione realizzati nel nuovo ambiente di riferimento;

- quelli nei quali l'associazione delocalizzata, pur prendendo spunto strutturale dai fenomeni di criminalità organizzata storicamente delineati in alcune aree territoriali del paese e pur mantenendo decisi momenti di collegamento con tali diverse realtà, ha assunto una tale autonomia dalla casa madre di derivazione da rivestire, grazie a concrete e localizzate iniziative illecite comprovanti una estrinsecazione inequivoca della capacità di incidere nell'ambiente di riferimento avvalendosi della forza di intimidazione mafiosa, una indipendenza costituiva che cristallizza una realtà associativa del tutto distinta, diversamente caratterizzata, in primis, in ragione della delineata collocazione territoriale della relativa azione criminale permeata dal metodo mafioso.

Il tema, in definitiva, finisce per assumere rilievo solo sul piano della individuazione dell'effettivo centro di interessi del gruppo associativo, suscettibile di produrre effetti anche in punto di competenza, ma non mette in discussione i profili costitutivi del reato, che presuppone comunque la esteriorizzazione del metodo mafioso, diversamente declinata, in caso di delocalizzazione della azione mafiosa, a seconda che si ricostruisca l'imputazione associativa in termini di autonomia o dipendenza dalla casa madre di riferimento.

In perfetta linea con questa impostazione esegetica, **Sez. VI, 13 maggio 2015, n. 41791, Magnis e altri**, si è occupata di un caso in cui l'organizzazione dislocata (promanazione della 'ndrangheta calabrese in Piemonte), originariamente in collegamento con la casa madre, aveva successivamente interrotto ogni rapporto con questa. La Corte ha ritenuto che, in ambedue le fasi, l'associazione in questione avesse tutti i caratteri dell'organizzazione mafiosa: *ab initio*, perché operante con le medesime finalità e le stesse modalità operative proprie delle associazioni mafiose; successivamente, anche dopo la rottura con il vertice dell'organizzazione calabrese, per aver continuato ad occuparsi delle stesse attività illecite, con le medesime modalità e capacità di intimidazione e di condizionamento del passato. D'altra parte, ha nell'occasione osservato il Collegio, quando si tratta, come nel caso in esame, di fenomeni criminali che

vengono trapiantati in località non tradizionalmente affette da delinquenza di tipo mafioso, non deve pretendersi, per valutare la natura dell'associazione, la penetrazione globale della forza di intimidazione nel territorio, in quanto non può ricercarsi l'assoggettamento della generalità delle persone residenti – come avviene nelle zone con presenza mafiosa tradizionale -, dovendo invece farsi riferimento a un insieme di soggetti legati negli stessi luoghi da una comunanza di interessi, come ad esempio gli imprenditori o i commercianti operanti nella zona controllata dal gruppo criminale (sul tema si tornerà più avanti trattando le mafie "nuove" e "straniere").

Ancora una volta, dunque, è dato evincere come per la Cassazione dirimente per la valutazione giuridica della nuova entità dislocata sia la verifica in capo a quest'ultima degli elementi costitutivi del reato di cui all'art. 416-bis, a prescindere dalla variabile dei rapporti interni della medesima con la casa madre.

Affermano testualmente i giudici, *quando una associazione criminosa dirama le sue articolazioni in aree territoriali diverse da quelle di origine, deve avere quelle caratteristiche esteriori che il metodo mafioso sottintende affinché sia lo strumento per la realizzazione dei fini che la norma prevede e tale principio deve essere inteso nel senso che tale "esportazione" dal territorio di origine deve essersi realizzato in modo che sia percepibile anche in quei territori il metodo utilizzato come mafioso e quindi come strumento di soggezione e di perseguimento dei propri fini illeciti, ma deve escludersi che sia necessaria una sorta di validazione del metodo mafioso dalla casa madre.*

b) La prova dell'utilizzo del metodo mafioso. Passando al secondo aspetto del problema, quello cioè attinente alla prova dell'uso del metodo mafioso del quale l'associazione si avvale per incunarsi nel tessuto sociale ed economico di riferimento, la Cassazione (nella citata **Sez. VI, n. 39112/15**) ha ritenuto che questo non possa trovare dimostrazione esclusivamente tramite la allegazione di concreti atti di violenza, ma da elementi rivelatori delle modalità, attraverso cui il gruppo organizzato si sia insediato nel territorio, in senso verticale: partecipando ad ambiti socio-economici ed iniziative imprenditoriali tipicamente sfalsate, nella loro essenza, dall'intervento dell'azione mafiosa per la forza prevaricatrice che la connota; in senso orizzontale: stringendo accordi con

altre consorterie al fine di spartirsi con queste la gestione degli affari direttamente o indirettamente illeciti.

Da segnalare, sul tema, **Sez. V, 3 marzo 2015, n. [31666](#), Bandiera ed altri, Rv. 264471**, la quale etichetta il fenomeno in esame con l'espressione "mafia silente", alludendo, in particolare, a quelle organizzazioni criminali, dagli inconfondibili connotati mafiosi, che non si siano ancora manifestate all'esterno con le imprese delinquenti in vista delle quali sono state concepite e, quindi, non abbiano avuto ancora modo di proiettare all'esterno la forza intimidatrice di cui sono capaci.

Nell'occasione la Corte ha affermato il principio, così massimato: *il reato di cui all'art. 416-bis cod. pen. è configurabile - con riferimento ad una nuova articolazione periferica (c.d. "locale") di un sodalizio mafioso radicato nell'area tradizionale di competenza - anche in difetto della commissione di reati-fine e della esteriorizzazione della forza intimidatrice, qualora emerga il collegamento della nuova struttura territoriale con quella "madre" del sodalizio di riferimento, ed il modulo organizzativo (distinzione di ruoli, rituali di affiliazione, imposizione di rigide regole interne, sostegno ai sodali in carcere, ecc.) presenti i tratti distintivi del predetto sodalizio, lasciando concretamente presagire una già attuale pericolosità per l'ordine pubblico.*

L'apparente contrasto dell'affermazione con quanto ritenuto nelle precedenti due pronunce esaminate e più in generale con quello, che si è detto essere, l'orientamento in atto consolidato della giurisprudenza di legittimità, risulta alla lettura della motivazione della sentenza alquanto ridimensionato, se non del tutto azzerato.

Anche in questa circostanza, infatti, la Corte non si discosta dalla distinzione, di cui si è detto, tra il profilo sostanziale e quello probatorio della questione, così come non si discosta, in relazione al primo, dalle affermazioni contenute nelle precedenti due sentenze.

Lì dove invece la Corte sembra voler introdurre un elemento di novità attiene alla verifica probatoria degli elementi costitutivi del reato associativo, nel caso di accertato collegamento della nuova entità con la casa madre. Si afferma, invero, testualmente: *Pretendere che, in presenza di simile caratterizzazione delinquenziale, con confondibile marchio di origine, sia necessaria la prova della capacità intimidatrice o della condizione di assoggettamento od*



omertà è, certamente, un fuor d'opera. Ed infatti, l'immagine di una 'ndrangheta cui possa inerire un metodo "non mafioso" rappresenterebbe un ossimoro, proprio in quanto il sistema mafioso costituisce l'inse della 'ndrangheta, mentre l'impatto oppressivo sull'ambiente circostante è assicurato dalla fama conseguita nel tempo da questa stessa consorte. Il baricentro della prova deve, allora, spostarsi sui caratteri precipui della formazione associativa e, soprattutto, sul collegamento esistente - se esistente - con l'organizzazione di base.

Il tenore dell'affermazione non nega, dunque, che anche la cd. locale per poter essere qualificata mafiosa debba conformare il proprio operato ai canoni tipizzati dall'art. 416-bis, ma si limita ad introdurre una sorta di presunzione probatoria di sussistenza del requisito anzidetto per via dell'accertato collegamento dell'organizzazione con la casa madre. Pare opportuno evidenziare che l'assunto, in termini così netti, non trova riscontro in alcuno degli arresti sopra richiamati, che pure si sono occupati del tema e del resto la stessa Corte, proseguendo nell'esegesi offerta si richiama a quella giurisprudenza, che afferma, però, il diverso - e pacifico - principio, per cui, ai fini della sussistenza dei connotati dell'art. 416 bis c.p., non è necessaria la consumazione dei reati fine che costituiscano l'obiettivo strategico dell'organizzazione, in considerazione dell'indiscussa natura di reato di pericolo dell'associazione per delinquere in questione.

3. Le mafie "straniere".

Problematiche, in parte coincidenti a quelle appena esaminate, si pongono con riferimento alle mafie "straniere" e, più in generale, a quelle nuove consorterie, modellate secondo i canoni tipizzati dall'art. 416-bis, comma 3, cit., benché prive di nesso di derivazione dalle mafie tradizionali.

Se, da un lato, pacifica è da ritenersi l'estensione della fattispecie criminosa tipizzata all'art. 416-bis, cod. pen. anche a formazioni diverse da quelle tradizionali (come peraltro ormai espressamente contemplato dall'ultimo comma della norma), dall'altro la diversità territoriale o, comunque, socio-ambientale, nelle quali queste organizzazioni operano impone un adattamento dei parametri valutativi del delitto in parola, senza che questo significhi discostarsi dalla sua tipizzazione normativa o disattenderne la *ratio*.

In questo senso, si è già detto nel paragrafo precedente, del consolidato indirizzo giurisprudenziale, secondo il quale, in relazione ai fenomeni criminali trapiantati in località non tradizionalmente affette da delinquenza di tipo mafioso, non deve pretendersi, per valutare la natura dell'associazione, la penetrazione globale della forza di intimidazione nel territorio, in quanto non può pretendersi l'assoggettamento della generalità delle persone residenti – come avviene nelle zone con presenza mafiosa tradizionale -, potendosi far riferimento anche solo ad un insieme di soggetti legati negli stessi luoghi da una comunanza di interessi, come ad esempio gli imprenditori o i commercianti operanti nella zona controllata dal gruppo criminale (**Sez. VI, n. 41791/15**).

Con riferimento alle organizzazioni straniere merita, tra le pronunzie dell'anno appena trascorso, di essere richiamata **Sez. I, 1 ottobre 2014, n. [16353/15](#), Efoghere e altri, Rv. 263310**, che, in relazione a due gruppi criminali, costituiti da soggetti di nazionalità nigeriana operanti nella città di Torino, con finalità di dominio territoriale nell'ambito ristretto della comunità nigeriana, ha affermato il principio, secondo cui la finalità perseguita da una associazione di tipo mafioso, può consistere anche nella commissione di reati per realizzare "vantaggi ingiusti" di natura non economica, individuati, nel caso di specie, nell'apparire e nell'affermarsi il sodalizio come gruppo egemone all'interno della comunità etnica di cospicue dimensioni presente in territorio torinese.

Sulla base degli stessi principi, **Sez. VI, 9 ottobre 2014, n. [4294/15](#), Chen e altri, Rv. 262049**, ha invece escluso la configurabilità del reato di cui all'art. 416-bis, cod. pen., anche nella forma tentata, in relazione ad un gruppo di nazionalità cinese, che risultava non essere, ancora, riuscito a stabilire, all'interno della comunità etnica di riferimento, un clima di omertà e di intimidazione diffusa.

L'ulteriore dato saliente che preme evidenziare, ai fini di quanto è stato detto nel paragrafo precedente a proposito delle "locali", attiene al rilievo operato dalla Corte, per cui la semplice strutturazione della nuova formazione secondo canoni tipicamente mafiosi (nel caso dei due gruppi nigeriani mutuati dalle omologhe case madri operanti in Nigeria) non è sufficiente ai fini della configurazione del reato associativo, se non seguita

da una esteriorizzazione della metodologia mafiosa.

4. Le mafie "nuove" (Sez. VI, n. [24535/15](#), proc. "Roma capitale").

Con riferimento alle "mafie nuove", di sicuro interesse **Sez. VI, 10 aprile 2015, n. [24535](#), Mogliani ed altri, Rv. 264126**, che, chiamata ad occuparsi, sul piano cautelare, dei fatti relativi all'indagine, nota, per il clamore mediatico suscitato, come "Mafia capitale", si è soffermata sul problema della configurabilità e dell'atteggiarsi del reato associativo mafioso in relazione a quelle organizzazioni, prive di collegamento genetico con le mafie storiche e radicate in contesti geografici e culturali diversi da quelli nei quali il fenomeno è tradizionalmente radicato.

Protagonista della vicenda, all'attenzione dei giudici, una struttura organizzata, operante nella città di Roma, dedita, inizialmente, soprattutto ai tradizionali settori delle estorsioni e dell'usura, ma progressivamente ampliata sia nel numero dei partecipanti sia nei campi di intervento, estesi al versante economico-imprenditoriale e a quello della pubblica amministrazione, alterando, da un lato, i principi della libertà di iniziativa economica e di concorrenza, dall'altro quelli di legalità, imparzialità e trasparenza nell'azione amministrativa.

4.1. I principi affermati dalla Corte.

Nell'occasione la Corte ha riconosciuto il carattere mafioso alla consorceria in parola, seguendo un percorso argomentativo di estremo interesse, non solo per la definizione ermeneutica dei passaggi chiave del reato associativo, che ne consentono la configurazione anche con riferimento alle neo formazioni geneticamente sganciate dalle storiche, ma anche per talune affermazioni di principio in ordine alla relazione "metodologia mafiosa/condizione di assoggettamento e di omertà", che confermano, in quanto perfettamente allineate, il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, di cui si è detto nel paragrafo precedente a proposito delle cd. "locali".

a) Configurabilità dell'art. 416-bis anche per organizzazioni operanti fuori da quelli tradizionali. La Corte ha escluso che la fattispecie di reato di cui all'art. 416-bis,

cit., possa essere applicata solo alle associazioni mafiose quali conosciute in un determinato, e limitato, ambito storico-geografico, osservando che il reato, fin dalla sua introduzione nell'ordinamento penalistico, con la L. 13 settembre 1982, n. 646, è stato concepito - e soprattutto normativamente caratterizzato - in funzione di "un'associazione di tipo mafioso", a sottolineare che la mafia storica siciliana era solo il tipo (o l'archetipo) di un reato chiaramente e decisamente applicabile ad ogni associazione delinquenziale che ne riproducesse le caratteristiche strutturali essenziali.

Più in generale, lo schema normativo previsto dall'art. 416-bis comprende, non solo grandi associazioni di mafia ad alto numero di appartenenti, dotate di mezzi finanziari imponenti, e in grado di assicurare l'assoggettamento e l'omertà attraverso il terrore e la continua messa in pericolo della vita delle persone; ma anche piccole "mafie" con un basso numero di appartenenti (bastano tre persone), non necessariamente armate (l'essere armati e usare materiale esplosivo non è infatti un elemento costitutivo dell'associazione ex art. 416-bis, ma realizza solo un'ulteriore modalità di azione che aggrava la responsabilità degli appartenenti), che assoggettano un limitato territorio o un determinato settore di attività, avvalendosi, però, del metodo dell'intimidazione da cui derivano assoggettamento ed omertà.

b) Il profilo qualificante l'associazione mafiosa. Da questa prima affermazione discende che la connotazione mafiosa di un'associazione inerisce esclusivamente alla metodologia e cioè all'intenzionalità del sodalizio di usare la forza intimidatrice e ciò che da essa, direttamente o indirettamente, ne consegue. A giudizio della Corte – e il dato risulta di estremo interesse anche per la questione attinente le diramazioni delle mafie storiche – è sufficiente, perché l'associazione si delinei, che questa mostri di volersi avvalere di tale metodologia. Per altro verso, ciascuna entità associativa che si voglia qualificare di tipo mafioso, al di là del "*nomen*" più o meno tradizionale, vive di regole proprie ed assume altresì connotati strutturali, dimensioni operative ed articolazioni territoriali, che vanno analizzati caso per caso, senza che i relativi modelli debbano essere necessariamente riconducibili ad una sorta di unità ideale, con la conseguenza che, a ciascun fenomeno associativo, potranno annettersi caratteristiche peculiari e ritenersi

applicabili "massime di esperienza", non necessariamente trasferibili rispetto a sodalizi mafiosi di diversa matrice, sicché non assume un rilievo decisivo, ad es., la circostanza di fatto che, sia pure a fini strategici, la nuova formazione possa avere dei collegamenti con le storiche (mafia, camorra, 'ndrangheta).

c) Le condizioni di assoggettamento e di omertà. Proseguendo nella ricostruzione della figura criminosa in esame, la Corte, dopo aver attribuito alla forza di intimidazione del sodalizio la funzione qualificante della mafiosità dello stesso, assume che può anche prescindersi dalla concreta utilizzazione del metodo, in quanto ciò che unicamente rileva è il timore suscitato dall'associazione, nella misura in cui questo risulti di per sé idoneo a creare un clima di assoggettamento e di omertà, come conseguenza di una "fama criminale" consolidatasi nel tempo in forza di precedenti atti di violenza e sopraffazione.

Nella struttura del reato associativo, assoggettamento ed omertà degradano, pertanto, a mere conseguenze prevedibili e possibili dell'uso di tale forza intimidatrice, *indicano l'obiettivo che l'associazione tende a realizzare, costituiscono un possibile posterius non un prius logico o cronologico*". Non per nulla il legislatore ha parlato di assoggettamento o di omertà che dall'uso della forza intimidatrice "deriva" e non che "ne è derivata".

Corollario di tale affermazione è che il raggiungimento di una carica intimidatoria autonoma, il cui riflesso esterno si mantiene ancora entro i limiti di una soglia prodromica rispetto a possibili future situazioni di omertà e di assoggettamento specifico, è già di per sé sufficiente ai fini della diagnosi di "mafiosità" di un sodalizio di recente formazione, mentre le specifiche condizioni di assoggettamento e di omertà che di volta in volta potranno insorgere costituiranno il risultato di uno sfruttamento "attivo" di quella forza intimidatrice: uno sfruttamento che è già oggetto del programma associativo e, dunque, del dolo specifico degli associati.

Ulteriore corollario è che, per ritenersi sussistente una condizione dell'omertà, non è affatto necessaria una generalizzata e sostanziale adesione alla subcultura mafiosa, né una situazione di così generale terrore da impedire qualsiasi atto di ribellione e qualsiasi reazione morale alla condizione di *succubanza*, ma basta che il rifiuto a collaborare con gli organi dello Stato sia sufficientemente diffuso, anche se non generale; che tale

atteggiamento sia dovuto alla paura non tanto di danni all'integrità della propria persona, ma anche solo alla attuazione di minacce che comunque possono realizzare danni rilevanti; che sussista la diffusa convinzione che la collaborazione con l'autorità giudiziaria - denunciando il singolo che compie l'attività intimidatoria - non impedirà che si abbiano ritorsioni dannose per la ramificazione dell'associazione, la sua efficienza, la sussistenza di altri soggetti non identificabili e forniti di un potere sufficiente per danneggiare chi ha osato contrapporsi.

Ai fini della configurabilità del reato, dunque, non è necessaria la presenza di un'omertà immanente e permanente, ma è sufficiente che la forza intimidatrice autonoma del sodalizio sia in grado di ingenerare specifiche condizioni di omertà.

d) Il controllo territoriale esercitato dall'associazione. In merito al requisito del controllo del territorio, anch'esso qualificante l'associazione come mafiosa, la Corte ha osservato che la formulazione del testo normativo è imperniata sulla previsione di una carica intimidatoria che rappresenta una sorta di "avviamento" grazie al quale la connotazione imprenditoriale dell'organizzazione mafiosa proietta nel futuro le sue attività di illecito arricchimento. Questo elemento normativo della fattispecie delinea, al contempo, una categoria generale ed astratta che, nella stessa *intentio legis*, trascende l'angusto spazio di un mero approccio regionalistico - territoriale, attribuendo rilievo alla compressione della libertà morale e all'effetto di progressiva sfiducia dei cittadini nella idoneità dello Stato a garantire una valida protezione contro l'organizzazione criminale.

L'esigenza del controllo di determinate aree territoriali, a sua volta, non è un elemento costitutivo della fattispecie, ma ne rappresenta un dato implicito, storicamente registrato ed ancor oggi empiricamente verificabile in alcune organizzazioni, laddove altre tendono a privilegiare l'incursione su altri "territori" - istituzionali, economici o amministrativi - senza che quella forma di controllo assuma il rilievo di un presupposto indispensabile ai fini dell'integrazione della fattispecie incriminatrice.

(Segue) 4.2. La loro applicazione nel caso di specie.

Alla luce della prospettiva esegetica seguita, la Corte ha ritenuto che, nella fattispecie



sottoposta alla sua attenzione, non vi si sia stato il mero sfruttamento organizzato del potere amministrativo a fini personali o clientelari attraverso l'abuso sistematico degli organi istituzionali, né, tanto meno, una forma di manifestazione di una "arroganza del potere" che tende ad imporre *erga omnes* le sue condizioni o "regole del gioco", ma che si sia piuttosto realizzata una occupazione dello spazio amministrativo ed istituzionale attraverso un uso criminale delle forme di esercizio della *publica potestas*, basato sul possibile ricorso ad una forza intimidatrice autonoma del vincolo associativo, da questo direttamente originata e in quanto tale percepita, anche all'esterno, come un elemento strutturale permanente del sodalizio. In altri termini, si è assistito alla progressiva evoluzione di un gruppo di potere criminale che si è insediato nei gangli dell'amministrazione della Capitale d'Italia, cementando le sue diverse componenti di origine (criminali di "strada", pubblici funzionari con ruoli direttivi e di vertice, imprenditori e soggetti esterni all'amministrazione), sostituendosi agli organi istituzionali nella preparazione e nell'assunzione delle scelte proprie dell'azione amministrativa e, soprattutto, mostrando di potersi avvalere di una carica intimidatoria decisamente orientata al condizionamento della libertà di iniziativa dei soggetti imprenditoriali concorrenti nelle pubbliche gare, al fine di controllare gli esiti delle relative procedure e, ancor prima, di gestire gli stessi meccanismi di funzionamento di interi settori dell'attività pubblica. Tutto ciò è avvenuto con l'imposizione di "regole", la cui apparente imperatività è stata resa possibile solo grazie all'accumulo di una forza criminale ben conosciuta e temuta nella realtà sociale, fatta valere da un sodalizio in grado di interagire con altre organizzazioni criminali, anche di natura mafiosa, trattando, da una posizione di "pari dignità", la spartizione di settori di attività di rilievo pubblicistico e di aree di influenza nel territorio di Roma.

In questa situazione, del tutto secondario è stato ritenuto il dato numerico dei soggetti effettivamente *coinvolti come vittime, a fronte della diffusività del fenomeno a danno di un numero indeterminato di persone, che potrebbero in tempi brevi trovarsi alla mercé di un sodalizio*, la cui connotazione di mafiosità risultava, invece, dai seguenti dati indiziari: a) le origini e il progressivo consolidamento della "fama criminale" dell'associazione; b) il successivo

ampliamento della sua base operativa, con lo sfruttamento, anche attraverso atti concreti posti in essere da più membri del sodalizio, della forza di intimidazione scaturente dal vincolo associativo al fine di condizionare l'avvio, lo svolgimento e la definizione di pubbliche gare; c) l'incidenza determinante esercitata nella individuazione e nella conseguente nomina di funzionari compiacenti in posizioni apicali o di vertice dell'amministrazione, le cui competenze tecniche di ordine generale sono state distorte per soddisfare gli obiettivi del sodalizio nei settori di suo specifico interesse; d) un quadro di sistematica strumentalizzazione, a vantaggio dell'associazione, di atti amministrativi i cui evidenti vizi, di merito o di legittimità, non risultano esser stati in alcun modo sanzionati proprio grazie alla diffusa condizione di assoggettamento e di omertà che la stessa ha prodotto nella realtà esterna; e) le strette relazioni intessute con altri gruppi criminali e, soprattutto, con esponenti di altre associazioni mafiose, nell'elaborazione di una comune strategia di intervento in settori di reciproco interesse; f) le tecniche di "avvicinamento" verso le energie imprenditoriali della società civile, da volgere a proprio favore attraverso l'instaurazione di rapporti di reciproco scambio consistenti, per gli imprenditori affiliati all'organizzazione - e dai Giudici di merito, dunque, ritenuti "collusi" - nel ricevere vantaggi al fine di imporsi sul territorio in posizione tendenzialmente dominante, e per il sodalizio criminoso nell'ottenere una serie di risorse, servizi o utilità per allargare ulteriormente il suo ambito operativo.

Tra gli elementi appena elencati, una notazione particolare merita la reiterazione dell'attività corruttiva, rispetto alla quale la Corte ha osservato che essa determina la sostanziale emarginazione del soggetto non corrotto dalla stessa possibilità di accesso e partecipazione alle attività di rilievo pubblico, poiché "quanto più la corruzione è diffusa e praticata, tanto minori sono i rischi di essere denunciati o scoperti, e di conseguenza più elevato il costo della scelta di rimanere onesti".

La dimensione corruttivo-collusiva ha giocato, dunque, un ruolo determinante nelle strategie di infiltrazione delle organizzazioni mafiose ed è anzi in tale momento, come si è icasticamente rilevato in dottrina, "che la lesione dell'ordine economico e la lesione dell'ordine amministrativo raggiungono il loro massimo livello e vengono a congiungersi

in una più ampia aggressione allo stesso ordine politico-istituzionale del Paese".

Al fine di realizzare tali obiettivi, la forza intimidatrice del vincolo associativo, come si è detto, non ha agito direttamente sui pubblici amministratori per condizionarne le scelte, ma se ne è servita aggregandoli al proprio apparato organizzativo per la diretta realizzazione dei suoi illeciti interessi, ovvero inducendoli a favorire il gruppo attraverso accordi di tipo corruttivo-collusivo che hanno deformato l'intero funzionamento dell'amministrazione capitolina: in tal modo si è esaltata la capacità di pressione intimidatoria del sodalizio, la cui direzione è stata orientata nei confronti di tutti coloro che avrebbero potuto avvantaggiarsi dei provvedimenti amministrativi e dei contratti della pubblica amministrazione, scoraggiandone la concorrenza e inducendoli a lasciare il campo quando erano in giuoco gli interessi delle imprese utilizzate dall'associazione.

Il rilievo appena svolto ha, così, consentito alla Corte di affermare che la realtà criminale prefigurata dall'art. 416-bis c.p., comma 3, presuppone una entità organizzativa formata soprattutto "...per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sè o per altri...": siffatta enumerazione, per la sua ampiezza, finisce con il ricomprendere ogni forma di penetrazione dell'associazione nel mondo economico (pubblico e privato) caratterizzata dall'uso di metodi mafiosi, sia che essa abbia ad oggetto coloro che già esercitano l'attività della quale viene acquisita la gestione o il controllo, sia che riguardi i possibili concorrenti ovvero i soggetti pubblici investiti di poteri decisionali in merito alle concessioni, autorizzazioni ecc..

I tratti della figura delittuosa descritta dal legislatore nell'art. 416-bis, comma 3, delineano, pertanto, una chiara strumentante del fine di controllo amministrativo rispetto a quello di controllo economico, presupponendo l'utilizzo di strumenti societari e di forze imprenditoriali da impiegare per conseguire quella forma di controllo attraverso la captazione delle risorse pubbliche e la distorsione dei liberi meccanismi concorrenziali.

Entro tale prospettiva, la diffusività del fenomeno corruttivo annulla ogni capacità di resistenza degli organi di prevenzione e controllo, creando i presupposti di una sub-

cultura fondata sull'accettazione di devianti prassi criminali, apparentemente imposte come "regole" alla cui efficacia imperativa non ci si può sottrarre se non al prezzo di subire lo scatenamento della forza intimidatrice derivante dal vincolo associativo di un'organizzazione che, proprio per garantire il rispetto di quelle "regole", mira a sostituirsi a quegli organi amministrativi ed istituzionali di cui pretende di assumere il volto.

A conclusione del percorso argomentativo seguito, la Corte è così approdata all'enunciazione del principio, massimato dall'Ufficio nei termini che seguono: *ai fini della configurabilità del reato di associazione per delinquere di stampo mafioso, la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quando, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti, ed il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale.*

5. Il concorso esterno nel reato associativo e principio di legalità all'indomani della sentenza della Corte edu "Contrada".

L'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo: CEDU) afferma il principio di legalità/irretroattività delle norme penali incriminatrici o aggravatrici del trattamento sanzionatorio, nelle due fondamentali accezioni: *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*.

La portata della norma è stata oggetto nel tempo di ripetuti interventi della Corte di Strasburgo, che, pur consapevole delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di common law e quelli di civil law, ha ritenuto che l'esplicito riferimento operato dall'art. 7, cit., al "diritto" ("law") e non soltanto alla "legge", consenta di inglobare nel principio in parola, oltre la fonte legislativa, anche quella giurisprudenziale (*judicial law*), costituita, quest'ultima, dalla combinazione da parte del giudice del dato legislativo con quello interpretativo, così da consentire l'individuazione di un precetto che risulti accessibile e prevedibile ai consociati (Corte edu: 22 novembre 1995, S.W. c. Regno Unito; 24 aprile 1990, "Kruslin c. Francia"; 12



febbraio 2008, “Kafkaris c. Cipro”; 15 novembre 1996, Cantoni c. Francia; 25 maggio 1993, Kokkinakis c. Grecia).

Principi, quelli affermati dalla Corte di Strasburgo, sicuramente di più agevole applicazione negli ordinamenti di *common law*, rispetto che in quelli continentali, come il nostro, nel quale le interpretazioni giurisprudenziali non posseggono la forza vincolante della legge e, tuttavia, plasmano la norma astratta scritta di significati concreti, rendendola, secondo la definizione per la prima volta utilizzata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 276 del 1974, “diritto vivente”, vale a dire, norma, che opera nella quotidiana applicazione dei giudici (Corte cost. n. 3 del 1956 e n. 198 del 1972) e che, proprio in ragione della sua natura “viva”, pone un problema di armonizzazione con il principio di legalità, in tutte le sue accezioni.

5.1. La sentenza della Corte edu “Contrada c. Italia”.

Il tema, che per il vero già da anni impegna tanto la giurisprudenza quanto la dottrina, è oggi di prepotente attualità, per via della sentenza del 14 aprile 2015, "Contrada c. Italia", con la quale la Corte edu ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 7 della Convenzione.

La vicenda, di ampia risonanza mediatica, riguarda un ex funzionario del Ministero degli Interni, condannato, ad esito di una complessa ed articolata vicenda processuale, per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, per avere, tra il 1979 e il 1988, nella qualità di funzionario di polizia, prima, di capo di gabinetto dell'alto commissario per la lotta alla mafia e di vicedirettore dei servizi segreti civili (SISDE), poi, apportato sistematicamente un contributo alle attività e al perseguimento degli scopi illeciti dell'associazione mafiosa denominata «Cosa nostra».

La Corte ha affrontato la questione se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente, il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso, che le parti concordemente indicavano di creazione giurisprudenziale, fosse chiaramente definito e quindi accessibile e prevedibile per il ricorrente.



I giudici, ripercorrendo la giurisprudenza interna allo Stato convenuto, hanno rilevato che la figura criminosa in parola risulta, per la prima volta, esaminata, per essere però esclusa, dalla Cassazione nella sentenza della sez. I, 14 luglio 1987, n. 8092, Cillari, cui negli anni successivi si erano conformate sez. I, 21 marzo 1989, n. 8864, Agostani e Sez. I, 27 giugno 1994. nn. 2342 e 2348, Abbate e Clementi.

Nello stesso periodo, altri arresti si mostravano invece favorevoli alla configurabilità sia del concorso esterno psicologico, inteso come istigazione e determinazione, nel momento in cui l'associazione viene costituita, sia - allorché l'associazione sia già costituita - del concorso materiale, nella forma del contributo consapevolmente prestato al mantenimento e al consolidamento dell'organizzazione criminosa (sez. I, 13 giugno 1987, Altivalle, n. 3492; Sez. 1, 4 febbraio 1988, n. 9242, Barbella, Rv. 179169; sez. I, 23 novembre 1992, n. 4805, Altomonte, Rv. 192648; Sez. 1, 18 giugno 1993, n. 2902, Turiano, Rv. 194623).

Soltanto nel 1994, le Sezioni unite (5 ottobre 1994, n. 16, Demitry, Rv. 199386), nell'intento di porre fine alle controversie giurisprudenziali in materia, hanno ammesso l'esistenza nell'ordinamento giuridico penale del reato di cui agli artt. 110 e 416-bis cod. pen.. Riconoscimento, consolidatosi, nelle successive pronunce della Corte, ancora nel suo più autorevole consesso (n. 30 del 27 settembre 1995, Mannino; n. 22327 del 30 ottobre 2002, Carnevale; n. 33748 del 17 luglio 2005, Mannino), che hanno, via via, messo a punto il profilo dell'idoneità causale della condotta, fino a giungere alla teorizzazione della necessaria esistenza, ai fini della configurazione del reato, di un contributo del concorrente esterno alla concreta realizzazione del fatto criminoso collettivo e quindi alla produzione dell'evento lesivo del bene giuridico protetto.

Sulla base di tali premesse, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti in contestazione (1979-1988), il reato ascritto all'imputato non fosse per quest'ultimo sufficientemente chiaro e prevedibile e, pertanto, non gli consentiva di conoscere, in relazione a tale fattispecie, la pena in cui sarebbe incorso per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti (§ 75).

Profili, questi, che la Corte, richiamandosi alla propria giurisprudenza (Del Rio Prada [GC], §§ 79 e 111-118, a contrario, Ashlarba c. Georgia, n. 45554/08, §§ 35-41, 15 luglio 2014, a contrario, Rohlena, § 50, e, *mutatis mutandis*, Alimuçaj c. Albania, n. 20134/05, §§ 154-162, 7 febbraio 2012), reputava idonei ad integrare la violazione dell'articolo 7 della Convenzione.

5.2. Le ricadute della sentenza “Contrada” nell’ordinamento interno. Principio di legalità e diritto vivente.

La sentenza della Corte europea, oltre ad alimentare il dibattito tra fautori e contrari alla incriminazione di certe condotte di contiguità mafiosa attraverso lo schema all'art. 110 cod. pen. e alla opportunità di una espressa tipizzazione della fattispecie da parte del legislatore, pone il problema più generale della collocabilità della matrice giurisprudenziale tra le fonti di diritto del nostro ordinamento.

Si è affermato, in premessa, che, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza di Strasburgo, cui i giudici della "Contrada" sembrano aver dato pieno seguito, l'ambito di operatività del principio di legalità convenzionale, inteso in una prospettiva fusione di orizzonti tra universo di civil law e di common law, abbraccia sia la fonte legislativa sia quella giurisprudenziale, costituente il diritto vivente, da identificarsi, a sua volta, con la consolidata o nettamente prevalente interpretazione della norma seguita dai giudici.

Il problema che, però, a questo punto, si pone è quello di comprendere come nell'ordinamento italiano possano trovare ingresso gli standard imposti dal sistema convenzionale.

La questione non sembra, più, bypassabile ancorandosi alla considerazione di carattere generale, secondo cui la “mediazione accertativa della giurisprudenza” non crea la norma ma si limita a “disvelarla” (Sez. un. civ., 11 luglio 2011, n. 15144, Rv. 617905) e, in quanto tale, non sarebbe mai produttiva di diritto (C. cost., n. 230 del 2012).

Sembra, invero, ben presente nel pensiero del Giudice della *Convenzione*, per come da ultimo riscontrabile anche nella sentenza “Contrada”, che la dimensione attribuita da

ordinamenti interni, come il nostro, all'interpretazione giurisprudenziale (rispetto ai sistemi di *common law*) non valga a giustificare la sottrazione del prodotto ermeneutico dall'ambito del principio di legalità e che anzi quest'ultimo sia da considerare parte integrante della norma testuale, di aiuto per verificare se questa abbia consentito all'imputato, all'epoca della commissione del fatto, di conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale (Corte edu "Contrada", § 64).

Al riguardo, è forse il caso di evidenziare che, in effetti, anche nel sistema nostro interno, il giudizio di costituzionalità ha ad oggetto la norma, non nella sua accezione letterale, ma nella interpretazione concreta ricevuta (*ex multis*, C. cost., n. 242 del 2008).

La valorizzazione del diritto giurisprudenziale nel sistema delle fonti di diritto penale sembra, peraltro, aver trovato riscontro in Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi, che, chiamate a decidere se il mutamento di giurisprudenza, intervenuto medio tempore per effetto di decisione delle Sezioni Unite, renda ammissibile la riproposizione della richiesta di applicazione dell'indulto in precedenza rigettata, ha affermato che l'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU impone di includere nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa sia quello di derivazione giurisprudenziale.

Nella decisione ora richiamata, non sfuggendo, evidentemente, al Collegio la necessità di fissare dei limiti al principio generale affermato, si precisa che non qualsiasi mutamento giurisprudenziale equivale ad attribuire carattere di novità ad una determinata *quaestio iuris*, rilevante ai sensi dell'art. 7 CEDU; dovendosi, piuttosto, avere sempre come riferimento la determinatezza della fattispecie, anche sui requisiti qualitativi o sostanziali, e quindi la accessibilità e prevedibilità della fonte normativa.

Intendendo, con la prima espressione (accessibilità), che *il cittadino deve poter disporre di informazioni sufficienti, nella situazione concreta, sulle norme giuridiche applicabili ad un determinato caso* (Corte edu, 26 aprile 1979, *Sunday c. Regno Unito*); mentre con la seconda (prevedibilità), il riferimento è alla precisione, che deve connaturare il precetto penale, in modo da permettere al cittadino di regolare la propria condotta, prevedendo, con un ragionevole grado di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che

possono derivare da un determinato atto (*Corte edu, 26 aprile 1979, Sunday c. Regno Unito § 49*).

Tali requisiti, specie il secondo, rispondono alla constatazione che una tassatività assoluta del precetto risulta nella prassi impraticabile ed inidonea ad adattarsi ai mutamenti del contesto sociale, sicché al giudice penale deve essere riconosciuto il potere di specificare la portata del diritto positivo e di concorrere, di fatto, alla definizione del precetto legale (*Corte edu, 25 marzo 1993, Kokkinakis c. Grecia*).

Attività, questa, nella quale il giudice incontra il limite, da un lato, del divieto di interpretazioni analogiche in *malam partem*, dall'altro dell'obbligo di attenersi a canoni di ragionevolezza.

In questo senso, dunque, non ogni mutamento giurisprudenziale in senso estensivo del penalmente rilevante (c.d. *overruling in malam partem*) è destinato a incappare nella violazione dell'art. 7 della Convenzione, dovendosi tale eventualità escludere laddove l'esito interpretativo risulti prevedibile in ragione sia della prassi applicativa precedente, della quale costituirebbe naturale evoluzione, sia del mutamento del contesto socio-culturale.

5.3. Principio di legalità e concorso esterno in associazione mafiosa.

Prima ancora del recente intervento della Corte europea, la dottrina, nella sua stragrande maggioranza, si è da sempre mostrata profondamente critica sulla configurazione, attraverso lo schema dell'art. 110 cod. pen., del concorso esterno in associazione mafiosa, auspicandone, *de jure condendo*, una espressa tipizzazione da parte del legislatore.

Più di un autore ritiene, a monte, che la tipizzazione delle figure criminose concorsuali attraverso la coniugazione dell'art. 110 cod. pen. con la singola fattispecie di reato sia un'opzione normativa di dubbia costituzionalità, in relazione ai principi di eguaglianza e di legalità, in quanto finisce per parificare, senza descriverle, le condotte ascrivibili a ciascun concorrente.

Il lamentato difetto di determinatezza si aggrava allorché l'art. 110 cod. pen. si combina con la fattispecie di cui all'art. 416-bis cod. pen., che, a differenza del puntuale e circoscritto reato classico (come il furto o l'omicidio e simili), è tipizzato secondo la logica dei ruoli e delle funzioni, in nessuno dei quali può evidentemente essere inquadrato il concorrente esterno con la conseguenza che l'assommarsi di due sfere normative, affette, entrambe, in partenza da notevole genericità, non può che dar luogo ad effetti moltiplicatori di indeterminatezza della fattispecie, destinati ad essere colmati di fatto dall'interpretazione giurisprudenziale.

Prescindendo dalla fondatezza di tali obiezioni, il dato saliente che qui preme evidenziare è che, nella causa “Contrada”, il governo italiano convenuto non ha contestato l'inquadramento del reato di concorso esterno in associazione mafiosa tra le fattispecie di creazione giurisprudenziale, vale a dire il presupposto argomentativo del ragionamento svolto dalla Corte europea, la quale ha poi escluso che la fattispecie di cui agli artt. 110 e 416-bis cod. pen. fosse accessibile e prevedibile per il ricorrente, nel momento in cui questi aveva posto in essere la condotta contestatagli, atteso che, in quello stesso periodo, la giurisprudenza era fortemente oscillante e dubbiosa sulla configurabilità della figura criminosa in parola.

5.4. I primi arresti della Cassazione successivi alla “Contrada”.

Pochi giorni dopo la pronuncia di Strasburgo, **Sez. II, 21 aprile 2015, n. 34147, Agostino e altri, Rv. 264624**, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 110 e 416-bis cod. pen. (nella parte in cui, secondo l'interpretazione giurisprudenziale dominante, incriminano il concorso esterno in associazioni di tipo mafioso) per contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. e con gli artt. 117 Cost. e 7 CEDU, per violazione del principio di legalità.

La Corte, chiamata sostanzialmente a verificare gli effetti nella giurisdizione interna delle affermazioni di principio espresse dal Giudice europeo, ha disatteso di queste ultime la premessa fondante (ritenuta *giuridicamente inesatta*), vale a dire la matrice giurisprudenziale del reato di concorso esterno in associazione, ribattendo che la figura

criminosa in questione è data dalla combinazione della singola norma penale incriminatrice speciale con l'art 110 cod. pen., nel pieno rispetto, pertanto, del principio di legalità, sancito dall'art. 1 cod. pen. e dall'art. 25, comma 2, Cost..

È, dunque, nello schema prefigurato dal legislatore - e non nell'elaborazione giurisprudenziale - che il concorso esterno nei reati associativi (in questi compresa la fattispecie di cui all'art. 416-bis cod. pen.) trova la sua giustificazione normativa. D'altro canto, si legge nella motivazione della sentenza della Cassazione ora in commento, ***la stessa Corte costituzionale (n. 48 del 2015) ha recentissimamente ribadito che il "concorso esterno" non è, come postulato dalla Corte EDU nella citata sentenza Contrada, un reato di creazione giurisprudenziale, ma scaturisce <<dalla combinazione tra la norma incriminatrice di cui all'art 416-bis cod. pen. e la disposizione generale in tema di concorso eventuale nel reato di cui all'art. 110 cod. pen.>>.***

Ritengono, inoltre, i giudici che conferme testuali della configurabilità del concorso materiale esterno nei reati associativi (*talora frettolosamente dimenticate dagli interpreti*) siano fornite dallo stesso legislatore: invero, sia l'art. 307 cod. pen. (assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata) sia l'art. 418 cod. pen. (assistenza agli associati ex artt. 416 e 416 bis cod. pen.) contengono una iniziale clausola di riserva (<<fuori dei casi di concorso nel reato>>) che ammette inequivocabilmente la possibilità di un mero concorso eventuale, <<esterno>>, nei reati associativi, lasciando, dunque, all'interprete soltanto la valutazione del *quomodo*, ma non anche dell'*an*, del concorso esterno nel reato associativo.

5.5. Elementi differenziatori della figura del concorrente esterno rispetto a quella dell'*intraneus* all'associazione mafiosa.

La sentenza in commento merita di essere richiamata anche per il passaggio, in cui la Corte, nel solco tracciato dalla giurisprudenza ormai consolidata (*ex multis*, Sez. VI, 8 gennaio 2014, n. [16958](#), Costantino, Rv. 261475; Sez. II, 29 novembre 2012, n. [47602](#), Miglionico, Rv. 254105), ha perimetrato le figure del concorrente *extraneus* e dell'*intraneus*

all'associazione.

I giudici, si sono, nello specifico, soffermati sul profilo del contributo prestato, che, nel caso del partecipe, deve, al di là di mere notazioni di carattere quantitativo, *oggettivamente*, configurarsi come *tendenzialmente stabile e durevole, ovvero concretizzarsi nella continuativa disponibilità, per apprezzabile lasso di tempo, del proprio apporto, e, sotto il profilo soggettivo, essere connotato dalla coscienza e volontà dell'agente di entrare a far parte stabilmente ed organicamente dell'associazione ed operare per il raggiungimento delle finalità della stessa*. Dall'area così circoscritta restano escluse quelle condotte, atipiche rispetto alla previsione tassativa dell'art. 416-bis, cit., poste in essere da un soggetto esterno al sodalizio, ma che vengono recuperate e attratte all'ambito del penalmente rilevante, attraverso lo strumento dell'art. 110, cit., in quanto realizzano un contributo causalmente rilevante alla esistenza ed operatività della consorceria, ovvero al raggiungimento delle sue finalità, con ciò esponendo ugualmente a pericolo di lesione il bene protetto, l'ordine pubblico.

6. Il reato di scambio elettorale politico-mafioso.

Nell'anno in commento, la Suprema Corte è intervenuta in materia di reato di scambio elettorale politico-mafioso, con affermazioni di principio che sembrano segnare il superamento delle originarie incertezze esegetiche, che hanno caratterizzato la giurisprudenza nel periodo immediatamente successivo all'entrata in vigore del novellato art. 416-ter, cod. pen., così come ridisegnato dalla legge 17 aprile 2014, n. 62, con la previsione di una autonoma pena edittale nei confronti di *chiunque accetti la promessa di procurare voti mediante le modalità di cui al terzo comma dell'art. 416-bis in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di altra utilità* e della estensione della punizione a *“chi promette di procurare voti con le modalità di cui al primo comma”*.

Il nodo problematico, costituito essenzialmente dalla descrizione del patto illecito nel passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina, veniva sciolto da Sez. VI, 3 giugno 2014, n. [36382](#), Antinoro, Rv. 260168, nel senso dell'*abolitio criminis* parziale, per cui la fattispecie incriminatrice, nella attuale sua formulazione, conterrebbe *un nuovo elemento costitutivo nella fattispecie incriminatrice, relativo al contenuto dell'accordo, che deve contemplare l'impegno del gruppo*

malavitoso ad attivarsi nei confronti del corpo elettorale anche dispiegando concretamente, se necessario, il proprio potere di intimidazione, con la conseguenza che sono penalmente irrilevanti le condotte pregresse consistenti in pattuizioni politico-mafiose, che non abbiano espressamente previsto le descritte modalità di procacciamento dei voti.

A breve distanza di tempo la Sesta sezione (6 maggio 2014, n. [37374](#), Polizzi, Rv. 260167), pur non affrontando apertamente la questione, si è, invece, richiamata, con riferimento al contenuto del patto di scambio, ai risultati dell'elaborazione giurisprudenziale precedente alla novella del 2014, mostrando così implicitamente di escludere profili di discontinuità nella successione di leggi nel tempo.

Questa seconda tesi ha trovato seguito in tre arresti, ancora della Sesta sezione, nei quali la Corte è tornata ad occuparsi *ex professo* del tema (**19 maggio 2015, n. [25302](#), Albero, Rv. 263845; 10 giugno 2015, n. 31348, Annunziata; 16 settembre 2015, n. 41801, Serino**).

Nell'occasione il Collegio, dopo aver ribadito quanto già maturato nel vigore della precedente normativa in merito alla natura giuridica del reato di cui all'art. 416-ter, da catalogare tra quelli di pericolo (per cui la soglia di punibilità è anticipata anche alla fase del mero scambio delle promesse mentre la concretizzazione dell'impegno assume piuttosto il tenore del post-fatto, al più destinato a rilevare penalmente se tale da integrare altre ipotesi di reato, eventualmente concorrenti o assorbenti), si è soffermata sull'oggetto dell'accordo, ritenendo che questo deve necessariamente riguardare le modalità di acquisizione del consenso elettorale tramite il metodo mafioso.

Con la novella è stata, infatti, recepita normativamente l'interpretazione maggioritaria, che la stessa Corte aveva elaborato riguardo al tenore letterale previgente della citata disposizione (cfr. *ex multis* Sez. VI, 19 febbraio 2004, n. 10785, Falco, Rv. 230397; Sez. I, 24 aprile 2012, n. 27655, Macrì, Rv. 253387; Sez. II, 5 giugno 2012, n. 23186, Costa, Rv. 252843), in forza alla quale il patto elettorale illecito, per assumere valenza mafiosa e distinguersi dalle altre ipotesi di corruzione elettorale previste dal sistema, deve prevedere l'utilizzo della sopraffazione e della forza di intimidazione quali modalità di reperimento dei voti, non essendo sufficiente in sé il mero scambio contemplante la

promessa di voti contro l'erogazione di denaro, che in alcuni altri arresti della Corte sembra invece essere ritenuto sufficiente per integrare l'ipotesi di reato in disamina (Sez. I, 2 marzo 2012, n. 32820, Battaglia, Rv. 253740; Sez. VI, 9 novembre 2011, n. 43107, Pizzo e altro, Rv. 251370). In realtà, come del resto già precisato da Sez. VI, nella citata sentenza "Antinoro", un esame meno superficiale delle decisioni da ultimo richiamate dimostra che *"l'opzione era stata prescelta non tanto in contrapposizione alla necessità di definire specificamente le modalità di procacciamento dei consensi, quanto per escludere la rilevanza della materiale erogazione del denaro (Sez. I, n. 32820/12) o della conclusione di patti aggiuntivi, vincolanti l'uomo politico ad operare in favore dell'associazione in caso di vittoria elettorale (Sez. VI, n. 43107/11)"*, in linea con l'affermazione, oggi ulteriormente corroborata dalla novella, della natura di reato di mero pericolo ascrivibile alla ipotesi di reato prevista dall'art. 416-ter cod. pen..

Il sinallagma illecito, si è detto, si concreta già solo attraverso la promessa delle reciproche prestazioni. E se oggi il dato normativo non è più espressamente limitato alla promessa di denaro da parte del candidato grazie al riferimento alle altre utilità che possono comunque costituire l'oggetto della dazione prospettata in funzione della conclusione dell'accordo (così da potersi ritenere oggi certamente ricomprese nella condotta in contestazione anche la promessa di "utilità" che solo in via mediata possono essere oggetto di monetizzazione), è rimasta sostanzialmente invariata la connotazione di fondo del negozio illecito siccome immediatamente correlata alla natura della prestazione, anche solo promessa, dal soggetto che si muove sull'altro versante negoziale: quella di garantire la veicolazione del consenso elettorale mediante le modalità di cui all'art. 416 bis, comma 3, cod. pen.; dato, anche questo, oggi ancor più compiutamente esplicitato nella norma novellata, ma che costituiva il frutto della interpretazione in tal senso offerta dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, per quanto sopra già evidenziato.

La Corte addivene, così, alla conclusione, secondo cui, attraverso l'esplicito riferimento alle "modalità" di cui all'art. 416 bis, comma 3, cit., e dunque al metodo mafioso per l'acquisizione del consenso elettorale, è stata introdotta una novità

linguistica nel tenore della norma di minimo contenuto, destinata a strutturare la fattispecie in termini ancora più compiuti e definiti, sempre coerenti, tuttavia, con la lettura più corretta che la stessa Corte ha avuto modo di offrire già con riferimento al dato normativo previgente. Non vi è stata, dunque, alcuna, seppur parziale, delimitazione dell'area dell'illecito coperta dalla pregressa versione dell'art. 416 ter, cit.: oggi, come ieri, è necessario, pertanto, che l'accordo abbia avuto ad oggetto l'acquisizione del consenso elettorale tramite il metodo mafioso.

Tanto non impone, tuttavia, si legge ancora nei suindicati più recenti arresti della Corte, che il patto sia necessariamente connotato dalla esplicitazione delle modalità di realizzazione dell'impegno assunto nei confronti del candidato, potendo la stessa desumersi, in via inferenziale, da alcuni indici fattuali sintomatici della natura dell'accordo.

Ciò perché, se anche la ratio dell'incriminazione consiste nello specifico rischio di alterazione del processo democratico che si determina quando il voto viene sollecitato da una organizzazione mafiosa, il suo riflesso sul piano degli elementi di fattispecie si esaurisce nella logica del comportamento di chi, per proprie esigenze elettorali, promette denaro ad una organizzazione criminale siffatta, ovviamente consapevole della sua natura e dei metodi che la connotano. La fattispecie si atteggia quindi a reato di pericolo, fondandosi su consolidate regole di esperienza, e non richiede affatto né l'attuazione né l'esplicita programmazione di una campagna singolarmente attuata mediante intimidazioni: la sufficienza dell'assoggettamento di aree territoriali e corpi sociali alla forza del vincolo mafioso costituisce, affinché si determinino alterazioni del libero esercizio individuale e collettivo di diritti e facoltà, uno dei profili essenziali del fenomeno, ed è ampiamente recepita nella legislazione repressiva.

Le considerazioni che precedono hanno consentito alla Corte di affermare il principio, a tenore del quale ai fini della configurabilità del delitto in parola, quando il soggetto che si impegna a reclutare i suffragi è persona intranea ad una consorteria di tipo mafioso ed agisce per conto e nell'interesse di quest'ultima, non è necessario che l'accordo concernente lo scambio tra voto e denaro o altra utilità contempra l'attuazione, o



l'esplicita programmazione, di una campagna elettorale mediante intimidazioni, poiché in tal caso il ricorso alle modalità di acquisizione del consenso tramite la modalità di cui all'art. 416 bis, terzo comma, cod. pen., può dirsi immanente all'illecita pattuizione (**Rv. 263845**).



CAPITOLO IV

I REATI DI DISASTRO INNOMINATO

(ASSUNTA COCOMELLO)

SOMMARIO: 1 Premessa. - 2. La nozione di “disastro innominato” e la particolare fattispecie della immissione di fattori inquinanti. - 3. La natura di reato aggravato dall’evento della fattispecie prevista al capoverso dell’art. 434 cod.pen.: momento consumativo e *dies a quo* per il computo della prescrizione.

1. Premessa.

In materia di delitto di disastro doloso, come è noto, la Corte costituzionale, con la pronuncia n. 327 del 2008, ha fornito un’interpretazione dell’espressione “altro disastro” contenuta nell’ art. 434 c.p., conforme al principio di precisione e determinatezza della legge penale sancito dall’art. 25, comma 2 Cost., ed in relazione al quale erano stati sollevati dubbi di legittimità costituzionale dell’art. 434 comma 2 cod.pen.

Premesso che il disastro innominato è “*un accadimento sì diverso, ma comunque omogeneo, sul piano delle caratteristiche strutturali, rispetto alle altre ipotesi di disastro nominate*” e deve essere concepito come *species* del *genus* disastro, delineato dalle figure delittuose comprese nel capo I del titolo VI del codice penale, è possibile, secondo l’interpretazione conforme a Costituzione scolpita nella citata pronuncia, delineare una nozione unitaria di “disastro”, i cui tratti qualificanti si apprezzano sotto un duplice e concorrente profilo: “da un lato, sul piano dimensionale, si deve essere al cospetto di un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, anche se non necessariamente immani, atto a produrre effetti dannosi gravi, complessi ed estesi, dall’altro lato, sul piano della proiezione offensiva, l’evento deve provocare – in accordo con l’oggettività giuridica delle fattispecie criminose in questione (la “pubblica incolumità”) – un pericolo per la vita o per l’integrità fisica di un numero indeterminato di persone, senza che peraltro sia richiesta anche l’effettiva verifica della morte o delle lesioni di uno o più soggetti”.

La nozione di disastro così individuata dalla Corte costituzionale corrisponde, sostanzialmente, a quella accolta dalla giurisprudenza di legittimità nel corso dell'ultimo decennio che, sebbene con rilevanti difficoltà interpretative, ha ricondotto alla figura del disastro innominato gravi ipotesi di disastro ambientale, tra cui quello della dispersione nell'ambiente di polveri di amianto o di sostanze tossiche e inquinanti, correlata a processi produttivi protrattisi per un lungo arco temporale i cui effetti si sono palesati solo successivamente in una pluralità di morti o lesioni.

In particolare persistono problematiche interpretative di diritto sostanziale e processuale collegate al delitto di cui all'art. 434 cod.pen. ed, in particolare, alla cosiddetta fattispecie di disastro innominato, prevista nel secondo periodo del primo comma del citato articolo, sia in ordine alla individuazione delle condotte riconducibili alla fattispecie incriminatrice de qua, sia in relazione alla individuazione del momento di consumazione della stessa e della, conseguente, decorrenza della prescrizione.

2. La nozione di disastro innominato” e la particolare fattispecie della immissione di fattori inquinanti.

In proposito la Suprema Corte, con la pronuncia della **Sezione I del 19 novembre 2014, n. 7941/15, Schmidhein, rv. 262788**, in fattispecie relativa alle emissioni nocive derivanti dal processo di lavorazione dell'amianto, ha ulteriormente precisato la nozione di disastro innominato, ricostruendone e delineandone caratteristiche e confini, ha chiarito la natura giuridica del reato e fornito i criteri per l'individuazione del momento consumativo dello stesso.

Per quanto concerne il primo profilo, la sentenza in esame, prende le mosse dai principi affermati dalla Corte Cost. con la sentenza n. 327 del 2008, precisando che questi debbono ritenersi riferiti anche alle fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 434 cod.pen., indicate con il termine "altro disastro". Sulla scia del percorso ermeneutico segnato dal Giudice delle leggi, pertanto, la pronuncia della Prima Sezione, afferma che il cosiddetto "disastro innominato", può essere integrato non soltanto da un macroevento di immediata manifestazione esteriore che si verifica in un arco di tempo ristretto, ma

anche dall'evento, non visivamente ed immediatamente percepibile, che si realizza in un periodo molto prolungato, ove questo produca una compromissione delle caratteristiche di sicurezza, di tutela della salute e di altri valori della persona tale da determinare una lesione della pubblica incolumità.

In tale nozione di disastro, pertanto, non rientrano soltanto i fenomeni dirompenti ed eclatanti, ma anche quelli diffusi e silenti quali l'immissioni di fattori inquinanti che, come nel caso sottoposto alla Suprema Corte, incidono sull'ecosistema e sulla composizione e qualità dell'aria respirabile, determinando imponenti processi di deterioramento, di lunga e lunghissima durata, sull'habitat umano, alla cui nociva esposizione, ogni singolo individuo, non ha possibilità di sottrarsi.

Tale approccio interpretativo troverebbe conferma, secondo i Giudici della Prima Sezione, nella *ratio* della norma e nella volontà del legislatore di riempire eventuali vuoti di tutela, così come chiaramente emerge dalla relazione del Guardasigilli ove si afferma che "la norma incriminatrice è destinata a colmare ogni eventuale lacuna, che di fronte alla multiforme varietà dei fatti possa presentarsi nelle norme concernenti la tutela della pubblica incolumità " giacché " la quotidiana esperienza dimostra come spesso le elencazioni delle leggi siano insufficienti a comprendere tutto quanto avviene, specie in vista dello sviluppo assunto dalla attività industriale e commerciale, ravvivata e trasformata incessantemente da progressi meccanici e chimici.

Inoltre il collegio – chiamato a rispondere dell'eccezione che nel caso di immissioni di fattori inquinanti, l'effetto dannoso non potrebbe considerarsi il portato di un'azione realizzata "mediante violenza", come richiesto per i delitti contemplati nel capo 1 del titolo 6 in contrapposizione rispetto a quelli del capo 2 del medesimo titolo – coglie l'occasione per chiarire che, ai fini della configurabilità dei delitti contro l'incolumità pubblica commessi mediante violenza, in contrapposizione a quelli commessi "mediante frode", è necessario e sufficiente che la condotta si realizzi mediante l'impiego "di qualsivoglia energia o mezzo, diretto o indiretto, materiale o immateriale, idoneo a superare l'opposizione della potenziale vittima e a produrre l'effetto offensivo senza la cooperazione di quella". In particolare, in relazione alla fattispecie concreta oggetto del

ricorso, la pronuncia afferma che è senz'altro riconducibile alla definizione di violenza, l'energia impiegata in un processo produttivo che libera sostanze tossiche e innesca, in tal modo, un inarrestabile fenomeno di meccanica diffusione delle stesse, alla cui esposizione non è possibile resistere.

3. La natura di reato aggravato dall'evento della fattispecie prevista dal capoverso dell'art. 434 cod. pen.: momento consumativo e dies a quo per il computo della prescrizione.

Altro profilo affrontato dalla pronuncia in esame è quello concernente la natura giuridica della fattispecie di cui al capoverso dell'art. 434, cod. pen., in particolare se si tratti di una autonoma ipotesi di reato, rispetto alla fattispecie prevista al primo comma del medesimo articolo, o se, invece, configuri un' ipotesi di reato aggravato dall'evento come, tra l'altro, ampiamente condiviso dalla giurisprudenza di legittimità.

La *quaestio iuris* riveste – in genere ma, in particolare, nella fattispecie concreta oggetto di ricorso – un' importanza rilevante, in ragione delle dirette conseguenze che la qualificazione giuridica del fatto ha sulla individuazione del momento consumativo del reato e, quindi, sulla decorrenza dei termini per il computo della prescrizione.

In merito i giudici della prima sezione hanno ribadito, conformemente ai principi affermati da S.U. n. 4694/12 del 27,ottobre 2011, Casani rv.251270, che “il criterio idoneo a distinguere le norme che prevedono circostanze da quelle che prevedono elementi costitutivi della fattispecie, è il criterio strutturale della descrizione del processo penale” e che, nella fattispecie in esame, il secondo comma dell'art. 434 cod.pen. si riporta completamente alla fattispecie descritta al comma 1 “introducendo soltanto la considerazione di un evento, ulteriore, di danno che consiste nella mera realizzazione di quello già considerato, a fini intenzionali, nel comma precedente”.

Tra le due fattispecie, conclude la Corte, intercorre un rapporto di specialità unilaterale, per specificazione o per aggiunta, nel senso che la seconda include tutti gli elementi essenziali della prima, con la specificazione o l'aggiunta di un fattore che ne aggrava la lesività e che consiste nella materiale realizzazione dell'evento già incluso,

come mera finalizzazione, nella condotta prevista dal primo comma, lasciando, altresì, immutato il bene giuridico tutelato.

Alla luce di tale principio, la sentenza afferma la natura di reato aggravato dall'evento dell'ipotesi delittuosa prevista dal capoverso dell'art. 434 cod.pen., in cui il verificarsi del disastro – da intendersi come fatto distruttivo di proporzioni straordinarie dal quale deriva pericolo per la pubblica incolumità – costituisce l'evento tipico della fattispecie e segna il momento di consumazione del reato, rispetto al quale sono da considerare effetti estranei ed ulteriori il persistere del pericolo o il suo inveramento nelle forme di una concreta lesione.

In applicazione di tale principio, quindi, la Corte ha ritenuto che la consumazione del delitto di disastro doloso, commesso mediante diffusione di emissioni derivanti dal processo di lavorazione dell'amianto, non può considerarsi protratta oltre il momento di chiusura degli stabilimenti, cioè oltre la cessazione di quella attività produttiva che, con le sue emissioni nocive, aveva determinato la contaminazione dell'ambiente lavorativo e del territorio circostante. Ne consegue che non rilevano, ai fini dell'individuazione del "*dies a quo*" per la decorrenza del termine di prescrizione, l'eventuale protrarsi degli effetti pericolosi per la pubblica incolumità né eventuali, successivi, decessi o lesioni pur riconducibili al disastro provocato dalle immissioni delle polveri e dei residui di lavorazione dell'amianto prodotti dagli stabilimenti della cui gestione erano responsabili gli imputati.

A fondamento di tale soluzione ermeneutica, tra l'altro difforme da quelle sostenute dal giudice di primo grado e dalla Corte territoriale, la pronuncia della Prima Sezione pone anche argomenti inerenti il criterio di imputazione del maggiore evento al soggetto agente, evidenziando come nella fattispecie del disastro innominato, nella sua forma aggravata, il "maggiore evento" sia previsto dal legislatore come "finalità originaria dell'agente", con la conseguenza che lo spostamento in avanti della consumazione del reato non può, comunque, spingersi oltre il momento in cui la condotta di questi "sostenga concretamente" la causazione dell'evento medesimo. In merito la sentenza precisa che non può essere dato rilievo, in tale quadro normativo, alla mancata od



incompleta bonifica dei siti colpiti dal disastro, attribuendone la penale responsabilità agli imputati a titolo di “protrazione della condotta”, perché, in tal modo, si ricostruirebbe la fattispecie in una prima fase commissiva ed una seconda omissiva, della quale non vi è traccia nella norma.



CAPITOLO V

I REATI COLPOSI NELL'ATTIVITA' MEDICO-CHIRURGICA

(ALESSANDRO D'ANDREA – PIETRO MOLINO)

SOMMARIO: 1. Premessa: la c.d. legge Balduzzi. – 2. La colpa lieve: distinzione con la colpa grave. – 3. (segue) I limiti di operatività dell'esonero da responsabilità penale. – 4. Le linee guida: la possibile insufficienza del loro rispetto. – 5. (segue) L'onere di allegazione. – 6. La c.d. colpa "relazionale".

1. Premessa: la c.d. legge Balduzzi.

Diverse sentenze della Suprema Corte hanno trattato, nel corso del 2015, la materia della colpa medica, con specifico riferimento alle problematiche interpretative determinate dall'entrata in vigore dall'art. 3 della c.d. legge Balduzzi – D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2012, n. 189 – per il quale «*L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve*».

Già in sede di prima lettura la Corte aveva svolto un'importante opera ermeneutica, resa necessaria dalle originalità caratterizzanti la nuova fattispecie, in particolare precisando che la novella esclude la rilevanza penale della colpa lieve rispetto a quelle condotte lesive che abbiano osservato linee guida o pratiche terapeutiche mediche virtuose, purché esse siano accreditate dalla comunità scientifica. E' stato puntualizzato, in proposito, che la norma ha dato luogo ad una *abolitio criminis* parziale degli artt. 589 e 590 cod. pen., avendo ristretto l'area del penalmente rilevante individuata da questi ultimi ed avendo ritagliato implicitamente due sottofattispecie, una che conserva natura penale e l'altra divenuta penalmente irrilevante (Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, Rv. 255105).

I tratti qualificanti della c.d. legge Balduzzi, tuttavia, sono stati soprattutto individuati: nella distinzione tra colpa lieve e colpa grave, per la prima volta normativamente introdotta nell'ambito della disciplina penale dell'imputazione soggettiva; nella

valorizzazione delle linee guida e delle virtuose pratiche terapeutiche, purché corroborate dal sapere scientifico.

Proprio con riferimento a questi due peculiari aspetti, quindi, sono state pronunciate le più significative sentenze della Suprema Corte nell'anno in esame, sovente in conformità a precisi filoni esegetici che già avevano iniziato ad affermarsi negli anni precedenti.

Da ultimo, sia pur nei limiti di una rappresentazione doverosamente sintetica, deve darsi conto pure di un'importante recente pronuncia in tema di causalità della colpa, nella quale è stato dato compiuto riferimento alla nuova figura giuridica della c.d. colpa "relazionale".

2. La colpa lieve: distinzione con la colpa grave.

La prima grande difficoltà interpretativa affrontata dalla Suprema Corte, in carenza di un'espressa previsione definitoria assunta dal legislatore primario, è stata quella di pervenire ad una piana determinazione del concetto di colpa grave, e di distinzione di essa dall'ipotesi soggettiva della colpa lieve, quale parametro valutativo indispensabile per operare il distinguo tra condotte penalmente rilevanti, e non, alla stregua della novellazione disposta dall'art. 3 della c.d. legge Balduzzi.

In un percorso ermeneutico certamente non semplice, ancorato all'inedita difficoltà di coniugare il dovere di rispetto del principio di tassatività a parametri soggettivi affetti, per loro natura, da contorni incerti e di non facile definizione, la Corte aveva già compiuto un importante sforzo ermeneutico nella sentenza Sez. IV, 15 aprile 2014, n. 22281, Cavallaro, Rv. 262273, nella quale aveva affermato il principio per cui si configura la colpa grave, ai sensi dell'art. 3 della legge 8 novembre 2012, n. 189, quando si è in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, come definito dalle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, tenuto conto della necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia ed alle specifiche condizioni del paziente. Il principale parametro nella graduazione della colpa, pertanto, è da individuarsi nella misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella

che era da attendersi sulla base della norma cautelare che si doveva osservare, tenuto conto delle specifiche condizioni del soggetto agente, del suo grado di specializzazione, della situazione ambientale in cui il professionista si è trovato ad operare, in una valutazione complessiva di tali indicatori (come pure di altri, quali: l'accuratezza nell'effettuazione del gesto medico, le eventuali ragioni di urgenza, l'oscurità del quadro patologico, la difficoltà di cogliere e legare le informazioni cliniche, il grado di atipicità o novità della situazione data) al fine di esprimere la conclusiva valutazione sul grado della colpa, ponendo in bilanciamento fattori anche di segno contrario. Pur nella consapevolezza della natura discrezionale della valutazione, la Corte ha conclusivamente ritenuto che si possa ragionevolmente parlare di colpa grave solo quando si sia in presenza di una deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato, come definito dalle linee guida, quando cioè il gesto tecnico risulti marcatamente distante dalle necessità di adeguamento alle peculiarità della malattia ed alle specifiche condizioni del paziente.

Nell'indicato solco interpretativo va, quindi, collocata, con riferimento all'anno in esame, la decisione **Sez. IV, 8 maggio 2015, n. 22405, Piccardo, Rv. 263736**, in cui è stata specificamente risolta la problematica relativa alla differenziazione tra la nozione di colpa lieve e quella di colpa grave, di rilievo ai sensi dell'art. 3 della c.d. legge Balduzzi.

Per la Corte, infatti, rifacendosi anche a precedenti osservazioni già incidentalmente espresse nella sentenza Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, Cantore, Rv. 255105, al fine di distinguere la colpa lieve dalla colpa grave, possono essere utilizzati i seguenti parametri valutativi della condotta tenuta dall'agente: a) la misura della divergenza tra la condotta effettivamente tenuta e quella che era da attendersi, b) la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente; c) la motivazione della condotta; d) la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa.

Una lettura congiunta degli indicati parametri valutativi, applicati al caso concreto, deve condurre l'interprete, nella sua disamina decisoria, a verificare se l'imputazione soggettiva ascrivibile all'imputato sia confinabile entro i limiti di un non grave rimprovero, qualificabile come colpa lieve, da sanzionarsi in un ambito diverso da quello

penale, ovvero sia di entità tale da imporre il ricorso al più grave strumento sanzionatorio.

Ciò ha fatto la Corte nel caso di specie, osservando come l'apprezzabilità in termini sfavorevoli di ciascuno degli indicati parametri valutativi abbia dovuto necessariamente condurre alla declaratoria di inammissibilità del ricorso, e dunque alla conferma della pronuncia di condanna dell'imputato.

3. (segue) I limiti di operatività dell'esonero da responsabilità penale.

Tra le principali difficoltà interpretative affrontate dalla giurisprudenza di legittimità, successivamente all'entrata in vigore della c.d. legge Balduzzi, si pone, certamente, quella relativa all'individuazione dei limiti di operatività dell'esonero da responsabilità penale, con specifico riferimento alle tre modalità di manifestazione della c.d. colpa generica.

Già in alcune pronunce recenti la Corte aveva limitato l'operatività dell'esonero della responsabilità penale previsto dall'art. 3 della c.d. legge Balduzzi alle sole ipotesi di responsabilità per imperizia.

Ciò, in particolare, era stato ritenuto nella sentenza Sez. IV, 24 gennaio 2013, n. 11493, Pagano, Rv. 254756 – per la quale, in tema di responsabilità medica, la limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve prevista dall'art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158 (conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189), opera soltanto per le condotte professionali conformi alle linee guida contenenti regole di perizia, ma non si estende agli errori diagnostici connotati da negligenza o imprudenza – ovvero nella pronuncia Sez. III, 4 dicembre 2013, n. 5460, p.c. in proc. Grassini, Rv. 258846 – che, allo stesso modo, ha limitato l'operatività della c.d. legge Balduzzi alla sola ipotesi in cui all'esercente la professione sanitaria venga mosso un addebito di imperizia, e non anche quando il rimprovero riguardi la violazione del dovere di diligenza e di prudenza da cui sia dipeso l'evento penalmente rilevante -.

La stessa linea esegetica, quindi, è stata consolidata dalla giurisprudenza di legittimità nell'anno in esame, pronunciando altre specifiche decisioni sul tema.

In primo luogo, la sentenza **Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 7346/2015, Sozzi e altri, Rv. 262243**, non ha ritenuto applicabile l'art. 3 l. 189/2012 al caso in giudizio, sia per aver escluso la riconducibilità dell'errore diagnostico perpetrato dagli imputati nei necessari limiti della colpa lieve, e sia, soprattutto, per avere accertato un profilo di colpa non fondato sull'imperizia dei sanitari, bensì su una loro violazione del dovere di diligenza e del rispetto delle regole di prudenza, con la conseguenza che, nel caso esaminato, *«non può [...] essere utilmente evocata l'applicazione delle linee guida che riguardano e contengono solo regole di perizia e non afferiscono ai profili di negligenza e di imprudenza. Né, trattandosi di colpa per negligenza ed imprudenza, può trovare applicazione il novum normativo di cui alla L. n. 189 del 2012, art. 3, che limita la responsabilità in caso di colpa lieve. La citata disposizione obbliga, infatti, a distinguere fra colpa lieve e colpa grave solo limitatamente ai casi nei quali si faccia questione di essersi attenuti a linee guida e solo limitatamente a questi casi viene forzata la nota chiusura della giurisprudenza che non distingue fra colpa lieve e grave nell'accertamento della colpa penale. Tale norma non può, invece, involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza, perché, come sopra sottolineato, le linee guida contengono solo regole di perizia»*.

Successivamente, quindi, la sentenza **Sez. IV, 20 marzo 2015, n. 16944, Rota, Rv. 263389** si è pronunciata nei medesimi termini, affermando, con robatoe chiarezza, che la limitazione della responsabilità, in caso di colpa lieve, prevista dall'art. 3 D.L. 13 settembre 2012, n. 158 (conv., con mod., dalla legge 8 novembre 2012, n. 189), operando soltanto per le condotte professionali conformi alle linee guida, non si estende agli errori diagnostici connotati da negligenza o imprudenza, contenendo le linee guida esclusivamente regole riguardanti la perizia.

Lo stesso principio, ancora, è stato ribadito nella decisione **Sez. IV, 27 aprile 2015, n. 26996, Caldarazzo, Rv. 263826**, nella quale è stato ulteriormente precisato che il concetto di colpa lieve previsto dall'art. 3 della c.d. legge Balduzzi si riferisce ad un'ipotesi in cui il terapeuta si sia mantenuto entro l'area astrattamente segnata dalle accreditate istruzioni scientifiche ed applicative, e tuttavia, nel corso del trattamento, abbia in qualche modo errato nell'adeguare le prescrizioni alle specificità del caso trattato. Essa obbliga, infatti, *«a distinguere fra colpa lieve e colpa grave solo limitatamente ai casi*

nei quali si faccia questione di essersi attenuti a linee guida, solo in questi casi essendo superata la nota chiusura della giurisprudenza che non distingueva fra colpa lieve e grave nell'accertamento della colpa penale. La norma è pertanto applicabile solo allorquando si discuta della "perizia" del sanitario. Essa non può, invece, involgere ipotesi di colpa per negligenza o imprudenza, posto che le linee guida contengono solo regole di perizia. Potrà dunque ritenersi non punibile, in quanto estranea all'area del penalmente rilevante quale delimitata dalla nuova disciplina, la condotta del medico caratterizzata da un non rilevante discostamento dallo standard di agire dell'agente modello, avendo attenzione alle peculiarità oggettive e soggettive del caso concreto (colpa lieve). Configurerà invece colpa grave, e quindi reato, la condotta del medico che riveli un marcato allontanamento dalle linee guida, ma anche del terapeuta che si attenga allo standard generalmente appropriato per un'affezione, trascurando i concomitanti e riconoscibili fattori di rischio, ogni qualvolta questi assumano rimarchevole, chiaro rilievo e non lascino residuare un dubbio plausibile sulla necessità di un intervento difforme e personalizzato rispetto alla peculiare condizione del paziente [...] Non varrà invece a escludere il fatto dall'area del penalmente rilevante la levità del rimprovero movibile al medico (rilevante al più solo ai fini della determinazione della pena), nel caso in cui lo stesso abbia riguardo all'inosservanza di regole di comune diligenza o prudenza».

Da ultimo, nelle decisioni **Sez. IV, 28 maggio 2015, n. 27185, Bottino, n.m.** e **Sez. IV, 9 luglio 2015, n. 32756, Giangriego**, la Corte ha nuovamente escluso che la limitazione della responsabilità prevista dalla legge n. 189 del 2012 si estenda alle condotte professionali negligenti ed imprudenti, *«anche perché è concettualmente da escludere che le linee guida e le buone prassi possano in qualche modo prendere in considerazione comportamenti professionali connotati da tali profili di colpa».*

L'indicata linea esegetica, tuttavia, non si è posta in termini univoci nel panorama giurisprudenziale della Corte, contrapponendosi ad essa una diversa, e maggiormente estensiva, interpretazione, che riconduce l'esonero di responsabilità previsto dall'art. 3 D.L. 13 settembre 2012, n. 158 (conv., con mod., dalla legge 8 novembre 2012, n. 189), anche ai casi di colpa lieve per negligenza.

Tale soluzione perché stata inizialmente prospettata nella motivazione della decisione Sez. IV, 9 ottobre 2014, n. 47289, Stefanetti, Rv. 260739, in cui è stato per la prima volta

osservato che la disciplina dell'art. 3 legge n. 189 del 2012, pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, può venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia rappresentato da quello della diligenza.

L'identica affermazione, quindi, è stata ribadita nella sentenza **Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 2168/2015, Anelli, Rv. 261764**, nella cui parte motiva è stato nuovamente precisato che, pur nella specie trattandosi di ipotesi in cui non poteva trovare applicazione l'art. 3 della c.d. legge Balduzzi, in quanto ipotesi colposa riferibile all'area dell'imprudenza – per sua natura non riconducibile all'esenzione di responsabilità connessa all'operatività delle linee guida – la disciplina di cui all'indicato art. 3, pur trovando specifico terreno di elezione nell'ambito dell'imperizia, può venire in rilievo anche nel caso in cui il parametro valutativo della condotta dell'agente sia rappresentato da quello della diligenza.

La prospettata linea esegetica, nelle precedenti pronunce espressa solo in maniera incidentale, è stata ulteriormente riaffermata e chiarita nella recente sentenza **Sez. IV, 1 luglio 2015, n. 45527, Cerracchio, Rv. 264897**, nella quale è stato testualmente affermato il principio per cui la limitazione della responsabilità in caso di colpa lieve, di cui all'art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158, conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189, pur trovando terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, può tuttavia venire in rilievo anche quando il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza.

La Corte, cioè, dopo aver precisato che la novella del 2012 ha profondamente innovato il sistema, attribuendo al grado della colpa non più solo il ruolo di parametro per la determinazione della pena, ex art. 133 cod. pen., ma anche quello di elemento di diretta incidenza nella determinazione della tipicità del fatto, ha mostrato di condividere l'interpretazione resa dal più recente orientamento interpretativo, che, per l'appunto, estende la rilevanza della colpa lieve ad ogni addebito colposo diverso dall'imprudenza.

Alla stregua della nuova legge, infatti, le linee guida accreditate dalla comunità scientifica operano come una direttiva scientifica per l'esercente le professioni sanitarie e la loro osservanza costituisce uno scudo protettivo contro istanze punitive che non trovino la loro giustificazione nella necessità di sanzionare penalmente errori gravi

commessi nel processo di adeguamento del sapere codificato alle peculiarità contingenti. Pertanto, sebbene la nuova disciplina trovi il suo terreno d'elezione nell'ambito dell'imperizia, non può, tuttavia, escludersi che le linee guida pongano regole rispetto alle quali il parametro valutativo della condotta dell'agente sia quello della diligenza, come nel caso in cui siano richieste prestazioni che riguardino più la sfera della accuratezza di compiti magari particolarmente qualificanti, che quella della adeguatezza professionale.

Peraltro, la scelta di non confinare lo spazio di valutazione della colpa grave alla sola ipotesi dell'imperizia riflette, probabilmente, anche la constatazione dello stretto intrecciarsi di tale profilo con quello della mancanza di diligenza, e della non sempre agevole identificazione dei diversi momenti nella concretezza delle fattispecie.

Ne è riprova, in qualche misura, una ulteriore pronuncia emessa nell'anno in rassegna – **Sez. IV, 23 ottobre 2014, n. 1832/2015, Ventre, 261772** – relativamente ad un intervento chirurgico praticato in regime di “day surgery” e mediante anestesia locale, a seguito di una non adeguata valutazione anestesiologicala del paziente secondo le direttive del settore, che ne avrebbero invece imposto il ricovero in regime ordinario e la sottoposizione ad anestesia generale, da cui era scaturito il decesso a seguito delle complicanze insorte e alla impossibilità di fronteggiarle in ragione dello scorretto percorso assistenziale anestesiologicalo intrapreso, anche in virtù di ulteriori e concomitanti errori nella gestione dell'evento. La fattispecie si pone in termini assolutamente emblematici, considerato che le deviazioni rispetto alle “best practices” suggerite dalla comunità scientifica in punto di classificazione anestesiologicala appaiono colorarsi tanto sul piano della imperizia che su quello della negligenza, in aggiunta ad ulteriori profili di imprudenza che già di per sé sono tali da escludere la possibile rilevanza della c.d. legge Balduzzi.

4. Le linee guida: la possibile insufficienza del loro rispetto.

Altro significativo aspetto affrontato dalla giurisprudenza di legittimità in sede di prima applicazione della disciplina introdotta dall'art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158 (conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189), è stato quello relativo alla considerazione,

ed all'interpretazione, delle linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, il cui rispetto – ex art. 3 della c.d. legge Balduzzi – induce ad escludere la configurazione della colpa grave, e dunque della responsabilità penale, dell'esercente la professione sanitaria.

La Corte ne ha anche fornito una loro specifica definizione nella sentenza Sez. IV, 5 novembre 2013, n. 18430/2014, Loiotila, Rv. 261293, prevedendo che le linee guida, di cui all'art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158 (conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189), consistono in raccomandazioni di comportamento clinico sviluppate attraverso un processo sistematico di elaborazione per coadiuvare medici e pazienti nel decidere quali siano le modalità di assistenza più appropriate in specifiche circostanze cliniche.

L'indicato disposto dell'art. 3 della c.d. legge Balduzzi, che automaticamente colloca la condotta del sanitario conforme alle linee guida in un ambito estraneo alla colpa grave, e dunque al di fuori della responsabilità penale, è stato, tuttavia, “limato” dalla successiva interpretazione della Suprema Corte, che ha individuato situazioni specifiche in cui il mero rispetto delle linee guida non garantisce l'esclusione dell'applicazione della sanzione penale.

Il principio – espresso già prima dell'intervento della novella legislativa nella sentenza Sez. IV, 11 luglio 2012, n. 35922, p.c. in proc. Ingrassia, Rv. 254618 – era stato primariamente affermato nella (già citata) sentenza Sez. IV, 5 novembre 2013, n. 18430/2014, Loiotila, Rv. 261294, in cui è stato testualmente ritenuto che il rispetto di linee guida accreditate presso la comunità scientifica non determina, di per sé, l'esonero dalla responsabilità penale del sanitario ex art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158 (conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189), dovendo comunque accertarsi se, nonostante l'osservanza di tali suggerimenti, vi sia stato un errore determinato da una condotta negligente o imprudente e se, comunque, il comportamento terapeutico appropriato avrebbe avuto una qualificata probabilità di evitare l'evento.

E' nell'anno in esame, tuttavia, che il rappresentato principio ha trovato un suo particolare consolidamento, essendo stato ribadito in alcune pronunce della Corte.

Nella prima di esse, la (già citata) **Sez. IV, 8 luglio 2014, n. 2168/2015, Anelli, Rv. 261764**, è stato precisato che perché connotata da colpa non lieve – quindi preclusiva dell’esonero previsto dall’art. 3 D.L. 13 settembre 2012, n. 158, convertito con modificazioni dalla legge 8 novembre 2012, n. 189 – la condotta del medico che si attiene a linee guida accreditate anche quando la specificità del quadro clinico del paziente imponga un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato dalle menzionate linee guida.

Facendo richiamo alle decisioni giurisprudenziali precedentemente indicate, sia antecedenti che successive all’emanazione della c.d. legge Balduzzi, la Corte ha ribadito che *«la verifica della condotta del medico ai fini dell’esenzione da colpa non può essere limitata esclusivamente all’osservanza del parametro del pedissequo rispetto delle linee guida, che non possono fornire indicazioni di valore assoluto, non potendosi ritenere che l’adeguamento o il non adeguamento del medico alle medesime escluda o determini automaticamente la colpa. Se, infatti, nel caso di condotte conformi alle linee guida, queste potranno rilevare in chiave difensiva in funzione dell’esonero dalla responsabilità, il rispetto delle linee guida non esonera da responsabilità il medico che, al di fuori dei casi di colpa lieve, non abbia tenuto conto di specificità che caratterizzavano il quadro patologico del paziente e che avrebbero dovuto indirizzare verso un percorso terapeutico diverso. È doveroso, quindi, per il giudice censurare la condotta del medico ove egli si limiti ad attenersi alle linee guida nel caso in cui la particolarità della fattispecie concreta avrebbe potuto imporre o consigliare scelte difformi da quelle codificate»*.

Nella stessa linea interpretativa si è, quindi, posta la successiva decisione **Sez. IV, 22 aprile 2015, n. 24455, Plataroti e altri, Rv. 263732**, che ha parimenti affermato che il rispetto delle linee guida accreditate presso la comunità scientifica non determina, di per sé, l’esonero dalla responsabilità penale del sanitario ai sensi dell’art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158 (conv. in legge 8 novembre 2012, n. 189), dovendosi comunque accertare se la specificità del quadro clinico del paziente imponesse un percorso terapeutico diverso rispetto a quello indicato da dette linee guida.

Nella decisione è stato osservato, in termini generali, che la prospettiva *«di contrastare la cd. Medicina difensiva mediante un indiscriminato ricorso al valore regolativo delle linee guida, non vale*

a legittimare la sottovalutazione dei non trascurabili rischi che, sul piano scientifico-culturale, si annidano in un'accentuata standardizzazione o "burocratizzazione" dell'attività medica [...] Un'esasperata procedimentalizzazione dell'attività diagnostico-terapeutica, cioè, può fatalmente indurre una pericolosa deriva "legalistica" dell'attività medica, con erosione degli spazi di discrezionalità individuale ed effetti di deresponsabilizzazione. Una simile deriva "legalistica" deve ritenersi, tuttavia, scongiurata alla luce dei principi che proprio la giurisprudenza di legittimità, anche da ultimo, ha ribadito con riguardo alle forme attraverso le quali il giudice di merito è chiamato a costruire i propri modelli di imputazione soggettiva del fatto, ossia muovendo dal confronto "critico" del parametro scientifico fornito dalle linee guida con le specificità del caso clinico, le singolarità della vicenda concreta, l'anamnesi o la storia clinica del paziente ed i motivi di originalità e irripetibilità che, con riguardo a ciascuna vicenda esistenziale esaminata, esigono dal singolo professionista piena considerazione e ineludibile rispetto». La libertà nelle scelte terapeutiche del medico, cioè, è per la Corte «un valore che non può essere a nessun livello compromesso, pena la degradazione del sanitario a livello di semplice burocrate, con gravi rischi per la salute di tutti. L'idea da sostenere perché quella secondo cui il presupposto per il contenimento della risposta sanzionatoria, sul piano penale, si giustifica non già per effetto dell'astratta conformità del comportamento medico a una regola positivizzata, bensì in ragione dell'adeguamento della condotta del medico ai parametri della più elevata qualificazione sul piano scientifico».

La posizione ha, poi, trovato ulteriore esplicitazione in due arresti non oggetto di massimazione, e cioè nelle decisioni: **Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 16405, Siotto** – in cui è stato ribadito che, pur svolgendo un ruolo importante quale atto di indirizzo per il medico, le linee guida, anche quando provenienti da fonti autorevoli, conformi alle regole della miglior scienza medica e non ispirate ad esclusiva logica di economicità, non possono assurgere al rango di fonti di regole cautelari codificate, rientranti nel paradigma dell'art. 43 cod. pen. (leggi, regolamenti, ordini o discipline), non essendo né tassative né vincolanti e, comunque, non potendo prevalere sulla libertà del medico, sempre tenuto a scegliere la migliore soluzione per il paziente -; e **Sez. IV, 7 maggio 2015, n. 34295, Curzio** – in cui la Corte ha nuovamente affermato che in ragione dell'art. 3 della legge 189 del 2012, che produce effetti già sul piano della delimitazione della tipicità del fatto,

il giudizio di responsabilità presuppone *«che l'accusa dimostri che il sanitario non abbia osservato le linee guida o le buone pratiche terapeutiche accreditate dal sapere scientifico pur dovendo attenersi ad esse, ovvero che le abbia osservate pur dovendosene discostare in ragione della particolarità del caso, ovvero, quando di esse sia stato, come doveva osservante, che egli sia ciò non di meno incorso in colpa»* -.

5. (segue) L'onere di allegazione.

Le linee guida accreditate dalla comunità scientifica sono state oggetto di considerazione da parte della Suprema Corte anche sotto un altro interessante profilo, afferente alla specifica valenza probatoria che le medesime possono in concreto assumere. Rispetto ad esse, infatti, è stata configurata la ricorrenza di un vero e proprio onere di allegazione posto a carico dell'imputato nelle circostanze in cui questi se ne voglia avvalere per ottenere l'esonero di responsabilità sancito dall'art. 3 della c.d. legge Balduzzi.

L'esistenza di un simile onere di allegazione era già stato affermato, per la prima volta, nella pronuncia Sez. IV, 8 ottobre 2013, n. 7951/2014, Fiorito e altro, Rv. 259333, nella quale il Collegio aveva disatteso l'asserzione difensiva riguardante il presunto rispetto, nella fattispecie, delle regole di diligenza e dei previsti protocolli ufficiali, perché ritenuta una mera enunciazione di carattere formale, priva di obiettivo riscontro, in carenza dell'allegazione delle linee guida cui la condotta degli imputati si sarebbe concretamente conformata.

Per la Corte, infatti, l'allegazione delle linee guida costituisce un presupposto necessario ai fini della verifica della correttezza e delle scientificità delle stesse, in quanto solo nel caso di linee guida conformi alle regole della migliore scienza medica ne è possibile un loro utilizzo quale parametro per l'accertamento dei profili di colpa ravvisabili nella condotta del medico, ed attraverso le indicazioni dalle stesse fornite diviene possibile per il giudicante – eventualmente avvalendosi dell'ausilio di consulenze tecniche – valutare la conformità ad esse della condotta del medico per escluderne i profili di colpa.

Nell'anno in esame, quindi, il principio è stato oggetto di espressa riaffermazione nella sentenza **Sez. IV, 18 dicembre 2014, n. 21243/2015, Pulcini, Rv. 263493**, che ha ribadito come, ai fini dell'applicazione della causa di esonero da responsabilità prevista dall'art. 3 del D.L. 13 settembre 2012, n. 158, come modificato dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, sia necessaria l'allegazione delle linee guida cui il medico assume aver conformato la sua condotta, al fine di consentire al giudice di verificare: a) la correttezza e l'accreditamento presso la comunità scientifica delle pratiche mediche indicate dalla difesa; b) l'effettiva conformità ad esse della condotta tenuta dal medico nel caso in esame.

In applicazione del principio indicato, la Corte ha escluso l'esonero da responsabilità dell'imputato, non solo per aver rilevato un elemento soggettivo qualificabile oltre gli indispensabili limiti della colpa lieve, quanto, soprattutto, per aver ravvisato una carenza di specificità della formulazione difensiva del ricorrente, limitatosi ad invocare la generica rilevanza delle linee guida che presidiano lo svolgimento dell'attività medico chirurgica, secondo le indicazioni della legge n. 189 del 2012, senza la necessaria indicazione, in termini puntuali, delle presunte linee guida alle quali la sua condotta si sarebbe conformata (in senso conforme, in motivazione, si è espressa anche **Sez. IV, 21 novembre 2014, n. 26985/2015, Fontana**).

6. La c.d. colpa “relazionale”.

Parzialmente esulando dal filo conduttore che sino ad ora ha collegato le diverse pronunce giurisprudenziali indicate, l'ultima decisione del 2015 oggetto di rappresentazione, pur pronunciata in relazione ad una fattispecie di colpa medica (responsabilità dell'ostetrica per la morte di un bambino nato affetto da gravi patologie conseguenti ad un parto tardivo, per avere la stessa omesso di allertare tempestivamente i medici di guardia dei segnali di sofferenza fetale del nascituro registrati dal “tracciato”), non si riferisce all'analisi dell'incidenza che in essa assumono i parametri normativi introdotti dalla c.d. legge Balduzzi, ma riguarda la diversa figura della c.d. colpa “relazionale”.

La sentenza **Sez. IV, 2 luglio 2015, n. 31244, Meschiari, Rv. 264358**, infatti, ha affermato il principio per cui, in tema di causalità della colpa, quando la ricostruzione del comportamento alternativo lecito idoneo ad impedire l'evento deve essere compiuta nella prospettiva dell'interazione tra più soggetti, sui quali incombe l'obbligo di adempiere allo stesso "dovere" o a "doveri" tra loro collegati, la valutazione della condotta di colui che è tenuto ad attivare altri va effettuata assumendo che il soggetto che da esso sarebbe stato attivato avrebbe agito correttamente, in conformità al parametro dell'agente "modello".

La Corte ha esplicitato, con ricostruzione approfondita e chiara, come la valutazione della rilevanza causale della condotta omissiva contestata all'imputata dovesse essere valutata facendo richiamo al quadro teorico della c.d. causalità della colpa, rispetto al quale valgono i principi generalmente condivisi, in dottrina e in giurisprudenza, in tema di colpa c.d. "relazionale", *«ossia là dove la ricostruzione del comportamento alternativo lecito sia condotta (non già in un contesto monosoggettivo, bensì) nella prospettiva dell'interazione (e dunque della "relazione") tra due o più soggetti.*

Le esemplificazioni di scuola alludono, al riguardo, a tutte quelle situazioni in cui il comportamento alternativo lecito avrebbe dovuto tradursi nella sollecitazione, nella segnalazione o, comunque, nel coinvolgimento di ulteriori soggetti, che a loro volta avrebbero dovuto attivarsi, in base a doveri "divisi" o "comuni" (quindi operando in via autonoma ovvero interagendo con altri) secondo le prescrizioni di ulteriori regole cautelari (si pensi, ad esempio, alla cooperazione colposa, al concorso di cause colpose indipendenti, alla delega di funzioni, al principio di affidamento e ai relativi limiti nei settori della circolazione stradale o dell'attività medico-chirurgica in equipe). In tali casi, l'ipotetico comportamento alternativo lecito non incide (per definizione) in maniera diretta su fattori biologici, meccanici, o comunque naturali (innescando immediatamente – sia pure in via congetturale – un decorso causale stricto sensu inteso, diverso da quello realmente verificatosi), proiettandosi in una duplice dinamica ipotetica, destinata a tener conto, sia delle (ipotetiche) reazioni comportamentali dei soggetti che avrebbero dovuto interagire, sia degli (ipotetici) effetti concreti delle condotte che quei medesimi soggetti avrebbero dovuto realizzare.



In tali casi, l'ascrizione normativa dell'evento colposo, in quanto concretamente evitabile, non poggierà sulla prospettazione ipotetica di decorsi causali governati da leggi scientifiche (nessuna legge scientifica potendo spiegare come si sarebbero comportati altri soggetti, chiamati ad interagire nel caso concreto), bensì assumendo che il soggetto che sarebbe stato attivato dal comportamento alternativo lecito avrebbe agito correttamente». Tale valutazione dovrà, quindi, essere condotta secondo parametri standardizzati (evocando più l'agente "modello", che quello "in carne ed ossa" destinato in ipotesi a fornire il proprio apporto), con la conseguente sostanziale irrilevanza del possibile dubbio circa l'inutilità o addirittura la dannosità in concreto del (negligente) apporto altrui.



SEZIONE III

REATI DELLA LEGISLAZIONE SPECIALE

CAPITOLO I

LA RILEVANZA DELLE FALSE VALUTAZIONI AI FINI DELLA CONFIGURABILITÀ DEL REATO DI CUI ALL'ART. 2621 COD. CIV.

(PIETRO SILVESTRI)

SOMMARIO: 1. La riformulazione della false comunicazioni sociali. Cenni. - 2. La nozione di “fatto” oggetto della falsa comunicazione e le valutazioni di bilancio: la questione. - 3. Il dato testuale delle norme e il sintagma “ancorchè oggetto di valutazioni”. - 4. Le modifiche apportate dal legislatore del 2015. - 4.1. (segue). La sentenza della Quinta Sezione della Corte di cassazione n. 33774 del 16 giugno 2015.- 4.2. (segue). La tesi dottrinale che esclude la rilevanza del fatto valutativo. - 4.3. (segue). Gli effetti di tale impostazione.- 5. La tesi secondo cui i nuovi artt. 2621-2622 cod. civ. consentono di attribuire rilevanza al c.d. falso valutativo. - 5.1. (segue). Le argomentazioni legate al dato letterale della disposizione di legge; il significato delle parole “fatti materiali”. - 5.2. (segue). La valenza della eliminazione del sintagma “ancorchè oggetto di valutazioni”. - 5.3. (segue). Sul valore della mancata modifica dell'art. 2638 cod. civ. - 5.4. Le conclusioni che se ne fanno derivare. -5.5. Le argomentazioni di tipo sistematico: la rilevanza penale della valutazione e le clausole generali di redazione del bilancio. - 6. La notizia di decisione del 12 novembre 2015.

1. LA RIFORMULAZIONE DELLA FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI. CENNI.

Il nuovo assetto dei reati di false comunicazioni sociali a seguito entrata in vigore della legge 27 maggio 2015, n. 69, è costituito da due fattispecie incriminatrici (artt. 2621 e 2622), configurate entrambe come reati di pericolo e differenziate alla luce della tipologia societaria, e da due norme (artt. 2621 bis e 2621 ter) riferite solo all'art. 2621 e contenenti una cornice di pena più mite per i fatti di “lieve entità” e una causa di non punibilità per la loro “particolare tenuità”.

È stata confermata l'architettura a “piramide punitiva” degli illeciti in materia di false comunicazioni sociali, ma la struttura dell'impianto è fondata da soli delitti, essendosi

abbandonato il modello contravvenzionale che caratterizzava la previgente incriminazione contenuta nell'art. 2621 cod. civ. per le aziende non quotate in Borsa, nonché l'illecito amministrativo introdotto nel 2005 all'interno delle figure in questione (legge 28 dicembre 2005, n. 262).

Al livello più basso della piramide si pongono le due meno gravi figure delittuose dei fatti di lieve entità (art. 2621-*bis* cod. civ.), la cui cornice edittale è da sei mesi a tre anni di reclusione; per la seconda ipotesi di lieve entità, basata sul concetto di imprenditore commerciale non fallibile, è altresì stabilita la procedibilità a querela della società, soci e altri destinatari della comunicazione sociale.

Al gradino intermedio è stato collocato il delitto di false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 cod. civ.

Al vertice della piramide è posto l'art. 2622 cod. civ., con riferimento alle società quotate in Italia o in altri mercati regolamentati dell'Unione Europea (l'art. 2622, comma 2, cod. civ. equipara alle citate società quotate altre tipologie: le società che hanno fatto richiesta di ammissione alla Borsa, le società che emettono strumenti finanziari in un sistema multilaterale di negoziazione, le società controllanti e quelle che fanno appello al pubblico risparmio o lo gestiscono).

La condotta del “nuovo” art. 2621 cod. civ. consiste nella esposizione *“nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, (...) fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero”* o di omettere *“fatti materiali rilevanti la cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore”*.

In sintesi: i **«fatti materiali»**, non ulteriormente qualificati, sono l'oggetto tipico della sola condotta di esposizione contemplata dall'art. 2622 cod. civ.; diversamente i **«fatti materiali rilevanti»** costituiscono l'oggetto tipico dell'omessa esposizione nel medesimo art. 2622 cod. civ. e rappresentano anche l'oggetto della condotta tipica – sia nella forma commissiva, sia nella forma omissiva – nell'art. 2621 cod. civ.

In posizione centrale delle condotte tipiche vi è ancora il concetto di “**fatti materiali**”, ma, a differenza della previgente formulazione, è venuto meno l’inciso «ancorché oggetto di valutazioni».

I “fatti materiali” – oggetto nei tre veicoli (bilanci, relazioni, comunicazioni sociali) della falsità commissiva/omissiva – devono essere connotati altresì sul piano oggettivo della tipicità dal requisito della “idoneità a indurre in errore”, e sul piano soggettivo della tipicità, dal requisito della “consapevolezza” e dalla finalità di conseguire un “ingiusto profitto”.

2. LA NOZIONE DI “FATTO” OGGETTO DELLA FALSA COMUNICAZIONE E LE VALUTAZIONI DI BILANCIO: LA QUESTIONE .

Il tema attiene al se la nozione di fatto, cui gli artt. 2621 e 2622 cod. civ. fanno riferimento, ricomprenda nell’area punitiva della norma incriminatrice soltanto i dati oggettivi della realtà sensibile, oppure possono essere false anche le valutazioni di bilancio, ossia le stime di valore contabile in esso contenute.

La soluzione che si intenda fornire alla questione produce effetti di indubbio rilievo anche in ordine alla configurazione del delitto di bancarotta impropria di cui all’art. 223, comma 2 n. 1, l. fall., atteso che escludere o meno la rilevanza della valutazioni dalla nozione di falsa comunicazione sociale significa restringere o lasciare inalterato l’ambito applicativo della norma appena richiamata.

È noto come gli enunciati descrittivi, che hanno ad oggetto dati della realtà esteriore, siano solitamente distinti da quelli valutativi, che attengono, invece, a giudizi ed a valutazioni.

Dell’enunciato descrittivo si può verificare se corrisponda o meno ai fatti, laddove, invece, dell’enunciato valutativo non si può in astratto ripetere l’operazione, perché, si sostiene, questo è privo del valore di verità, e, quindi, non può dirsi né vero, né falso.

Il problema è stato più volte esaminato in giurisprudenza soprattutto con riguardo alla teoria generale del falso, e, nello specifico, in relazione alla configurabilità della

falsità ideologica nell'ipotesi di atto a contenuto dispositivo, come, a titolo esemplificativo, nelle diagnosi e valutazioni compiute dai medici.

Senza alcuna pretesa di esaustività, sul tema è consolidato il principio secondo cui se il giudizio del pubblico ufficiale espresso sulla base di una libera scelta dei criteri di valutazione è assolutamente discrezionale il documento che lo rappresenta non è destinato a provare la verità di alcun fatto, mentre, invece, nel caso in cui l'atto faccia riferimento implicito a previsioni normative che dettano criteri di valutazione, si è in presenza di quella che, in sede amministrativa, si denomina discrezionalità tecnica, che cioè vincola la valutazione ad una verifica: l'atto può essere obiettivamente falso se il giudizio del pubblico ufficiale, che è di conformità, non risponde ai parametri cui è implicitamente vincolato (Cfr., fra le altre, **Sez. F, 4 agosto 2015, n. 39843, Di Napoli, Rv. 264364**; Sez. V, 22 giugno 2013, n. 35104, R.C. Istituto Città Studi, Baldini e altri, Rv. 257124; Sez. II, 11 ottobre 2012, n. 1417/13, Platamone, Rv. 254305; Sez. V, 24 gennaio 2007 n. 15773, Marigliano; più in generale, Sez. V, 25 settembre 2006, n.38153, Bianco, Rv. 236039; Sez. V, 30 novembre 1999 n. 1004, Moro, Rv. 215744; Sez. V, 17 novembre 1999 n. 14283, Pinto ed altri, Rv. 216123; Sez. V, 9 febbraio 1999 n.3552, Andronico, Rv. 213366).

La coppia concettuale falsità materiale/falsità ideologica sulla quale è costruita la disciplina codicistica del falso documentale (artt. 476 ss. cod. pen.) si intreccia così con il binomio fatti materiali/valutazioni di bilancio concernente l'interrogativo-chiave di ogni interpretazione della fattispecie oggettiva del delitto di false comunicazioni sociali.

3. IL DATO TESTUALE DELLE NORME E IL SINTAGMA “ANCORCHÈ OGGETTO DI VALUTAZIONI”.

Sul piano testuale, si è transitati dalla locuzione “fatti falsi” che compariva sia nel codice di commercio Zanardelli del 1882, a quella «fatti non rispondenti al vero» impiegata dal legislatore del 1942, per approdare alla formulazione del decreto legislativo 11 aprile 2002, n. 61 «fatti materiali non rispondenti al vero ancorché oggetto di valutazioni» (la medesima espressione è stata inserita dal citato d. lgs. n. 61 anche nel

delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza di cui all'art. 2638 cod. civ.), e, infine si è giunti alla formula «fatti materiali (rilevanti) non rispondenti al vero» della legge n. 69 del 2015.

In particolare, l'art. 2621, n. 1, cod. civ. nella sua versione antecedente alla riforma del 2002, puniva l'esposizione di *“fatti non rispondenti al vero sulle condizioni economiche della società”*, cosicché da sempre la dottrina si era interrogata in merito alla rilevanza delle valutazioni presenti in un bilancio, domandandosi se, ed, eventualmente, quando, le stesse potessero essere qualificate come *“false”*.

Risultò di gran lunga prevalente l'opinione di coloro che ritennero che pure le valutazioni potessero rientrare nel generico concetto di *“fatti”*, sostenendone quindi la rilevanza penale.

Numerosi furono gli argomenti spesi a favore di tale soluzione: si osservò, ad esempio, come il discrimine tra i concetti di *“fatto”* o di *“esposizione di un fatto”* e di *“valutazione”* non sia *“per nulla nitido e preciso così come lo si è voluto prospettare, ma si appalesi all'incontro oltremodo labile, se non addirittura evanescente”*. Ancora, sempre in tale ottica, venne rilevato come tutte le valutazioni possono ad un certo momento sembrare anche esposizioni di fatti materiali, come pure in ogni dichiarazione di fatti si può vedere nascosta una valutazione.

L'argomento probabilmente dirimente per attribuire rilevanza anche alle valutazioni muoveva da una constatazione: assodato che quasi tutte le voci di bilancio sono frutto di una qualche valutazione, laddove si fosse accolta una interpretazione restrittiva del termine *“fatti”* si sarebbe pervenuti ad un'evidente *interpretatio abrogans* della fattispecie penale, il che –come fu fatto autorevolmente osservare– avrebbe dovuto essere una *“ratio extrema, cui non è lecito ricorrere se non quando non sia possibile battere altra via”*.

Sul fronte della applicazione giurisprudenziale, in particolare, da un lato, si riproposero le contrapposizioni dottrinali, dall'altro, si pervenne ad un orientamento prevalente che riferiva la fattispecie di cui all'art. 2621 n. 1 cod. civ. alle valutazioni contenute nei bilanci solo in via d'eccezione alla regola della loro generale irrilevanza. Le ipotesi in presenza delle quali, ad opinione della giurisprudenza, era possibile derogare

all'interpretazione sistematica della fattispecie - che escludeva, appunto, dal novero dei "fatti non rispondenti al vero" le valutazioni - consistevano in quelle in cui la valutazione fosse a tal punto lontana dalla "realtà" economico/contabile della società da apparire assolutamente irragionevole. L'elaborazione del criterio della ragionevolezza, quale *discrimen* tra la eccezionale rilevanza e la irrilevanza penale delle valutazioni di bilancio, avvenuta dapprima in modo piuttosto graduale, ha rappresentato nel tempo una svolta negli orientamenti giurisprudenziali relativi alle false comunicazioni sociali: ogniqualvolta la assoluta carenza di ragionevolezza dell'apprezzamento discrezionale sfociasse in artificio, la valutazione veniva considerata alla stregua di un "fatto" e, dunque, penalmente rilevante (tra le prime pronunce che adottarono espressamente questo criterio, si segnalano Sez. V, 25 maggio 1993, Corborsiero e altro, Rv. 194877; Sez. V, 10 agosto 2000, n. 8984, Patrucco ed altri, Rv. 217767)

Prima della riforma del 2002, quindi, la tesi maggioritaria e la giurisprudenza predominante identificavano la valutazione di bilancio mendace con la valutazione compiuta discostandosi dai criteri previsti dalla normativa civilistica, *in primis* dall'art. 2426 cod. civ. Pertanto, sembrava divenire falsa comunicazione sociale qualsiasi trasgressione alla normativa civilistica, salvo introdurre il filtro della "irragionevolezza" della valutazione affinché questa potesse essere ritenuta davvero confliggente con il criterio valutativo previsto dal codice civile.

E tuttavia, sulla strada tracciata da Coloro che avevano studiato ed approfondito questo problema sotto la vigenza del codice di commercio, parte della dottrina, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice civile, sostenne l'impossibilità di includere nella nozione di "fatto" le valutazioni: ora motivando questa interpretazione della norma sulla differenziazione tra "semplici valutazioni" e valutazioni che celassero "un'esposizione di fatti falsi", ora facendo leva sulla teoria dell'adeguatezza sociale, come criterio di individuazione dei fatti penalmente rilevanti, secondo il quale le valutazioni non sarebbero state percepite come gravemente antisociali, ora partendo da un'analisi comparativa della disposizione con le norme del Libro II del Codice penale, nelle quali

sono espressamente sanzionate le "opinioni" dell'agente (in particolare l'art. 373 cod. pen.)

Come detto, la riforma del 2002 comportò una parziale rivisitazione della condotta incriminata, con attribuzione di rilevanza penale all'esposizione di "*fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni*".

Un ausilio alla comprensione dell'effettivo significato della formula legislativa fu rinvenuto non solo nei lavori preparatori e nel Progetto Mirone, dal quale la riforma in commento molto aveva mutuato, ma anche dall'analisi della stessa legge di delega e dai possibili spunti che da questa si potevano trarre.

In primo luogo, è opportuno osservare che l'espressione "*fatti materiali ancorché oggetto di valutazioni*" comparve nel panorama legislativo per la prima volta nella relazione al Progetto Mirone, nella parte in cui si forniva una spiegazione del termine "*informazioni*", utilizzato dai redattori del Progetto in luogo di "*fatti*".

Nella relazione si spiegava come si sarebbe dovuto interpretare il termine "*informazioni*", affermando che avrebbe dovuto essere sempre riferito a fatti materiali, ancorché oggetto di valutazioni, esulando dall'ambito della fattispecie le sole previsioni, i soli pronostici, l'enunciazione di progetti o simili: ossia valutazioni di natura schiettamente soggettiva, con le quali non sarebbe stato compatibile un giudizio basato sull'antitesi vero-falso.

Il termine "informazioni" equivaleva a quello "fatti materiali, ancorché oggetto di valutazioni".

Inoltre, nella stessa legge delega per la riforma del diritto societario 3 ottobre 2001 n. 366, comparve espressamente il termine "*informazioni*", utilizzato in luogo dell'espressione "*fatti materiali*", laddove il legislatore delegante specificò che le *«informazioni false od omesse devono essere rilevanti e tali da alterare sensibilmente la rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società»*.

Se nel Progetto Mirone, ispiratore della riforma del 2002, il riferimento al termine "informazioni" ed al carattere materiale dei fatti esposti era funzionale all'esclusione del rilievo penale solo di tutti quegli apprezzamenti "schiettamente" soggettivi, pur

rinvenibili nei bilanci societari, ma insuscettibili di una considerazione in termini di verità-falsità, proprio la indubbia analogia terminologica con la legge delega poneva in evidenza come, in effetti, il testo del 2002 potesse avere lo scopo di escludere dall'ambito di applicazione delle fattispecie solo i pronostici, i progetti, le dichiarazioni di intenti, le previsioni, *et similia*.

Per maggiore completezza occorre segnalare anche la circostanza che nella legge delega la condotta omissiva fosse specificata nel senso che i soggetti attivi dovessero omettere informazioni relative alla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo, circostanza, questa, che contribuiva a far ritenere che nell'intenzione del legislatore delegante, l'espressione facente riferimento ai fatti materiali, andasse intesa nel senso di informazione, nel significato prospettato dalla relazione al Progetto Mirone.

Le previsioni relative alle valutazioni estimative, di cui al primo ed ultimo comma delle due disposizioni del 2002, avrebbero dovuto dunque essere lette non solo in connessione reciproca, ma anche alla luce della formulazione della stessa legge di delega, nonché dei lavori dai quali la riforma aveva indubbiamente tratto spunti rilevanti, così da poter fondatamente concludere per una diretta inclusione nell'alveo delle fattispecie delle ipotesi di false valutazioni.

D'altro canto, nell'analisi del nuovo riferimento alla natura materiale dei fatti non rispondenti al vero, oggetto dell'esposizione penalmente rilevante, era stato autorevolmente sostenuto in dottrina che la funzione dell'espressione "fatti materiali" fosse obiettivamente quella di restringere l'ambito oggettivo della nuova disposizione, senza alcun riferimento, però, alla possibilità di ritenere escluse le ipotesi di false valutazioni in dipendenza di tale richiamo.

Si affermò quindi che la riforma del 2002, mediante l'inserimento della connotazione dei fatti come "materiali", non avesse sottratto dall'ambito di operatività della incriminazione le valutazioni di bilancio.

Si assunse che a due argomenti doveva essere riconosciuta rilevante valenza.

Il primo di natura letterale-interpretativo fondato su due sottoargomenti e cioè, da una parte la sostanziale equiparazione del termine “fatti” a quello “informazioni”, e, dall'altra, la necessità di interpretare la proposizione introdotta dalla congiunzione “ancorché”, in senso concessivo “anche se i fatti materiali siano oggetto di valutazioni”.

Il secondo argomento fu di natura sistematica ed ineriva alla previsione di soglie quantitative che stabilivano i parametri di consistenza penale dell'attività valutativa nella redazione del bilancio (in particolare, la “franchigia” del 10% che impone di non considerare penalmente illecite le valutazioni contenute entro questo *range*).

Con la formula «ancorché oggetto di valutazioni» il legislatore, si sostenne, avrebbe voluto chiarire, esplicitandolo nella struttura linguistica della disposizione, che pure la falsità nelle valutazioni di bilancio era penalmente rilevante: si trattava, secondo tale impostazione, solo di una chiarificazione linguistica (presente, peraltro, anche nel testo della incriminazione in materia di ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza da parte di autorità pubbliche, art. 2638 cod. civ.

4. LE MODIFICHE APPORTATE DAL LEGISLATORE DEL 2015.

Con riferimento ai “nuovi” artt. 2621- 2622 cod. civ., così come sostituiti dall'art. 9 della l. 27 maggio 2015, n. 69, si è già detto di come il legislatore abbia tipizzato il mendacio facendo riferimento ai “*fatti materiali*”, eliminando il sintagma “*ancorché oggetto di valutazioni*”.

Tale dato deve essere poi posto in connessione con la circostanza che in un primo momento il disegno di legge n. 19 prevedeva di attribuire rilevanza alle “*informazioni*” false e non ai “*fatti*”.

4.1. (SEGUE). LA SENTENZA DELLA QUINTA SEZIONE DELLA CORTE DI CASSAZIONE N. 33774 DEL 16 GIUGNO 2015.

In tale contesto ricostruttivo si colloca **Sez. V, 16 giugno 2015 n. 33774, Crespi, Rv. 264868**, che in questa sede si intende richiamare brevemente, così massimata: “*In tema di bancarotta fraudolenta impropria "da reato societario", di cui all'art. 223, secondo comma, n. 1, R.D.*

16 marzo 1942 n. 267, la nuova formulazione degli artt. 2621 e 2622 cod. civ., introdotta dalla L. 27 maggio 2015, n. 69, ha determinato - eliminando l'inciso "ancorchè oggetto di valutazioni", ed inserendo il riferimento, quale oggetto anche della condotta omissiva, ai "fatti materiali non rispondenti al vero" - una successione di leggi con effetto abrogativo, peraltro limitato alle condotte di errata valutazione di una realtà effettivamente sussistente. (In applicazione del principio, la S.C. ha ritenuto escluse dall'effetto parzialmente abrogativo l'esposizione di crediti inesistenti perché originati da contratti fittizi, l'esposizione di crediti concernenti i ricavi di competenza dell'esercizio successivo, l'esposizione di crediti relativi ad una fattura emessa per operazioni inesistenti)"

Nell'occasione la Corte di cassazione ha affermato che "il dato testuale e il confronto con la previgente formulazione degli artt. 2621 e 2622, come si è visto in una disarmonia con il diritto penale tributario e con l'art. 2638 cod. civ., sono elementi indicativi della reale volontà legislativa di far venir meno la punibilità dei falsi valutativi?".

A fondamento di tale affermazione, si è ritenuto che:

- il legislatore del 2015 abbia ripreso la formula utilizzata dal legislatore del 2002 "fatti materiali", diversa da quella "fatti" contenuta nell'originario art. 2621 cod. civ., per circoscrivere l'oggetto della condotta attiva, privandola però del riferimento alle valutazioni e provvedendo contestualmente a replicarla anche nella definizione di quello della condotta omissiva, in relazione alla quale il testo previgente faceva invece riferimento alle «informazioni»;

- in un primo momento, il disegno di legge n. 19 prevedeva di attribuire rilevanza alle "informazioni" false, adottando così un'espressione lessicale idonea a ricomprendere le valutazioni, sicchè proprio tale mutamento sarebbe espressivo della intenzione legislativa di escludere la rilevanza penale del c.d. falso valutativo.

- l'espressione "fatti materiali non corrispondenti al vero" era stata già utilizzata dalla legge 15 maggio 1991, n. 154 per circoscrivere l'oggetto del reato di frode fiscale di cui all'art. 4 lett. f) della legge 7 agosto 1982, n. 516, con il chiaro intento di escludere dall'incriminazione le valutazioni relative alle componenti attive e passive del reddito dichiarato. Il citato art. 4, lett. f), puniva infatti l'utilizzazione di "documenti attestanti fatti materiali non corrispondenti al vero", nonché il compimento di "comportamenti fraudolenti idonei

ad ostacolare l'accertamento di fatti materiali". Si è assunto che "pacificamente una tale formulazione del dato normativo comportava l'irrilevanza penale di qualsiasi valutazione recepita nella dichiarazione dei redditi, in quanto ciò fu conseguenza di una scelta legislativa ben esplicitata nel disegno di legge e con la quale si vollero evitare conseguenze penali da valutazioni inadeguate o comunque in qualche modo discutibili alla luce della complessa normativa tributaria".

- i testi riformati degli artt. 2621 e 2622 si inseriscono in un contesto normativo che vede ancora un esplicito riferimento alle *valutazioni* nell'art. 2638 cod. civ. (Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza). Tale disposizione continua infatti a punire i medesimi soggetti attivi ("gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori di società...") dei reati di cui agli artt. 2621 e 2622 che, nelle comunicazioni dirette alle autorità pubbliche di vigilanza, *"espongono fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni"*. Secondo la Corte *"una lettura ancorata al canone interpretativo "ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit" non può trascurare la circostanza dell'inserimento di modifiche normative in un sistema che riguarda la rilevanza penale delle attività societarie con una non giustificata differenziazione dell'estensione della condotta tipizzata in paralleli ambiti operativi, quali sono quelli degli articoli 2621 e 2622 cod. civ., da una parte, e art. 2638 cod. civ, dall'altra, norme che, sebbene tutelino beni giuridici diversi, sono tutte finalizzate a sanzionare la frode nell'adempimento dei doveri informativi?"*.

4.2. (SEGUE). LA TESI DOTTRINALE CHE ESCLUDE LA RILEVANZA DEL FATTO VALUTATIVO.

Una parte dei primi commentatori dei novellati artt. 2621- 2622 cod. civ., nell'affermare la sopravvenuta estraneità del c.d. fatto valutativo rispetto all'oggetto delle nuove false comunicazioni sociali, ha sostanzialmente valorizzato le stesse argomentazioni cui la Corte di cassazione ha fatto riferimento nella sentenza indicata.

Il passaggio *tout court* alla tipizzazione del mendacio che abbia ad oggetto i (soli) *"fatti materiali"* pare, secondo tale indirizzo, davvero porre termine alla risalente *querelle* per

erigere un argine all'attribuzione di rilevanza penale a qualsivoglia procedimento valutativo.

Se, infatti, si è visto quanto aspro fosse il dibattito allorquando la norma (prima del 2002) attribuiva rilevanza ai soli “*fatti*”, è chiaro che, secondo la tesi in esame, l'impiego ora dell'aggettivo “*materiali*”, andrebbe inequivocabilmente interpretato nel senso di escludere ogni sorta di valutazione dalla sfera applicativa della fattispecie, e ciò tanto più ove si consideri che, in un primo momento, il disegno di legge n. 1921 prevedesse, come già detto, di attribuire rilevanza alle “*informazioni*” false, adottando così un'espressione lessicale indubbiamente più idonea, si sostiene, a ricomprendere le valutazioni.

L'esplicito cambio di rotta nella formulazione della fattispecie sarebbe quindi indicativo di una opzione interpretativa impossibile da ignorare.

Si è altresì evidenziato come il legislatore non sia nuovo all'utilizzo di una siffatta terminologia: in tale senso si fa riferimento proprio all'ipotesi di frode fiscale prevista dall'art. 4, lett. *f*), della L. n. 516 del 1982, così come modificata dalla L. n. 154 del 1991, a norma della quale veniva punita l'utilizzazione di “*documenti attestanti fatti materiali non corrispondenti al vero*”, nonché il compimento di “*comportamenti fraudolenti idonei ad ostacolare l'accertamento di fatti materiali*”.

Una tale formulazione del dato normativo comportava l'irrilevanza penale di qualsiasi valutazione, anche se assurda, recepita nella dichiarazione dei redditi.

Dunque, la locuzione utilizzata dal legislatore sarebbe particolarmente collaudata, perlomeno in tutte quelle che ne sono le limitazioni, cosicché risulterebbe davvero pregno di significato il passaggio dai “*fatti*” previsti dal legislatore del 1942 agli odierni “*fatti materiali*”, espressamente lasciati orfani di quell'aggancio alle “*valutazioni*”, che, invece, aveva voluto il legislatore del 2002, anche ricorrendo all'esplicita previsione di una soglia di punibilità calibrata proprio su di esse (art. 2621, co. 4, cod. civ., nonché art. 2622, co. 8, cod. civ.).

4.3. (SEGUE). GLI EFFETTI DI TALE IMPOSTAZIONE.

Sulla base di tali considerazioni, attenta dottrina si è chiesta quali siano le concrete possibilità applicative di una fattispecie di false comunicazioni sociali che rinunci a punire le valutazioni di bilancio.

Si è fatto riferimento alle fasi del processo di valutazione, evidenziando come: 1) “*una valutazione dev’essere naturalmente valutazione di qualcosa*”, sicchè per poter effettuare una valutazione, di conseguenza, deve esistere una realtà (materiale o anche solo giuridica quale un rapporto obbligatorio) da valutare; 2) l’ultimo momento della valutazione – nel senso ristretto che qui interessa di “*valutazione di bilancio*” – è dato dall’associazione di una grandezza numerica a ciò che si vuole valutare, ossia la *misurazione*, la *quantificazione* della realtà oggetto di valutazione.

Si è chiarito come tra questi due elementi (risultato finale della valutazione e realtà dalla quale questa muove) vi sia l’insieme di regole, di principi, di ipotesi: vi sia, cioè, il *procedimento* attraverso il quale avviene l’associazione di una grandezza numerica alla realtà sottostante.

Si è evidenziato testualmente come, ove ci si soffermasse sul modello di stato patrimoniale previsto dall’art. 2424 cod. civ., sarebbe facilmente constatabile che la stragrande maggioranza delle poste *ivi* contemplate è frutto di procedimenti valutativi, peraltro esplicitamente disciplinati (soprattutto) dall’art. 2426 cod. civ.

Si afferma che: “certamente valutative, infatti, sono le poste accese ai crediti, laddove il criterio da applicare è quello del presumibile valore di realizzo (art. 2426, n. 8). Ma valutative sono le immobilizzazioni materiali, quantomeno con riferimento alla procedura di ammortamento alla quale devono essere sottoposte e che è parametrata alla loro “*residua possibilità di utilizzazione*” (art. 2426, n. 2). Valutative sono le immobilizzazioni immateriali –*rectius* gli oneri pluriennali– a partire dai criteri che inducono gli amministratori a qualificare come tali determinati costi in quanto ritenuti forieri di utilità future. E certamente valutativo è il procedimento di ammortamento anche di codesti *assets*, tra i quali spicca –nella prassi– quell’avviamento che non di rado

diviene protagonista proprio delle censure mosse all'attendibilità di un bilancio (e si veda l'art. 2426, n. 6). Ma oggetto di valutazione sono le rimanenze (art. 2426, n. 9), le partecipazioni (art. 2426, n. 4), persino il capitale sociale quando sia stato formato attraverso conferimenti in natura. Ed oggetto di valutazione sono gli accantonamenti per rischi ed oneri futuri (art. 2424 *bis*, n. 3), spesso “dimenticati” o sottostimati da imprese in difficoltà che, per evitare l'affiorare di perdite consistenti, omettono di stanziare fondi adeguati. Solo parzialmente diverso appare lo scenario se si volge lo sguardo al conto economico di cui all'art. 2425 cod. civ.: accanto a valori espressione (peraltro non sempre) di “*fatti materiali*”, come i ricavi ed i costi (a patto di astrarre da ratei, risconti, fatture da emettere e da ricevere, poste in valuta, ecc., tutte grandezze oggetto di stima), vi sono le poste *irriducibilmente* figlie di valutazioni: gli ammortamenti, gli accantonamenti a fondi rischi, le variazioni di rimanenze, le rivalutazioni e le svalutazioni di cespiti, solo per citare alcuni degli esempi più evidenti”.

La conclusione cui si giunge pare è quella per cui: “se non tutte, perlomeno la quasi totalità delle poste di bilancio altro non è se non il punto di arrivo di altrettanti procedimenti valutativi e, quindi, non può essere in alcun modo ricondotta nell'alveo dei fatti materiali. Ciò soprattutto con riferimento a quelle poste che, come insegna la prassi, più frequentemente sono oggetto di mendacio”.

Tutto ciò sarebbe, secondo la dottrina in esame, estraneo alle nuove comunicazioni sociali.

5. LA TESI SECONDO CUI I NUOVI ARTT. 2621-2622 COD. CIV. CONSENTONO DI ATTRIBUIRE RILEVANZA AL C.D. FALSO VALUTATIVO.

La tesi secondo cui con i nuovi artt. 2621- 2622 cod. civ. non sarebbe più possibile attribuire rilievo penale ai fatti valutativi è stato oggetto di serrata rivisitazione critica.

Si sono al riguardo valorizzate, da una parte, argomentazioni legate al dato letterale della legge, e, dall'altra, argomentazioni di tipo sistematico.

5.1. (SEGUE). LE ARGOMENTAZIONI LEGATE AL DATO LETTERALE DELLA DISPOSIZIONE DI LEGGE. IL SIGNIFICATO DELLE PAROLE: “FATTI MATERIALI”.

Quanto al significato della locuzione “*fatti materiali*”, lo snodo sembra essere quello concernente l’uso del termine «*fatti*», soprattutto se all’aggettivo «*materiali*» si attribuisce il significato proprio, che tende quindi a rafforzare il riferimento alla concretezza della “cosa della natura” .

L’aggiunta dell’aggettivo “materiali” sarebbe, secondo l’altro indirizzo interpretativo, espressione della volontà di non attribuire rilievo alle valutazioni.

Si è tuttavia posto in evidenza che:

- l’intenzione del legislatore, qualsiasi essa fosse al momento dell’attuale intervento, non può di per sé sola valere a superare il dato ricavabile dalla norma nella sua lettura sistematica, posto che, il riscontro letterale non ha, di norma, un effetto preclusivo, né, nella specie, appare preclusivo di altra interpretazione;

- il termine “*fatto*” compariva già nell’art. 2621 cod. civ. preesistente alla riforma del 2002 e, al riguardo, sostanzialmente non si dubitava dell’esattezza dell’insegnamento per il quale detto termine «*sottintende un’esigenza di specificità e concretezza che consenta una verifica di conformità al vero..... non sono fatti gli apprezzamenti puramente qualitativi, a meno che nel contesto del discorso siano traducibili in dati oggettivi, come tali verificabili. Non possono invece contrapporsi ai fatti le valutazioni di bilancio, espressive di componenti patrimoniali di cui non è dato negare la consistenza economica (...). Le previsioni sono fatti in quanto attualizzate nella valutazione di cespiti (...). o nella rappresentazione di potenzialità di anticipato impatto economico (...). La prospettazione di sviluppi futuri (...) non vale come fatto; ma sono fatti gli indici tratti dall’andamento aziendale che supportano le previsioni. Sono fatti anche i programmi aziendali, purché non meramente ipotetici, ma consolidati in precise strategie d’impresa in atto o allo studio*»;

- tali conclusioni sono state recepite anche dalla riflessione giuridica maturata a quasi dieci anni dalle modifiche del 2002: «*il richiamo al fatto materiale ha solo la portata di escludere le opinioni di natura soggettiva, i pronostici, le previsioni, ma non certo quelli che sono i dati di realtà sulla base dei quali le opinioni, i pronostici o le previsioni sono elaborati ed offerti e dai quali traggono la loro attendibilità*».

Sulla base di tali presupposti si è affermato che le parole «*fatti materiali*» e, più precisamente, l'apposizione dell'aggettivo “*material?*” non contribuiscono in alcun modo a dettagliare il significato del termine “*fatti?*”, il cui campo semantico rimane comunque invariato.

Il sintagma «*fatti materiali*» esprimerebbe, si assume, una aggettivazione che rimanda al meccanismo dell'endiadi senza però che ne consegua una specificazione sul versante connotativo.

Si evidenzia che la nozione di fatto rimane eguale, sia che si arricchisca il termine con l'aggettivo che ne rafforza la valenza, sia che tale componente grammaticale non compaia non avendo senso, nel contesto di riferimento ove il sintagma si colloca (il linguaggio giuridico), parlare, ad esempio, di “fatti immateriali” o di “fatti spirituali”.

Secondo l'impostazione in esame l'espressione “fatti materiali” equivarrebbe a “fatti”.

Di ciò, l'impossibilità di far discendere alcun argomento a sostegno della tesi della sopravvenuta irrilevanza della valutazioni, atteso che, come detto, dubbi non sussistevano sulla loro valenza sotto la vigenza del testo precedente alla modifica del 2002.

Né, si sostiene, a restituire una qualche valenza all'aggettivo impiegato dal riformatore del 2002 (e oggi mantenuto) sta la verosimile genesi della locuzione, derivante dalla traduzione della formula di matrice anglosassone “*material fact?*”.

Si argomenta che la conversione del termine “*material fact?*” in «*fatti materiali*» non andrebbe oltre l'assonanza e ne disperderebbe il significato originario: il termine “*material?*” sarebbe per vero correttamente riferibile ad un fatto o ad una circostanza solo in quanto rilevante per una decisione.

Secondo la dottrina, “*material?*” non equivarrebbe al termine *materiale*, come sinonimo di *reale* o *tangibile*, atteso che in tal senso il termine sarebbe sostanzialmente inutile in quanto coincidente con il termine fatto, ma varrebbe come *significativo* o *rilevante*, nel senso di significatività o rilevanza dell'informazione, in grado cioè di orientare le scelte di azione del destinatario del documento falso.

Il termine “*material*” fungerebbe da criterio selettivo e distintivo rispetto a elementi di dettaglio, come tali non significativi, irrilevanti e non importanti.

5.2 (SEGUE). LA VALENZA DELLA ELIMINAZIONE DEL SINTAGMA “ANCORCHÈ OGGETTO DI VALUTAZIONI”.

Quanto al significato da attribuire alla eliminazione del sintagma “ancorchè oggetto di valutazioni”, si è evidenziato che:

- tale espressione fu ritenuta, dalla dottrina più autorevole, sin dalla sua introduzione “*frutto di una superfetazione che nulla aggiunge e nulla toglie ai "fatti" di cui al previgente art. 2621 n. 1 c.c.*» e che, soprattutto, «*nell'economia delle nuove fattispecie [id est: quelle post-riforma del 2002] la locuzione “fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazioni” finisce col risultare in tutto e per tutto equivalente alla tradizionale espressione “fatti non rispondenti al vero”*»;

- l'ambivalenza e la non decisività del sintagma traeva essenzialmente origine dal duplice valore attribuibile alla congiunzione «*ancorché*», verosimilmente impiegata dal legislatore del 2002 per espungere, anche in quel caso, le valutazioni dalla fattispecie delle false comunicazioni sociali, tanto che, si osserva, la dottrina si era impegnata a spiegare che così non era (anche se poteva apparire), perché «*l'uso delle due contrapposte espressioni [id est: “fatti materiali” e “ancorché oggetto di valutazioni”] ha, tuttavia, qui solo la funzione di esplicitare la punibilità delle valutazioni*»;

- proprio l'ambiguità della clausola normativa finì con l'essere funzionale ad una interpretazione rivolta al complessivo contenuto della disposizione incriminatrice, autorizzando la conclusione che «*il richiamo al fatto materiale ha solo la portata di escludere le opinioni di natura soggettiva, i pronostici, le previsioni*», tanto da legittimare l'osservazione per quale «*la vecchia formula [id est: "fatti non rispondenti al vero", che compariva nell'art. 2621 c.c. ante riforma 2002] diceva, in modo più semplice, le stesse cose*»;

- il valore semantico della clausola in questione era o pressoché nullo, in quanto nessun incremento apportava al sintagma che lo precedeva, ovvero meramente confermativo dell'approdo ermeneutico cui erano giunte dottrina e giurisprudenza

maggioritarie con riguardo alla omologa clausola presente nell'art. 2621 cod. civ. in vigore fino alla riforma del 2002;

- (si afferma testualmente che) per attribuire alla mera non riproduzione della formula «*ancorché oggetto di valutazioni*» il significato della portata pretesa dalla tesi che intende far discendere dalla eliminazione del sintagma la irrilevanza delle valutazioni, bisognerebbe dar per accertata una condizione ulteriore, necessaria e tuttavia di per sé non sufficiente, quella, cioè, che alla clausola in discorso fosse (stato) attribuito dall'ermeneutica delle previgenti disposizioni contenuto semantico pregnante, univoco e certo: ma nessuno di tali requisiti assisteva la formula in questione.

In conseguenza, trarre dalla soppressione del più volte ricordato inciso un argomento per ritenere che le nuove figure d'incriminazione delle false comunicazioni sociali non possano aver riguardo alle valutazioni appare, secondo l'impostazione in esame, soluzione interpretativa azzardata; si sostiene che per perseguirla occorrerebbe, infatti, attribuire alla “formula” un significato che non poteva esserle riconosciuto e che, invero, le era stato negato dopo i primi tentennamenti esegetici.

5.3. (SEGUE). SUL VALORE DELLA MANCATA MODIFICA DELL'ART. 2638 COD. CIV.

Quanto al valore segnaletico derivante dalla mancata modifica dell'art. 2638 cod. civ., si è evidenziato come proprio in relazione alla norma indicata, la Corte di Cassazione abbia in passato chiarito che il reato era configurabile anche nel caso in cui la falsità fosse contenuta in giudizi estimativi delle poste di bilancio, “*atteso che dal novero dei "fatti materiali", indicati dall'attuale norma incriminatrice come possibile oggetto della falsità, vanno escluse soltanto le previsioni o congetture prospettate come tali, vale a dire quali apprezzamenti di carattere squisitamente soggettivo, e l'espressione, riferita agli stessi fatti, "ancorché oggetto di valutazioni", va intesa in senso concessivo, per cui, in ultima analisi, l'oggetto della vigente norma incriminatrice viene a corrispondere a quello della precedente, che prevedeva come reato la comunicazione all'autorità di vigilanza di "fatti non corrispondenti al vero".* (Sez. V, 28 settembre 2005, n. 44702, Mangiapane e altri, Rv. 232535, in cui, in applicazione di tale principio, la Corte annullò la decisione di merito che aveva escluso la configurabilità del reato in un caso in

cui la falsità era stata ravvisata nella dolosa sopravvalutazione della posta di bilancio di un istituto bancario relativa ai crediti vantati nei confronti della clientela per avvenuta concessione di mutui e risultati, in effetti, di difficile o impossibile recupero; nello stesso senso recentemente, Sez. V, 7 dicembre 2012, n. 49362, Banco e altri).

Nell'occasione la Corte di cassazione affermò che l'espressione “fatti materiali, ancorchè oggetto di valutazioni” coincideva con quella “fatti non corrispondenti al vero”, cioè, sostanzialmente con il testo dell'originario art. 2621 cod. civ., così obiettivamente fornendo un riscontro alle tesi dottrinarie, di cui si è detto, che da subito ritennero il sintagma introdotto con la l. n. 61 del 2002 una superfetazione inutile.

Chiarito ciò, si è altresì evidenziata la sostanziale impossibilità di trarre dalla mancata riformulazione dell'art. 2638 cod. civ. un argomento a sostegno della tesi secondo cui l'espunzione del sintagma “ancorchè oggetto di valutazioni” dai nuovi artt. 2621- 2622 cod. civ. sarebbe sintomatica solo per detti reati della volontà di non attribuire rilievo alle valutazioni, atteso che:

1) l'art. 2638 cod. civ. ha obiettività giuridica ben diversa da quella delle false comunicazioni sociali e se ne distingue anche sul versante strutturale;

2) l'intero *iter* legislativo, che ha portato alle nuove disposizioni qui esaminate, è stato sempre ed esclusivamente circoscritto alle false comunicazioni sociali, senza che mai alcuna delle altre fattispecie (anche quelle maggiormente prossime fra i reati societari) sia stata oggetto dell'interesse riformatore.

5.4. LE CONCLUSIONI CHE SE NE FANNO DERIVARE.

Secondo la tesi in esame, le considerazioni conseguenti alla lunga ricostruzione effettuata sono nel senso che:

a) dovendo escludersi la possibilità di accordare alla non riproposizione del sintagma «*ancorché oggetto di valutazioni*» una qualsiasi valenza idonea ad eliminare le valutazioni dall'ambito di applicabilità delle nuove disposizioni in materia di false comunicazioni sociali;

b) dovendo escludersi la possibilità di attribuire alla locuzione “fatti materiali” un significato più restrittivo sia rispetto a quello di “fatti”;

c) dovendo escludersi la possibilità di attribuire alla locuzione “fatti materiali” un significato selettivo rispetto a quello di “informazioni”

il riferimento ermeneutico più affidabile rimane quello elaborato sotto la vigenza dell’originario dettato dell’art. 2621 cod. civ. e cioè, che : *«si ha falsità penalmente rilevante solo nei casi in cui le informazioni (offerte dal bilancio) sono il frutto di una valutazione che falsifica o l’entità quantitativa del dato di riferimento (...) oppure (o anche, poiché sono possibilità non alternative) lo valuta impiegando un criterio difforme da quello dichiarato e oggi trova normalmente riscontro nella nota integrativa, in contrappunto alle disposizioni di legge».*

In tal senso l’aggettivo «*materiali*» non apporterebbe alla fattispecie un contributo semantico tale da mutare intrinsecamente il senso contenutistico del sintagma e avrebbe solo l’effetto di escludere le sole opinioni di natura soggettiva, le previsioni, i pronostici (quelle operazioni che nella lettura aziendalistica vengono denominate le stime di bilancio congetturali).

5.5. LE ARGOMENTAZIONI DI TIPO SISTEMATICO: LA RILEVANZA PENALE DELLA VALUTAZIONE E LE CLAUSOLE GENERALI DI REDAZIONE DEL BILANCIO.

La dottrina, ritenuto non decisivo esaminare il tema solo attraverso la comparazione delle diverse formule succedutesi negli anni, ha fatto riferimento anche a considerazioni sistematiche più generali, rilevando testualmente che:

- il bilancio è costituito quasi del tutto da valutazioni e si basa su un metodo convenzionale di rappresentazione numerica dei fatti attinenti alla gestione dell’impresa;

- la maggior parte dei numeri che devono essere appostati in bilancio si riferisce non a grandezze certe, bensì solo stimate;

- è quindi inevitabile la rilevanza penale della valutazione degli elementi di bilancio, essendo la sua funzione principale quella di indicare il valore del patrimonio sociale al fine di proteggere i terzi che entrano in rapporto con la società, e costituendo il

patrimonio sociale la garanzia per i creditori (e più in generale la misura di questa garanzia per i terzi); nonché per i soci (soprattutto di minoranza) lo strumento legale di informazione contabile sull'andamento della compagine sociale;

- la riforma civilistica della disciplina legislativa del bilancio del 1991 avrebbe definitivamente confermato la finalità di obiettiva informazione attribuita al documento di bilancio che investe sia la composizione sia il valore del patrimonio della società, insieme all'entità e alle modalità di produzione degli utili e delle perdite;

- la formazione del bilancio, quindi, implica necessariamente– oltre all'individuazione dei beni, dei costi e dei ricavi da iscriversi nel conto economico – la determinazione dei valori da attribuire ai singoli elementi del patrimonio;

- nel bilancio confluiscono “dati certi” (ad es., costo di acquisto), “dati stimati” (ad es., presumibile prezzo di acquisto) e “dati congetturali” (ad es., determinazione delle quote di ammortamento);

- non si può non tener conto, per l'esatta interpretazione della fattispecie di false comunicazioni sociali, delle cosiddette regole generali per la redazione del bilancio, cioè, del principio di chiarezza e di quello di rappresentazione veritiera e corretta;

- il principio di chiarezza opera all'interno delle disposizioni che disciplinano la struttura e il contenuto del bilancio, mentre, invece, il principio di verità e correttezza nell'ambito delle previsioni legislative che stabiliscono i criteri di valutazione dei diversi cespiti patrimoniali. La chiarezza dell'informazione e la rappresentazione veritiera e corretta della complessiva situazione costituiscono delle autentiche “clausole generali” che integrano e completano la relativa disciplina di dettaglio;

- la rappresentazione veritiera e corretta opera dunque con riferimento alla congruità e attendibilità della valutazione di bilancio. È un canone di comportamento per il redattore del bilancio che deve individuare tra i valori attribuibili alle varie poste quello che meglio realizza le finalità di informazione sulla situazione della società ed effettuare la scelta il più possibile conforme a verità.

In tale contesto si afferma che veritiero vuol dire che gli amministratori non sono tenuti a una verità oggettiva di bilancio, impossibile da raggiungere per i dati stimati, ma

impone a quest'ultimi di indicare il valore di quei dati che meglio risponde alla finalità e agli interessi che l'ordinamento vuole tutelare.

Si afferma che il bilancio è “vero” non già perché rappresenti fedelmente l'obiettivo realtà aziendale sottostante, bensì perché si conforma a quanto stabilito dalle prescrizioni legali in proposito. Si tratta di un “vero legale” stante la presenza di una disciplina legislativa che assegna valore cogente a determinate soluzioni elaborate dalla tecnica ragionieristica.

La decisione circa la falsità di una valutazione di bilancio, rilevante ai sensi delle nuove figure di falso in bilancio, dipende dal rispetto dei criteri legali di redazione del bilancio.

In tal senso, nella giurisprudenza di legittimità si è affermato che la veridicità o falsità delle componenti del bilancio va valutata in relazione alla loro corrispondenza ai criteri di legge e non alle enunciazioni “realistiche” con le quali vengono indicate (Sez. V, 16 dicembre 1994, n. 234, Canavesio, Rv. 200451).

6. La notizia di decisione del 12 novembre 2015.

In tale contesto si pone la notizia che la V Sezione penale della Corte di cassazione all'udienza del 12 novembre 2015 ha esaminato la questione “se, a seguito della modifica dell'art. 2621 cod. civ., introdotta dall'art. 9 della legge 27 maggio 2015, n. 69 anche mediante la soppressione dell'inciso “ancorchè oggetto di valutazione”, il falso c.d. valutativo sia tuttora punibile”.

A tale questione la Corte ha dato risposta affermativa chiarendo che “nell'art. 2621 cod. civ. il riferimento ai “fatti materiali” quali i possibili oggetto di un a falsa rappresentazione della realtà non vale ad escludere la rilevanza penale degli enunciati valutativi, che sono anch'essi predicabili di falsità quando violino criteri di valutazione predeterminati o esibiti in una comunicazione sociale. Infatti, quando intervengano in contesti che implicano l'accettazione di parametri valutativi normativamente determinati o, comunque, tecnicamente indiscussi, gli enunciati valutativi sono idonei ad assolvere una funzione informativa e possono dirsi falsi”.

CAPITOLO II

AGGRAVAMENTO DEL DISSESTO E CONFIGURABILITÀ DEL REATO DI BANCAROTTA FRAUDOLENTA SOCIETARIA

(PIETRO SILVESTRI)

SOMMARIO: 1. La bancarotta impropria da reato societario. Cenni. - 2. Il rapporto tra l'attività illecita e il dissesto della società. - 2.1. (segue) La giurisprudenza della Corte di Cassazione. - 3. La tesi secondo cui ai fini del delitto previsto dall'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall., l'aggravamento del dissesto sarebbe irrilevante.

1. La bancarotta impropria da reato societario. Cenni.

Con l'art. 4 del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, il legislatore è significativamente intervenuto sull'originaria formulazione del reato di bancarotta societaria, apportando alla fattispecie due rilevanti modifiche: una diversa elencazione dei reati presupposto che possono costituire bancarotta fraudolenta impropria e l'esplicita previsione di un collegamento causale tra la loro realizzazione ed il dissesto della società, che viene così a rappresentare l'evento materiale del reato fallimentare.

Si tratta di un reato complesso, rispetto al quale un reato societario, tra quelli espressamente previsti dal legislatore ed assunto come elemento costitutivo, deve essere causa o concausa del dissesto dell'impresa.

Secondo una lettura offerta dalla giurisprudenza in tema di falso in bilancio, la relativa fattispecie assume rilievo non per l'intrinseca falsità della comunicazione sociale ma per la sua idoneità a provocare il dissesto dell'impresa: il nesso causale tra la falsa comunicazione ed il dissesto societario di cui all'art. 223 l. fall. È un elemento fondamentale della fattispecie, che ne determina la punibilità.

In tale prospettiva, l'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall. – nel suo testo originario, istituendo una sorta di “cordone ombelicale” tra i due settori portanti del diritto penale dell'impresa – prevedeva l'automatica “trasformazione” in bancarotta fraudolenta dei



“fatti” integrativi di una serie di reati societari, ove seguiti dal fallimento della società. La disposizione si era esposta a numerose censure, anche sul piano del rispetto dei principi costituzionali di uguaglianza, offensività, colpevolezza e proporzionalità della pena: e ciò sia nella parte in cui – alla stregua dell’orientamento dominante in giurisprudenza – connetteva l’anzidetta “trasformazione” alla mera successione cronologica tra illecito societario e fallimento, a prescindere da ogni collegamento di ordine causale e psicologico; sia in rapporto alla selezione degli illeciti richiamati, che – effettuata senza alcun decifrabile algoritmo – comprendeva anche violazioni di ridotta gravità o, comunque, del tutto “slegate” dall’oggettività giuridica della bancarotta.

Il risultato era quello di prefigurare “impennate sanzionatorie” apparentemente prive d’ogni sostrato razionale.

La riforma del 2002, ridisegnando la fattispecie in esame, originariamente costruita come reato di pericolo, in un reato con evento di danno — identificato nel dissesto — ed escludendo dal novero dei reati presupposto quelle “ipotesi penali societarie che non sembrano presentare alcuna affinità offensiva con il reato fallimentare”, oltre ad omogeneizzare il rapporto tra reati societari e bancarotta fraudolenta, ha realizzato “una progressione di tutela” che dalla protezione del capitale sociale giunge alla protezione degli interessi dei creditori.

Con l’entrata in vigore del d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61, affinché risulti integrata l’ipotesi di bancarotta impropria non è più sufficiente la commissione di uno dei reati societari selezionati dalla fattispecie in connessione semplicemente temporale con una sentenza di fallimento, atteso che nel nuovo assetto normativo il reato si configura quale condotta del delitto fallimentare, condotta che, pertanto, deve risultare eziologicamente collegata all’evento sostanziale, rappresentato dal dissesto dell’imprenditore, costituito dall’eccedenza del passivo sull’attivo: più specificatamente, il medesimo reato societario deve rilevare quale condotta volta a provocare il dissesto della società.

2. Il rapporto tra l'attività illecita e il dissesto della società.

Il profilo più problematico della riforma attiene alla corretta definizione delle modalità in cui deve articolarsi il rapporto fra l'attività illecita ed il dissesto della società, per potersi rinvenire un nesso causale penalmente rilevante fra le due entità”.

Secondo la dottrina maggioritaria ed il consolidato indirizzo giurisprudenziale, la nuova formulazione dell'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall., non prevede che il fatto integrante il reato presupposto sia stato l'unico a determinare lo stato di decozione della società, atteso che, ai fini della sussistenza della fattispecie in esame, è sufficiente che sia stato uno dei fattori causali che abbiano determinato l'evento.

Si fa notare come lo stato di dissesto dell'azienda non consista nella semplice crisi economica della stessa, ma è la condizione patrimoniale della società come accertata nella sentenza di fallimento, per cui il dissesto di cui fa menzione la disposizione in parola va identificato nella insolvenza accertata e dichiarata dall'autorità giurisdizionale che dichiara il fallimento, ed è rispetto a questa entità economica che va valutata l'incidenza della condotta illecita realizzata dagli amministratori, sindaci, liquidatori, ecc.; di conseguenza, se da un lato non può dirsi esistente uno stato di dissesto – se non nel senso generico, ed irrilevante ai sensi dell'art. 223, comma 2, n. 1, di crisi economica e finanziaria dell'impresa – senza una sentenza giudiziale che ne accerti la consistenza e l'importo, dall'altro, deve ritenersi che il nesso causale penalmente rilevante è quello corrente fra la condotta vietata e l'insolvenza accertata nella sentenza giudiziale sicché l'aggravamento di uno stato di crisi economica dell'azienda equivale a produrre un “nuovo” stato di dissesto – ovvero il dissesto penalmente rilevante giacché è quello che compare nella sentenza di fallimento.

2.1. (segue) La giurisprudenza della Corte di Cassazione.

L'orientamento consolidato della Corte di cassazione argomenta nel senso che, ai fini della configurabilità della bancarotta da reato societario, rilevano anche le condotte che abbiano concorso a cagionare il dissesto, sia aggravando l'effetto di cause preesistenti, che inserendosi in una serie di fattori intervenuti anche successivamente.

Tale principio è fondato non solo sul dato letterale, quanto, soprattutto, sull'applicazione dei principi generali in tema di causalità e sulla naturale progressività dei fenomeni determinativi del dissesto di un'impresa; in questo senso “l'aggravamento del passivo è solo un ulteriore dato concorrente” alla realizzazione del dissesto, fino a quando non venga “accertato” – nella sua definitiva consistenza – il dissesto ai fini della procedura concorsuale”.

Secondo la Corte, il concetto di *dissesto* rilevante in ambito penale fallimentare, deve essere inteso non tanto come «una condizione di generico disordine dell'attività della società, quanto una situazione di squilibrio economico patrimoniale progressivo ed ingravescente, che, se non fronteggiata con opportuni provvedimenti o con la presa d'atto dell'impossibilità di proseguire l'attività, può comportare l'aggravamento inarrestabile della situazione debitoria, con conseguente incremento del danno che l'inevitabile, e non evitata, insolvenza finisce per procurare alla massa dei creditori». (Sez. V, 25 maggio 2011, n. 32899, Mapelli, rv. 250934).

Con numerose sentenze, la Corte di Cassazione ha ritenuto che “ il reato in questione sussiste anche nell'ipotesi in cui la condotta di una delle anzidette persone abbia aggravato una situazione di dissesto già esistente (Sez. V, 28 marzo 2003, n. 19806, Negro ed altri, Rv. 224947; Sez. V, 16 ottobre 2013, n. 8413/14, Besurga, Rv. 259051; Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 17021, Garuti e altro, Rv. 255090; Sez. V, 12 aprile 2013, n. 28508, Mannino, Rv.255575; Sez. V, 18 giugno 2014, n. 42811, Ferrante, rv. 261759; nello stesso senso, nell'ambito di un'articolata motivazione, **Sez. V, 23 marzo 2015, n. 37555, Romano**).

Si è in particolare chiarito che il fenomeno del dissesto non si esprime istantaneamente, ma con progressione e durata nel tempo, tanto da essere suscettibile di misurazione (Sez. V, 4 marzo 2010, n. 16259, Chini, Rv.247254), e che la situazione rilevante è il dissesto come effettivamente concretizzatosi al momento della formale apertura della procedura concorsuale, rimanendo dunque irrilevante che, al momento della consumazione della condotta e della produzione dei suoi effetti, già fosse in atto una situazione di dissesto sulla quale la medesima condotta incide solo aggravandola.

La Corte ha peraltro in più occasioni escluso, ai fini dell'asserita irrilevanza del mero aggravamento del dissesto, la decisività dell'argomento correlato alla diversa formulazione delle fattispecie descritte, rispettivamente, negli artt. 223 e 224 l. fall.

Una tale ipotesi ricostruttiva alternativa, fondata sulla valorizzazione del dato letterale delle norme richiamate, dovrebbe indurre alla conclusione secondo cui soltanto l'art. 224, e non anche l'art. 223, sanziona l'aggravamento del dissesto – ivi espressamente richiamato-, laddove, invece, l'art. 223 esigerebbe, quale evento del reato, necessariamente la causazione del dissesto, con la conseguenza che l'aggravamento resterebbe privo di punizione.

La Corte di cassazione ha, sotto un primo profilo, chiarito come tale interpretazione presenti già in sé una nota di irragionevolezza, lasciando ingiustificatamente orfana di sanzione penale una condotta comunque incidente sullo stato di dissesto mediante l'aggravamento dello stesso.

Sotto altro profilo, si è evidenziato come il dato testuale delle disposizioni richiamate appaia in contrasto con un'interpretazione sistematica della norma che tenga conto della disciplina del concorso di cause di cui all'art. 41 cod. pen., in ossequio alla quale assumono rilievo ai fini della responsabilità per bancarotta fraudolenta impropria anche le condotte successive alla irreversibilità del dissesto, in quanto sia il richiamo alla rilevanza delle cause successive, espressamente contenuto nella norma predetta – che disciplina il legame eziologico tra il comportamento illecito e l'evento -, sia la circostanza per cui il fenomeno del dissesto non si esprime istantaneamente, ma con progressione e durata nel tempo, assegnano influenza ad ogni condotta che incida, aggravandolo, su uno stato di dissesto già maturato (**Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613/15, Geronzi, Rv. 263803**; Sez. V, n. 16259 del 4 marzo 2010, Chini, Rv. 247254).

Assume la Corte di cassazione che la differente formulazione delle due norme (art. 223, comma 2, n. 1, nell'attuale formulazione dettata con d. lgs. N. 61 del 2002 e art. 224) appare verosimilmente ascrivibile alla loro redazione in tempi diversi, circostanza, questa, che può giustificare il mancato richiamo espresso in quella più recente

all'aggravamento del dissesto, comunque sottinteso in base ai principi generali sul concorso di cause sopra richiamati.

Di rilievo sul tema appaiono, in particolare:

- Sez. V, 11 gennaio 2013, n. 17021, Garuti, Rv. 255089, secondo cui « integra il reato di bancarotta impropria da reato societario l'amministratore che, attraverso mendaci appostazioni nei bilanci, simuli un inesistente stato di solidità della società, consentendo così alla stessa di ottenere nuovi finanziamenti bancari ed ulteriori forniture, giacché agevolando in tal modo l'aumento dell'esposizione debitoria della fallita, determina l'aggravamento del suo dissesto», che costituisce un caso esemplare di come l'aggravamento del dissesto possa conseguire ad operazioni di mera rappresentazione di valori contabili.

- Sez. V, 12 aprile 2013, n. 28508, Mannino, Rv. 255575, che afferma la sussistenza del reato di bancarotta impropria da reato societario con l'esposizione nel bilancio di dati non veri al fine di occultare la sostanziale perdita del capitale sociale, « evitando così che si palesasse la necessità di procedere al suo rifinanziamento o alla liquidazione della società, provvedimenti la cui mancata adozione determinava l'aggravamento del dissesto di quest'ultima » (nello stesso senso, Sez. V, 18 giugno 2014, n. 42811, Ferrante, Rv. 261759).

Secondo la Corte, “ essendo possibile una variazione quantitativa dell'insolvenza, e cioè potendo *questa essere maggiore o minore, il dissesto deve considerarsi cagionato dal soggetto non solo quando senza la condotta di costui non si sarebbe verificato, ma altresì quando sarebbe stato minore, vale a dire, allorché la condotta medesima ne ha determinato un aggravamento*”.

In tale quadro di riferimento si colloca l'affermazione giurisprudenziale secondo cui la fattispecie di mancata tempestiva richiesta di fallimento prevista dalla l. fall., art. 217, n. 4, mira ad evitare che l'esercizio dell'impresa possa prolungare lo stato di perdita.

Oggetto di punizione è il semplice ritardo nell'instaurare la concorsualità, a prescindere dalla rimproverabilità di comportamenti ulteriori che siano in qualche modo concorsi nell'aggravamento del dissesto: in altri termini, per la sussistenza del reato non è richiesto che l'imprenditore abbia colpevolmente determinato tale aggravamento anche

in modo diverso, essendo sufficiente che lo stesso aggravamento costituisca il naturale esito del prolungamento dell'attività dell'impresa, di per sé considerato idoneo dalla norma incriminatrice a produrre tale esito anche solo, ad esempio, attraverso l'ulteriore accumulo dei costi ordinari di gestione (Sez. V, 14 febbraio 2013, n. 13318, Viale, Rv. 254986).

3. La tesi secondo cui ai fini del delitto previsto dall'art. 223, comma 2. n. 1, 1. fall., l'aggravamento del dissesto sarebbe irrilevante.

Di differente avviso è parte della dottrina, secondo cui, ai fini del reato di bancarotta impropria societaria, sarebbero penalmente rilevanti unicamente quelle condotte che sole, o unitamente ad altre circostanze, cagionino il dissesto, mentre non rileverebbero i fatti che aggravano uno stato di insolvenza già esistente, come tali pertanto estranei alla previsione normativa.

Secondo tale impostazione, l'aggravamento del dissesto sarebbe, sul piano della tipicità della fattispecie, fenomeno diverso da quello della sua causazione o del concorso nella causazione, e ciò a maggior ragione del fatto che allorché il Legislatore ha ritenuto di attribuire rilevanza penale all'aggravamento dello stato di insolvenza lo ha esplicitamente previsto, come è agevole rilevare dalla disciplina di cui al n. 2 dell'art. 224 l. fall.

Sulla base di tali presupposti, **Sez. V, 23 marzo 2015, n. 37555, Romano**, pur non discostandosi dai principi consolidati indicati, sembra aver aperto una riflessione sul tema, affermando che esistono argomenti che militano in favore della tesi secondo l'aggravamento del dissesto sarebbe irrilevante ai fini del delitto di bancarotta impropria societaria.

Si è sostenuto che una tale possibile interpretazione alternativa sarebbe possibile in considerazione:

-del principio di frammentarietà della tutela penale, diretta conseguenza del principio di legalità previsto dalla Costituzione (art. 25, comma 2), per il quale le fattispecie incriminatrici tutelano il bene giuridico solo contro specifiche forme di aggressione,

sicchè rientra nella fisiologia del sistema penale che vi siano vuoti di tutela; sotto questo profilo si rileva che le condotte previste dall'art. 223, comma 2, n.1 sono comunque sottoposte a sanzione penale, sia pure più lieve, dal codice civile, “per cui ciò che viene in rilievo, in questo caso, è solamente l'applicazione della più grave sanzione prevista per la bancarotta da reato societario”;

- del fatto che secondo la teoria dell'interpretazione giuridica il criterio letterale, fondato sull'analisi delle parole del testo di legge, con rispetto delle regole semantiche e sintattiche e che condurrebbe ad escludere la rilevanza dell'aggravamento del dissesto dal reato di bancarotta impropria, non essendo detto termine richiamato dalla norma, deve ritenersi sempre prevalente – quanto meno in materia penale – su quello logico, sistematico o teleologico, finalizzato alla ricerca della direzione di senso del testo di legge all'interno del complessivo sistema logico-normativo;

- del fatto che l'interpretazione letterale garantirebbe maggiormente la certezza del diritto, sotto il profilo della prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni: *“come recentemente ribadito anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sentenza del 14 aprile 2015 – Ricorso n. 66655/13 – Contrada c. Italia) per effetto dell'art. 7 della Convenzione “la legge deve definire chiaramente i reati e le pene che li reprimono. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio può sapere, a partire dal testo della disposizione pertinente, se necessario con l'assistenza dell'interpretazione che ne viene data dai tribunali e, se del caso, dopo aver avuto ricorso a consulenti illuminati, per quali atti e omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile per tali atti”.*



CAPITOLO III

LE SEZIONI UNITE E IL SISTEMA TABELLARE IN MATERIA DI STUPEFACENTI. L'OFFERTA DI SOSTANZA DROGANTE.

(MATILDE BRANCACCIO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Incostituzionalità della legge n. 49 del 2006 e rilevanza penale delle condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente alla sua entrata in vigore. – 2.1. La questione sottoposta alle Sezioni unite ed i principi affermati: sintesi. – 2.2. Le Sezioni unite si confrontano con la questione delle conseguenze sugli illeciti penali aventi ad oggetto le sostanze introdotte in tabella per la prima volta da una legge incostituzionale. – 2.3. La soluzione adottata. – 3. I presupposti per la configurabilità della condotta di offerta di sostanze stupefacenti: Sez. un. N. 22471 del 26 febbraio 2015, Sebbar. – 3.1. Il contesto di riferimento. – 3.2. L'offerta di stupefacente e le condizioni per la sua configurabilità come reato.

1. Premessa.

Nell'anno 2015 si sono manifestati in tutto il loro rilievo giuridico gli effetti della sentenza n. 32 del 2014, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle modifiche al testo unico sugli stupefacenti introdotte nel 2005-2006 dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito in legge 21 febbraio 2006, n. 49. E difatti, sono giunti alle Sezioni unite della Corte di cassazione i nodi più problematici postisi immediatamente dopo la pronuncia: da un lato, la questione dell'illegalità della pena derivante dalla dichiarazione di incostituzionalità di disposizione diversa da quella incriminatrice e disciplinante il trattamento sanzionatorio, risolta dal massimo collegio di legittimità con due sentenze da leggersi in sequenza logica, che hanno trattato, una, il tema generale dell'illegalità della sanzione penale derivante da dichiarazione di incostituzionalità (Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, Rv. 264205, 264206, 264207), e l'altra quello specifico delle conseguenze sul giudicato della rilevata illegalità, con riferimento alla pena emessa a seguito di patteggiamento (Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, Rv. 264857, 264858, 264859); dall'altro lato, la questione – che investe la dogmatica generale della struttura delle norme penali parzialmente in bianco e degli effetti su di esse della dichiarazione di incostituzionalità della disciplina integratrice del precetto – riferita alla

verifica della permanenza della stessa illiceità penale di una condotta di reato avente ad oggetto sostanze stupefacenti introdotte nel catalogo penale solo sulla base della legge dichiarata incostituzionale (Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 29316, De Costanzo, Rv. Da 264262 a 264266). In questa sede ci si occuperà della seconda pronuncia, essendo altra parte della Rassegna dedicata al tema dell'illegalità della pena; deve segnalarsi, peraltro, come opportunamente le Sezioni unite siano state chiamate a decidere complessivamente su tali temi in un'unica udienza, che ha potuto evidentemente giovarsi di un'analisi sotto diverse prospettive delle collegate questioni, offrendo oggi alcune linee guida che orientano in modo sicuro l'interprete dinanzi ad un fenomeno di caducazione-successione di leggi nel tempo in materia di sanzione penale, tanto complicato quanto non infrequente nel suo verificarsi storico. Nella medesima udienza, inoltre, è stato affrontato lo stesso tema dell'illegalità della pena conseguente alla citata dichiarazione di incostituzionalità delle modifiche apportate alla disciplina sugli stupefacenti in relazione all'aumento relativo ai reati satellite in caso di continuazione (Sez. un. 26 febbraio 2015, n. 22471, Sebbar, Rv. Da 263714 a 263717): con tale pronuncia, peraltro, si è registrata anche una significativa affermazione in tema di configurabilità della condotta di offerta di sostanze stupefacenti, ritenuta sussistente in presenza della necessaria condizione della disponibilità effettiva della droga; a tale questione sarà dedicata altra parte del presente capitolo.

2. Incostituzionalità della legge n. 49 del 2006 e rilevanza penale delle condotte aventi ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente alla sua entrata in vigore.

All'indomani della dichiarazione di incostituzionalità delle modifiche al D.P.R. n. 309 del 1990 apportate dalla richiamata legge n. 49 del 2006 – che, in sede di conversione del decreto legge n. 272 del 2005, aveva introdotto gli artt. 4 bis e 4 vicies-ter significativi mutamenti alla struttura del sistema punitivo in materia di stupefacenti – e della conseguente reviviscenza della precedente disciplina normativa (legata al testo cd. Iervolino-Vassalli), espressamente indicata come soluzione obbligata dalla Corte

costituzionale nella sentenza n. 32 del 2014, per evitare vuoti di tutela dei beni giuridici alla base delle ragioni di previsione penale ed una “depenalizzazione” di fatto che avrebbe portato il nostro ordinamento a violare gli impegni internazionali in tal senso da tempo assunti, tuttavia numerose questioni di diritto intertemporale si sono poste all’interprete. In particolare, deve rammentarsi, da un lato, la notevole differenza tra i due sistemi normativi succedutisi per effetto del fenomeno “caducazione da incostituzionalità-reviviscenza”: le modifiche del 2005/2006 avevano, infatti, comportato l’eliminazione della tradizionale distinzione tra droghe pesanti e droghe leggere, con equiparazione del trattamento sanzionatorio mediante l’inserimento di tutte le sostanze non farmacologiche in un’unica tabella; una conseguente notevolissima semplificazione nel regime di classificazione delle sostanze psicoattive, con le tabelle ridotte da sei a due (la prima, appunto, contenente tutte le sostanze stupefacenti vietate, la seconda dedicata ai medicinali registrati in Italia che contengono sostanze stupefacenti per uso terapeutico); l’abbassamento del limite minimo edittale per le condotte di cui all’art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, non di lieve entità, previste dal comma primo (da otto a sei anni); l’unificazione del trattamento sanzionatorio tra droghe leggere e droghe pesanti per l’ipotesi attenuata di cui al comma quinto dell’art. 73, conseguenza della più generale eliminazione della distinzione sul piano punitivo. D’altra parte, la reviviscenza del sistema pregresso al 2006 ha fatto sì che venisse ripristinato il doppio binario punitivo, distinto tra droghe leggere e droghe pesanti, sia per l’ipotesi base che per quella di fatto di lieve entità; che tornassero in vigore i “vecchi” limiti edittali (sostanzialmente più favorevoli per le droghe leggere e quasi immutati, se non nel minimo inferiore con riferimento all’ipotesi non lieve, per le droghe pesanti); ma soprattutto, ai fini che in questa sede interessano, la reviviscenza della previgente disciplina del testo unico sugli stupefacenti ha determinato il reingresso nel sistema normativo del precedente sistema tabellare con sei tabelle e la caducazione di quello “binario” che distingueva solo tra sostanze stupefacenti (di qualsiasi tipo fossero) e medicinali. Ciò ha posto problemi di non poco momento riferiti alla discussa, perdurante rilevanza penale di condotte riferite a sostanze stupefacenti che, destinate ad un continuo implemento via via che mutano i

contesti storici e seguendo le evoluzioni scientifiche con riferimento specifico alle droghe cd. Sintetiche, erano state introdotte nel catalogo normativo legale, di volta in volta, nella vigenza del sistema previsto dalla legislazione incostituzionale e solo ad opera di questo. Il quadro era stato ulteriormente complicato dall’emanazione del decreto legge 20 marzo 2014, n. 36, convertito poi in legge 16 maggio 2014, n. 79, con cui il legislatore aveva tentato di porre rimedio alle conseguenze, di ordine penale ed amministrativo, della sentenza n. 32/2014 C.cost., che aveva ripristinato e riordinato il sistema prevedendo quattro tabelle per gli stupefacenti, confermando la divisione tra sostanze “pesanti” e “leggere”, ed un’unica tabella per i medicinali. Le Sezioni unite, con la citata pronuncia n. 29316 del 26 febbraio 2015, De Costanzo, intervengono a risolvere le questioni interpretative collegate alla natura dogmatica della fattispecie di cui all’art. 73 del D.P.R. n. 309 del 1990 – costruita come norma penale parzialmente in bianco, integrata nel precetto dalla disposizione amministrativa che, sulla base degli artt. 13 e 14 del D.P.R. n. 309 del 1990, inserisce una sostanza stupefacente nel catalogo legale richiamato dalla norma penale – ed alla sostituzione del sistema tabellare, non soltanto per il ripristino, per un certo periodo, di quello *ante* 2006 dichiarato incostituzionale, ma anche per il successivo, nuovo intervento normativo del legislatore.

2.1. La questione sottoposta alle Sezioni unite ed i principi affermati: sintesi.

Le Sezioni unite, per quanto sinora esposto, sono state chiamate a risolvere – tra le numerose prospettatesi dopo il travolgimento per incostituzionalità del sistema normativo degli stupefacenti – la complessa questione riferita a se, a seguito della dichiarazione d’incostituzionalità degli artt. 4-bis e 4- vicies-ter del decreto-legge n. 272 del 2005, come modificato dalla legge n. 49 del 2006 (pronunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014), debbano ritenersi penalmente rilevanti le condotte che, poste in essere a partire dall’entrata in vigore di detta legge e fino all’entrata in vigore del decreto-legge n. 36 del 2014, abbiano avuto ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente all’entrata in vigore del d.P.R. n. 309 del 1990 nel testo novellato dalla richiamata legge n. 49 del 2006. La sostanza per la

quale il problema in concreto si è posto è stata il *nandrolone*, ormone utilizzato nel doping e considerato stupefacente anche per il testo unico n. 309/1990.

Il Supremo Collegio ha dato a tale interrogativo una risposta negativa, affermando l'intervenuta *abolitio criminis*, con riferimento alle sostanze colpite dagli effetti della caducazione per incostituzionalità nei termini sopradetti. E difatti, i principi affermati dalla pronuncia per risolvere tale dubbio interpretativo (secondo la sintesi riferibile alle massime estratte dalla sentenza) chiariscono che:

-nell'attuale ordinamento penale vige una nozione legale di stupefacente per cui sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi appositamente predisposti, i quali, adottati con atti di natura amministrativa in attuazione delle direttive espresse dalla disciplina legale, integrano il precetto penale di cui all'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, costruito con struttura di norma parzialmente in bianco. La Suprema Corte, con un'ampia e precisa motivazione, ha affermato la piena aderenza al principio di legalità di tale disposizione, perché è la legge che indica, con idonea specificazione, i presupposti, i caratteri, il contenuto e i limiti dei provvedimenti dell'autorità amministrativa (cfr. Rv. 264263);

-la caducazione, per effetto di dichiarazione di incostituzionalità, della legge che fissa le direttive di carattere generale alle quali devono attenersi i decreti ministeriali di inserimento delle singole sostanze stupefacenti nel catalogo legale comporta la conseguente caducazione di tali atti amministrativi, integrativi del precetto di cui all'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, se adottati successivamente all'entrata in vigore della legge incostituzionale e sulla base di essa e, dunque, nel caso di specie, del D.M. 11 giugno 2010 riferito al *nandrolone* (cfr. Rv. 264264);

-a seguito della dichiarazione d'incostituzionalità degli artt. 4 bis e 4 vicies ter del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49, pronunciata con sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, deve escludersi la rilevanza penale delle condotte che, poste in essere a partire dall'entrata in vigore di detta legge e fino all'entrata in vigore del D.L. 20 marzo 2014, n. 36, abbiano avuto ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente all'entrata in vigore del



d.P.R. n. 309 del 1990, nel testo novellato dalla citata legge n. 49 del 2006 (cfr. Rv. 264265) .

Tale ultima affermazione, peraltro, ha dovuto essere accompagnata da un corollario di principio, necessariamente oggetto del ragionamento delle Sezioni unite: la verifica, cioè, della volontà del legislatore di continuare a ritenere punibili le condotte afferenti a medicinali inseriti nella quinta ed ultima tabella dedicata. Sul punto, all’esito di una disamina attenta e di sistema, le Sezioni unite, rilevando serie incongruenze nel risultato normativo delineato dal legislatore del 2014, ha risolto la questione nel senso di ritenere:

-“le modifiche normative apportate dal D.L. 20 marzo 2014, n. 36, convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 79, non determinano l’irrilevanza penale delle condotte di detenzione e cessione di medicinali di cui alla tabella V allegata al d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, a condizione che tali preparati contengano uno dei principi attivi di cui alle tabelle da I a IV allegate al T.U. sugli stupefacenti, per i quali vi è espresso richiamo della disposizione penale di cui all’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990” (Rv. 264266). La Suprema Corte, in motivazione, ha sottolineato che tale affermazione si impone per la mancanza, nella disciplina legislativa attualmente in vigore, di qualsiasi esplicito riferimento alla rilevanza penale dei medicinali in quanto tali: si è già detto, infatti, che è mancato il richiamo nell’art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 alla tabella dei medicinali. Deve sottolinearsi in proposito un’affermazione contenuta nella motivazione delle Sezioni unite che dà il senso della difficoltà di orientamento per l’interprete nel far fronte a quanto accaduto nel sistema delle fonti riferito alla disciplina degli stupefacenti nel 2014; ed infatti, il massimo collegio di legittimità, chiamato a dare linee guida nel ginepraio normativo formatosi, vi riesce con chiarezza, non senza prima affermare, in relazione in particolar modo al testo del decreto legge n. 36 del 2014 ed alla sua legge di conversione, che il tentativo di comprendere il senso della nuova uro unita è *“impresa difficile”*, che *“tenta il limite della vocazione all’interpretazione delle Sezioni Unite”*. *L’intricato sovrapporsi di norme, di cui non si è conseguito il completo coordinamento, determina una situazione lontana dall’ideale di chiarezza del precetto penale e del suo corredo sanzionatorio, attorno al quale si intrecciano i principi fondanti dell’ordinamento penale su base costituzionale e convenzionale: legalità,*

determinatezza, tassatività, prevedibilità, accessibilità, colpevolezza. In tale situazione occorre addentrarsi nei testi normativi per cercare di cogliervi un'univoca indicazione di senso.” Come detto, la Corte riesce perfettamente nell'intento, restituendo la chiarezza interpretativa necessaria ad un precetto penale e consegnando all'interprete un sistema comunque molto mutato rispetto a quelli precedenti, quanto alla punibilità degli illeciti aventi ad oggetto medicinali inseriti nella tabella dedicata: essi saranno inquadrabili come reato soltanto se i principi attivi che contengono siano a loro volta inseriti in una delle (sole) quattro tabelle dedicate alle sostanze stupefacenti in quanto tali, poiché il richiamo della disciplina penale prevista dall'art. 73 del t.u. è unicamente ad esse e non include in alcun modo la tabella riferita ai medicinali.

2.2. Le Sezioni unite si confrontano con la questione delle conseguenze sugli illeciti penali aventi ad oggetto le sostanze introdotte in tabella per la prima volta da una legge incostituzionale.

Dati in via preliminare gli arresti raggiunti dalle Sezioni unite, deve ora sintetizzarsi il ragionamento seguito dal supremo collegio per potersi determinare nel senso riportato. Esaminate le conseguenze e il testo della sentenza n. 32 del 2014, la pronuncia della Cassazione si sofferma a stabilire ragioni ed effetti della disciplina normativa introdotta con il citato d.l. n. 36 del 2014, emanato esplicitamente con l'intento di far fronte alle criticità dovute al venir meno dalle innovazioni recate dalla legislazione sugli stupefacenti del 2006 dichiarata incostituzionale. Una tra queste, la principale ai fini del pronunciamento di legittimità, è quella afferente ai numerosi provvedimenti amministrativi adottati in applicazione delle disposizioni caducate, relativi anche all'inserimento di nuove sostanze, come il nandrolone, nelle tabelle già più volte evocate; la nuova normativa, quindi, aveva l'intenzione di ridare coerenza alla disciplina, riordinando anche il sistema tabellare, in sintonia con l'impianto sanzionatorio risultante dalla sentenza costituzionale. Si è detto quanto tale intento non sia riuscito ad esprimersi con chiarezza quanto meno con riferimento alla questione della sanzionabilità penale degli illeciti aventi ad oggetto sostanze medicinali contenute nella quinta tabella dedicata

e non richiamata dall'art. 73 d.P.R. n. 309/1990, particolarmente rilevante per le Sezioni unite nell'economia della sentenza, poiché la contestazione oggetto del ricorso per cassazione riguardava proprio una fattispecie ricompresa nel comma 1-*bis* dell'art. 73.

Le Sezioni unite sottolineano, nell'ordine, le seguenti innovazioni normative dovute al d.l. n. 36 del 2014: a) la modifica degli artt. 13 e 14 del T.U., con la previsione del richiamato nuovo sistema tabellare; b) l'inserimento nelle nuove tabelle anche delle sostanze collocate nel novero dei principi stupefacenti illeciti (solo) per effetto di decreti adottati nelle vigore della caducata disciplina del 2006. Tale inserimento trova giustificazione, come emerge dagli atti che hanno accompagnato l'introduzione della uro unita, nella constatazione che la sentenza n. 32/2014 C.cost ha travolto anche i provvedimenti amministrativi adottati in applicazione della disciplina incostituzionale, che hanno aggiornato le tabelle introducendovi nuove sostanze come il nandrolone.

Se queste sono le conclusioni alle quali sembra pervenire lo stesso legislatore circa l'eliminazione dal sistema giuridico, per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale, degli atti amministrativi integrativi del precetto aventi ad oggetto le sostanze stupefacenti introdotte sulla base della disciplina normativa del 2006 caducata dal giudice delle leggi, tale soluzione non era stata data per scontata nelle prime interpretazioni successive alla sentenza di incostituzionalità, sulle quali le Sezioni unite si soffermano ricostruendo con completezza la questione. Peraltro, il supremo collegio di legittimità aderisce a tale opzione, in coerenza anche con le affermazioni preparatorie al d.l. n. 36 del 2014, negando la tesi cd. "sostanzialistica", che predicava la perdurante vigenza degli atti amministrativi di inserimento delle sostanze stupefacenti nel sistema tabellare (qualsiasi esso fosse), perché adottati in presenza di disposizione – gli artt. 13 e 14 del testo di legge dichiarato incostituzionale – nel loro nucleo essenziale analoghe a quelle poi rivissute a seguito della declaratoria di incostituzionalità e confermate, nei caratteri principali e sostanziali, appunto, dal nuovo testo degli artt. 13 e 14 voluto dal legislatore del decreto legge n. 36 del 2014. A tale conclusione conducono, secondo le motivazioni della sentenza, **preminenti considerazioni**:

- anzitutto la vigenza, riaffermata con forza dalle Sezioni unite, della **nozione legale di stupefacente**, in base alla quale sono soggette alla normativa che ne vieta la circolazione tutte e soltanto le sostanze specificamente indicate negli elenchi appositamente predisposti (si richiamano Sez. un. 24 giugno 2011, n. 9973, Kremi, Rv. 211073 e la “*costante giurisprudenza successiva*”);

- quindi, **la definizione legislativa di sostanza stupefacente** che configura una qualificazione **proveniente da fonte uro unitari integratrice del disposto penale**, per cui, **a tale fonte integrativa vanno applicati i principi di cui all’art. 2 cod. pen., ed in specie quello di non retroattività della legge penale sostanziale**: da tale considerazione discende che l’utilizzazione di una sostanza contenente principi stupefacenti, ma non inserita nella tabella, non costituisce reato prima del suo formale inserimento nel catalogo: si richiama Sez. IV, 14 aprile 2011, n. 27771, Cardoni, Rv. 250693, sottolineando come le oscillazioni che si rinvergono in alcune pronunzie a proposito della rilevanza penale di determinate sostanze non ancora inserite nel catalogo legale non toccano l’indicato principio, ma attengono alle caratteristiche di particolari formulazioni delle sostanze stesse o di derivati che costituiscono passaggi intermedi del processo di trasformazione di sostanze tabellate: in tal senso si richiamano Sez. III, 7 febbraio 2013, n. 11853, Cassotta, Rv. 255026; Sez. VI, 1 aprile 2011, n. 14431, Qotbi, Rv. 249396 (si tratta – dicono le Sezioni unite – di incertezze scientifiche e d’impronta applicativa che non incidono sulla pacifica affermazione del principio di definizione legale di sostanza stupefacente attraverso la collocazione delle sostanze medesime nelle tabelle cui si è fatto riferimento, che costituiscono esplicazione delle direttive di carattere generale;

- la **struttura dell’incriminazione**, che dà luogo ad una **fattispecie penale parzialmente in bianco nei casi in cui la specificazione del precetto avviene per effetto di fonti secondarie come i decreti ministeriali di cui si discute**. Tale struttura normativa, specialmente per ciò che attiene all’aggiornamento delle tabelle che maggiormente interessa alle Sezioni unite nella questione da esaminare, non reca violazione del principio di legalità espresso dall’art. 25 Cost., giacché corrisponde

all'esigenza di pronto adeguamento della normativa al divenire scientifico e criminologico, cui la legge potrebbe non essere in grado di far fronte con la tempestività e puntualità dovute. Si richiama, a sostegno di tale affermazione, la pacifica giurisprudenza costituzionale: già C.cost. n. 26 del 1966 aveva affermato che l'indicato principio costituzionale è rispettato quando sia una legge ad indicare con sufficiente specificazione i presupposti, i caratteri, il contenuto ed i limiti dei provvedimenti dell'autorità non legislativa; sul tema specifico degli stupefacenti ed il rispetto del principio di legalità, le Sezioni unite richiamano poi le sentenze n. 333/1991, n. 9/1972 e n. 36/1964;

- le direttive legali per l'inserimento delle sostanze nel novero di quelle considerate stupefacenti secondo la disciplina legale, lungi dall'essere rimaste nel corso degli interventi normativi succedutisi nel tempo sempre eguali, sono invece risultate sensibilmente diverse (cfr. il testo degli artt. 13 e 14 nei diversi contesti normativi prima del 2006, dal 2006 al 2014 e dopo l'intervento del d.l. n. 36 del 2014).

Alla luce di tali preminenti considerazioni, **le Sezioni unite affermano l'inscindibile e biunivoco legame che connette la legge agli atti amministrativi che ne costituiscono espressione.** L'atto amministrativo individua l'oggetto del reato in base al divenire delle conoscenze, adeguandosi alle direttive di carattere generale espresse dalla legge. In conseguenza, **caduta la legge, ne segue con ineluttabile ed evidente necessità il venir meno dei provvedimenti ministeriali che di quella legge costituiscono attuazione.** Nello specifico, alla Sezioni unite non resta che applicare tale principio al D.M. 11 giugno 2010, che aveva collocato il nandrolone nelle Tabelle I e II, lettera A, allegate alla novella del 2006, e, pertanto, risulta travolto dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge di cui costituiva espressione.

Constatata l'ablazione della normativa concernente il nandrolone, la pronuncia in commento individua due ulteriori interrogativi necessari alla risoluzione della questione sottoposta e relativa alla perdurante rilevanza penale degli illeciti riferiti a sostanze introdotte sulla base della legge dichiarata incostituzionale, nello specifico il *nandrolone*:

1) se l'illecito afferente a tale sostanza sia stato nuovamente introdotto dalla disciplina del d.l. n. 36 del 2014, convertito in legge n. 79 del 2014;

2) in caso affermativo, se tale nuova uro unita possa applicarsi retroattivamente al caso in esame (e, ovviamente, a tutti gli identici casi, dal punto di vista giuridico, riferiti a sostanze inserite nel novero legale solo dalla legislazione incostituzionale): di tale interrogativo si tratterà al par. 2.3.

Quanto al primo interrogativo, si è già detto della constatazione, da parte del supremo collegio di legittimità, dell'incapacità del legislatore di offrire un contributo di chiarezza e coerenza alla ricostruzione del sistema legale penale riferito ai medicinali inseriti in quinta tabella: il mancato richiamo ad essa da parte della relativa disposizione penale del testo unico (l'art. 73, che invece nel sistema della legislazione del 2006 faceva espresso riferimento alla tabella dei medicinali nella fattispecie prevista dai commi 1 *bis* e 4 di detta disposizione); l'assenza di altri specifici elementi normativi dai quali desumere la volontà legislativa di rendere (*tout court* o a determinate condizioni) punibili i medicinali inseriti nella tabella quinta (la Corte sottolinea l'imprecisa tecnica normativa utilizzata per riscrivere l'art. 75 t.u.s.: il comma 1 della disposizione, infatti, in simmetria con l'art. 73, riguarda le condotte illecite finalizzate all'uso personale relative alle sostanze stupefacenti e psicotrope di cui alle tabelle I, II, III e IV; ma il successivo comma 1-*bis* sembra voler alludere a situazioni nelle quali il medicinale, prescritto per l'uso terapeutico che gli è proprio, venga destinato ad uso personale non terapeutico. La disciplina, però, affermano le Sezioni unite, è testualmente incoerente (e fa anche riferimento ai medicinali di cui al comma 1 che, però, in tale comma non sono affatto menzionati). La soluzione, pertanto, viene ritrovata nella ricostruzione di un sistema unico che guarda sia alle sostanze in quanto principi attivi della composizione dei medicinali, sia ai medicinali in quanto tali: constatata l'impossibilità logica di pervenire a risultati di abrogazione della disciplina penale per intero riferita ai medicinali, che pure potrebbero essere indotti dal mancato richiamo dell'art. 73 alla tabella quinta, la motivazione della sentenza ricostruisce attraverso l'unica strada possibile la volontà legislativa, considerando la richiamata ambiguità dell'art. 75 t.u.s. e l'irragionevolezza dell'esclusione di sostanze

sicuramente di estremo rilievo stupefacente (quali la codeina, la norcodeina, l'etilmorfina, il metadone), contenute nella tabella V. Si perviene, pertanto, ad affermare che **i medicinali rientrano nell'area penale solo se e in quanto contengano principi attivi rientranti nelle quattro tabelle dedicate alle sostanze stupefacenti (I, II, III e IV)**: tale soluzione interpretativa, secondo le Sezioni unite, è *“l'unica che consente di superare la vaghezza ed indeterminatezza della disciplina legale, ancorando saldamente la repressione penale alla presenza di principi attivi inseriti nelle tabelle oggetto della normativa sanzionatoria di cui all'art. 73”*. Il nandrolone compare sia nella tabella I che in quella dei medicinali e, pertanto, si conclude per la permanenza attuale della sostanza medicinale nell'area penale, utilizzando il richiamo dell'art. 73 t.u.s..

2.3. La soluzione adottata.

Svolti tali ragionamenti necessari e preliminari, riportati al paragrafo precedente, la sentenza De Costanzo arriva ad enunciare la soluzione della questione sottoposta, di cui già si è data ampia anticipazione, nel senso dell'intervento di una vera e propria *abolitio criminis* per le condotte riferite a sostanze stupefacenti inserite nel catalogo legale da atti amministrativi travolti dalla disciplina incostituzionale. Prodromica a tale affermazione è la risposta al secondo dei due interrogativi posti in fine al par. 2.2.: quello cioè della retroattività della affermata, attuale previsione normativa di rilevanza penale delle condotte aventi ad oggetto il *nandrolone* (estendendo il ragionamento, anche di quelle aventi ad oggetto tutte le sostanze inserite nel catalogo legale dalla disciplina incostituzionale). Le Sezioni unite, dando atto dell'esistenza di una tesi dottrina che afferma la possibilità di tale retroattività – facendo leva sulla presenza di una disposizione transitoria nel d.l. n. 36 del 2014, in base alla quale gli atti amministrativi caducati per effetto della sentenza di incostituzionalità “riprendono” (o “continuano”, secondo l'espressione prima della conversione in legge utilizzata dal d.l. n. 36 del 2014) ad avere effetto, ed iscrivendo la situazione venutasi a creare tra quelle per le quali al legislatore è consentito di derogare al principio di retroattività della norma più favorevole, in

presenza del ragionevole bilanciamento tra diversi principi e valori costituzionali -, rifiutano tale opzione e adottano invece la soluzione di irretroattività degli effetti “penalizzanti” ricavabili dal d.l. n. 36 del 2014. E difatti, si dice, quel che viene in esame non è un fenomeno di successione di leggi nel tempo, sia pure per intervento della dichiarazione di incostituzionalità, bensì una caducazione per illegittimità costituzionale di fattispecie penali, essendo venuto meno il loro oggetto materiale, e cioè il loro nucleo essenziale; in tale ottica, è indifferente che tale venir meno sia frutto di un’abrogazione successiva da parte del legislatore, ovvero di una dichiarazione di incostituzionalità, essendo le due cause equiparate ai fini che rilevano, come dimostra la comune disciplina prevista dall’art. 673 cod. proc. pen.

Si conclude, pertanto, affermando che nella fattispecie riferita alla sostanza “nandrolone” (ma, come detto, il ragionamento ha una valenza generale per tutti i casi e le sostanze che si trovino in analoga situazione) **la novella del 2014, reinserendo nelle tabelle le sostanze introdotte con la disciplina incostituzionale per rimediare all’intervenuta caducazione “ex tunc” delle fattispecie aventi ad oggetto tali stupefacenti, ha creato nuove incriminazioni alle quali deve applicarsi il principio di irretroattività della legge penale. Deve escludersi, quindi, la rilevanza penale delle condotte che, poste in essere a partire dall’entrata in vigore di detta legge e fino all’entrata in vigore del d.l. 20 marzo 2014, n. 36, abbiano avuto ad oggetto sostanze stupefacenti incluse nelle tabelle solo successivamente all’entrata in vigore del d.P.R. n. 309 del 1990, nel testo novellato dalla legge n. 49 del 2006.**

3. I presupposti per la configurabilità della condotta di offerta di sostanze stupefacenti: Sez. un. n. 22471 del 26 febbraio 2015, Sebbar.

3.1. Il contesto di riferimento.

Si è già messo in risalto che l’udienza del 26 febbraio 2015 delle Sezioni unite ha rappresentato un passaggio decisamente significativo nell’interpretazione della Corte di legittimità con riferimento a numerose questioni interpretative che – occupandosi della legislazione in materia di stupefacenti, dichiarata in larga parte incostituzionale, nella

novella di cui alla legge n. 49 del 2006, dalla sentenza n.32 del 2014 C.cost. e poi innovata parzialmente dal legislatore – si sono sviluppate in termini generali, segnando un momento di elevato valore nel perseguimento degli obiettivi di nomofilachia affidati alla Cassazione. La nozione di pena illegale ha assunto nuove e più chiare dimensioni: abbinata alla dichiarazione di incostituzionalità della norma disciplinante il trattamento sanzionatorio, è stata, in tale ipotesi, distinta dall'illegalità *ab origine* e dal fenomeno della successione di leggi più favorevoli e, calata nel giudizio in corso, ha determinato la rimodulazione della quantificazione già in concreto inflitta, anche se contenuta nei limiti edittali della disciplina legislativa rivissuta e più favorevole; la pena illegale per incostituzionalità della disposizione diversa da quella incriminatrice e incidente sul procedimento di commisurazione del trattamento sanzionatorio (perché indicativa dei limiti edittali previsti per la fattispecie legale sui quali si basa l'individualizzazione della sanzione in concreto inflitta) è stata, quindi, declinata nelle sue eventuali ricadute sul giudicato e nei suoi riflessi sulla pena calcolata per il reato continuato. Per una ricostruzione completa delle complesse e distinte questioni giuridiche e del panorama di problemi interpretativi che si sono presentati alle Sezioni unite, si segnala in particolare, tra tutte, la sentenza Sez. un. n. 33040/2015, Jazouli, cit., che ha definito illegale la sanzione penale determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato, per le droghe cosiddette “leggere”, su limiti edittali poi dichiarati incostituzionali dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 come modificato dalla legge n. 49 del 2006, anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, “rivissuta” per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità n. 32 del 2014. Le singole, specifiche tematiche sono state affrontate nelle diverse pronunce: tenendo da parte la questione non riferita alla pena ma al destino – di *abolitio criminis* – delle condotte di reato aventi ad oggetto stupefacenti inseriti solo sulla base ed in seguito alla disciplina poi dichiarata incostituzionale (di cui si è già detto nei paragrafi precedenti), le Sezioni unite hanno affermato la rimodulabilità della pena patteggiata anche se passata in giudicato qualora essa sia caratterizzata da “illegalità” derivata da incostituzionalità della norma che

disponeva il trattamento sanzionatorio edittale utilizzato per determinarla in concreto (Sez. un., n. 37107/2015, Marcon, cit.) e la necessità di rideterminare la pena dell'aumento a titolo di continuazione per i reati satellite in relazione alle droghe leggere come conseguenza della sentenza n. 32 del 2014 C.cost., che ha fatto “rivivere” un trattamento sanzionatorio più favorevole rispetto a quello dichiarato incostituzionale ed alla base della quantificazione concretamente operata (Sez. un. N. 22471 del 2015, Sebbar, cit.). E' di quest'ultima pronuncia che si intende trattare nella presente analisi, avuto riguardo però ad un'affermazione importante in essa svolta dal punto di vista del diritto penale sostanziale e per la stessa configurabilità del reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309/1990, e non già alle questioni riferite all'illegalità della pena, lasciate ad altra parte dedicata della Rassegna. Se ne è inteso offrire comunque in questa sede sinteticamente una breve panoramica, al fine di inquadrare il contesto di intervento delle Sezioni unite in un determinato momento storico, caratterizzato dalle numerose conseguenze di una dichiarazione di incostituzionalità tanto preannunciata da molti quanto intricata nei suoi risvolti di carattere interpretativo, alcuni dei quali non immaginati.

3.2. L'offerta di stupefacente e le condizioni per la sua configurabilità come reato.

Le Sezioni unite, chiamate a risolvere la questione riferita alla pena illegale “da incostituzionalità” ed alle sue conseguenze in tema di continuazione criminosa, hanno affermato che:

-la condotta criminosa di “offerta” di sostanze stupefacenti si perfeziona nel momento in cui l'agente manifesta la disponibilità a procurare ad altri droga, indipendentemente dall'accettazione del destinatario, a condizione, tuttavia, che si tratti di un'offerta collegata ad una effettiva disponibilità, sia pure non attuale, della droga, per tale intendendosi la possibilità di procurare lo stupefacente ovvero di smistarlo in tempi ragionevoli e con modalità che “garantiscono” il cessionario (Rv. 263716).

Per arrivare a tali conclusioni, sintetizzate chiaramente nel principio formulato nella massima sopra riportata, **il supremo collegio di legittimità**, respingendo il motivo

formulato con riferimento alla riqualificazione operata dal giudice d'appello di una condotta di “cessione” di sostanza del tipo hashish in una condotta di “offerta” dello stupefacente – offerta della quale si lamentava la mancanza del carattere di “effettività” e l'insufficienza di quello di “credibilità” utilizzato nella sentenza di merito -, **ha distinto l'ipotesi di condotta integrata dall'offerta da quella della semplice promessa** (in quanto quest'ultima si caratterizza per essere *incerta uro quando*). Inoltre, si mette in risalto come non possa pretendersi, al fine di ritenere sussistente la condotta individuata come “offerta”, che l'offerente abbia presso di sé lo stupefacente, in quanto in tal caso, evidentemente, si integrerebbe la condotta di detenzione. La “lunga e dettagliata” elencazione di condotte dell'art.73 d.P.R. n. 309/1990 viene spiegata dalle Sezioni unite con la volontà legislativa di “coprire” (ed equiparare) tutti quei comportamenti che, direttamente o indirettamente, possano consentire, favorire, stimolare, permettere o indurre il commercio e l'uso delle droghe. Tale ottica spiega e giustifica l'equiparazione di condotte obiettivamente diverse e la “omologante anticipazione della soglia di punibilità”, in base alla quale sono punite allo stesso modo attività obiettivamente preparatorie (si fa l'esempio della coltivazione e della raffinazione) e attività che segnano tappe ben più avanzate nell'iter *criminis* (vendita, cessione). Da tali considerazioni, la pronuncia Sebbar ricava il principio secondo cui non occorre, come invece ritenuto dal ricorrente, che l'offerta sia “effettiva”, se con tale termine si vuole intendere – appunto – la possibilità di consegnare *illico et immediate* “la merce”, essendo sufficiente che l'offerente ne abbia la disponibilità (non necessariamente fisica), vale a dire possa procurarsela e smistarla o farla smistare in tempi ragionevoli e con modalità che “garantiscono” il cessionario. Nel caso in esame, le Sezioni unite richiamano la chiara prova (anche “sostanzialmente confessoria, per avere il ricorrente ammesso di essere stato “intermediario” per l'acquisto di stupefacenti in alcune delle occasioni contestate) che l'imputato fosse ben consapevole di come, dove e quando procurarsi la sostanza che si impegnava a consegnare a terzi.

Val la pena rimarcare, infine, come le Sezioni unite confermino, con la loro autorevolezza, un orientamento interpretativo abbastanza consolidato in tema di



condizioni per la configurabilità della condotta di offerta di stupefacenti prevista tra le molteplici ed alternative dell'art. 73 t.u.s.: tra le più recenti, si richiamano Sez. VI, 16 settembre 2014, n. 39110, Bonanno, Rv. 260463; Sez. VI, 22 maggio 2012, n. 36818, Amato, Rv. 253348; Sez. I, 25 marzo 2010, n. 29670, Buffardecì, Rv. 248606; precedentemente, di interesse è la pronuncia conforme Sez. IV, 17 giugno 2003, n. 34926, Carta, Rv. 226229, nonché Sez. VI, 16 marzo 1998, n. 5954, Casà, Rv. 211728, che aveva segnalato come, per integrare l'ipotesi della "offerta" (o della "messa in vendita") non si richieda l'accettazione della offerta (altrimenti, essendo subentrato il consenso, si ricadrebbe nella ipotesi della cessione), bensì, in tale ultimo caso, il reato si perfezioni a carico del solo offerente al momento della semplice manifestazione della sua disponibilità di procurare ad altri droga, a condizione che si tratti di un'offerta collegata a una effettiva disponibilità, sia pure non immediata, della droga da parte dell'agente. Del resto, le Sezioni unite rammentano che, secondo la giurisprudenza di legittimità, integra il reato di intermediazione nella cessione o di concorso nell'altrui offerta in vendita di sostanza stupefacenti, nella forma consumata, l'accordo a fungere da depositario della sostanza da smistare successivamente a terzi, risultando indifferente se materialmente la sostanza stupefacente sia o meno pervenuta (così, Sez. I, 8 giugno 2011, n. 30288, Rexhepi, Rv. 250798; nello stesso senso, recentissima, Sez. III, 12 maggio 2015, n. 38535, Di Martino, Rv. 264633).

L'opzione interpretativa nella quale si iscrive la sentenza Sebbar, chiarendola con ulteriori ed utili precisazioni, appare, peraltro, del tutto in linea con le ragioni incriminatrici alla base della disposizione di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990, come non hanno mancato di sottolineare le Sezioni unite.



CAPITOLO IV

I REATI TRIBUTARI E L'INCIDENZA DELLE RIFORME LEGISLATIVE DEL 2015

(PIETRO MOLINO)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le operazioni “inesistenti” e quelle “simulate” – 3. Le operazioni “elusive” – 4. I mezzi fraudolenti – 5. L'omesso versamento di ritenute certificate – 6. L'indebita compensazione – 7. La confisca.

1. Premessa.

E' opinione unanime che la struttura portante della riforma organica dei reati tributari attuata mediante il decreto legislativo n. 74 del 10 marzo 2000 – in sintesi: la previsione di un'estesa depenalizzazione, il superamento dei c.d. “reati ostacolo” previsti dalla precedente legge n. 7 agosto 82, n. 516, la criminalizzazione delle condotte decettive in danno della Amministrazione Finanziaria, l'introduzione di elevate soglie di punibilità e la conseguente punizione delle sole condotte di evasione caratterizzate da una certa gravità – sia stata sensibilmente incisa da alcune successive modifiche normative, in particolare per effetto dell'introduzione, nel corpo del d. lgs. N. 74 del 2000, delle fattispecie di cui agli articoli 10-bis e 10-ter, mediante le quali il legislatore è tornato a punire il mero inadempimento del debito tributario a prescindere da ogni condotta fraudolenta o comunque attinente al momento dichiarativo.

Nello stesso solco antinomico rispetto all'impianto originario si era poi ulteriormente inserita la legge 14 settembre 2011, n. 148, intervenuta nuovamente sul d.lgs. n. 74 del 2000 attraverso l'abbassamento delle soglie di punibilità, l'abrogazione delle circostanze attenuanti legate alle modesta entità del fatto e la subordinazione del patteggiamento all'avvenuto pagamento del debito tributario.

La scarsa tenuta del tessuto normativo così risultante, anche rispetto all'incedere della crisi economica (testimoniata in primo luogo dal crescente moltiplicarsi di procedimenti

penali derivanti dalla situazione di insolvenza o di crisi di liquidità delle imprese), induceva dunque il legislatore a conferire, con legge 11 marzo 2014, n. 23, nuova delega al fine di riordinare il sistema penale tributario, anche alla luce dei contemporanei richiami della giurisprudenza CEDU al rispetto del “ne bis in idem” a fronte del cumulo di sanzioni penali ed amministrative.

Il Governo veniva perciò delegato a procedere, in particolare: alla revisione del sistema sanzionatorio penale tributario secondo criteri di predeterminazione e di proporzionalità rispetto alla gravità dei comportamenti, dando rilievo (tenendo conto di adeguate soglie di punibilità) alla configurazione del reato per i comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa; alla individuazione dei confini tra le fattispecie di elusione e quelle di evasione fiscale e delle relative conseguenze sanzionatorie; alla revisione del regime della dichiarazione infedele e del sistema sanzionatorio amministrativo al fine di meglio correlare, nel rispetto del principio di proporzionalità, le sanzioni alla effettiva gravità dei comportamenti.

Attraverso l'introduzione nell'ordinamento dei decreti legislativi d. lgs. 5 agosto 2015, n. 128, e 24 settembre 2015, n. 158, il legislatore ha dato infine attuazione alle previsioni contenute nell'articolo 8 della legge delega n. 23 del 2014: con il primo decreto è stato affrontato e disciplinato il tema della individuazione e rilevanza delle condotte elusive, mentre con il secondo intervento si è proceduto ad una sensibile revisione del decreto legislativo n. 74 del 2000, che continua dunque a rappresentare il testo di riferimento in materia.

Alla luce di quanto avvenuto sul piano del diritto positivo, appare dunque utile operare una breve ricognizione della giurisprudenza di legittimità del 2015 in tema di reati fiscali, “in parallelo” con l'esame di alcune delle principali novità normative, al fine di evidenziare il percorso interpretativo della Corte nella prospettiva della riforma, dedicando particolare attenzione ai primi approdi immediatamente successivi all'entrata in vigore delle nuove disposizioni e al tema della sostanziale depenalizzazione delle ipotesi di “abuso del diritto” in ambito penal-tributario.

2. Le operazioni “inesistenti” e quelle “simulate”.

Come noto, il d. lgs. N. 158 del 2015 è intervenuto sull’ambito definitorio contenuto nell’art. 1 del d. lgs. N. 74 del 2000: di particolare importanza risulta l’aggiunta, dopo la lettera g) di una lettera g-bis), dove viene affermato che per “operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente” si intendono le operazioni poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte ovvero le operazioni apparenti, diverse da quelle disciplinate dall’art. 10-bis della legge n. 212 del 2000, riferite a soggetti fittiziamente interposti.

L’introduzione della categoria della simulazione pone evidenti problemi di coordinamento, nella misura in cui non è semplice stabilire se vi sia o meno coincidenza fra le operazioni “inesistenti” documentate in fatture e di cui alla lettera a) dell’art. 1 del d. lgs. N. 74 del 2000 (rimasta invariata), ossia quelle “non realmente effettuate in tutto o in parte o che indicano i corrispettivi o l’imposta sul valore aggiunto in misura superiore a quella reale, ovvero che riferiscono l’operazione a soggetti diversi da quelli effettivi”, e le operazioni “simulate”, ossia quelle “poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto in parte ovvero le operazioni riferite a soggetti fittiziamente interposti” di cui alla nuova lettera g-ter) dell’articolo medesimo.

E ciò soprattutto in tema di “simulazione soggettiva”, nella misura in cui la giurisprudenza di legittimità è assolutamente incline a ritenere che tra le “operazioni non realmente effettuate in tutto o in parte” di cui all’art. 1, comma primo, lett. a), d. lgs. 10 marzo 2000, n. 74, qualificate come “inesistenti” ai fini della configurabilità dei reati di cui agli artt. 2 ed 8 del citato decreto, devono intendersi anche quelle soggettivamente inesistenti: nell’anno in rassegna, la Corte – **Sez. 3, 11 febbraio 2015, n. 19012, Spinelli, Rv. 263745; Sez. 3, 22 gennaio 2015, n. 31628, Langella, Rv. 264456** – ha pacificamente iscritto nella fattispecie di cui all’art. 2 del d. lgs. N. 74 del 2000, la condotta di chi utilizza il documento in dichiarazione, nella consapevolezza che colui che ha effettivamente reso la prestazione non ha provveduto alla fatturazione del corrispettivo versato dall’emittente, conseguendo in tal modo un indebito vantaggio fiscale in quanto l’Iva versata dall’utilizzatore della fattura non è stata pagata

dall'esecutore della prestazione medesima.

3. Le operazioni “elusive”.

Dalla categoria delle operazioni “simulate” sono invece dichiaratamente escluse le operazioni “elusive”, quelle cioè disciplinate dal nuovo art. 10-bis (inserito dall'art.1, comma 1, decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128) della legge 27 luglio 2000, n. 212 (cd. Statuto del contribuente), che d'ora in avanti generano conseguenze sanzionatorie solo sul piano amministrativo.

L'espressa previsione di legge ha prodotto immediate ripercussioni negli orientamenti della Corte del 2015 riguardanti la sorte penale di operazioni dotate di reale consistenza economica, ma poste in essere nella totale assenza di ragioni giustificative diverse dal mero risparmio fiscale.

Invero, tali operazioni nel passato (cfr. Sez. V, 23 maggio 2013, n. 36894, Della Gatta, Rv. 257190, in una fattispecie di “retrocessione di dividendi” conseguiti da una società; Sez. 4, 20 novembre 2014, n. 3307/2015, Bellavista Caltagirone, Rv. 262026, in una fattispecie di cd. “estero-vestizione” di società avente residenza fiscale all'estero ma operante effettivamente in territorio nazionale; Sez. 3, 6 marzo 2013, n. 19100, Bova, Rv. 254992, in una fattispecie relativa alla cessione dei diritti di utilizzazione economica dell'immagine di un attore ad una società appositamente costituita con il fine di ottenere la riduzione della base imponibile mediante trasformazione dei guadagni costituenti poste attive in costi deducibili come poste passive) sono state ritenute, pur con qualche incertezza (cfr. Sez. 3, 26 novembre 2008, n. 14486, Rusca, Rv. 244071) penalmente rilevanti in presenza di specifiche disposizioni fiscali antielusive, quali quelle di cui all'art. 37, comma terzo, e – ancor più – di cui all'abrogato successivo art. 37-bis del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

Ancora in **Sez. III, 4 giugno 2015, n. 41110, Milia**, la Corte ribadisce che i reati di dichiarazione infedele e di omessa dichiarazione possono essere integrati anche da comportamenti elusivi posti in essere dal contribuente per trarre indebiti vantaggi dall'utilizzo in modo distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio

fiscale in mancanza di ragioni economicamente apprezzabili che possano giustificare l'operazione, a condizione che sia individuata la norma anti elusiva, specificamente prevista dalla legge, violata.

Tuttavia, nel 2015 due pronunce della terza sezione appaiono paradigmatiche del percorso interpretativo della Corte alla luce del “giro di boa” legislativo in tema di elusione fiscale.

In una prima decisione, assunta anteriormente alla depenalizzazione delle condotte abusive, ancorché depositata in epoca ad essa successiva), la Cassazione – **Sez. III, 24 ottobre 2014, n. 43809/2015, Dolce** – si confronta ancora con la possibile rilevanza penale di condotte poste in essere al solo scopo di eludere l'imposizione tributaria.

Affrontando il caso di società con sede legale estera controllata da impresa avente sede in Italia ai sensi dell'art. 2359 cod. civ., la Corte ribadisce con forza l'alterità ed autonomia del procedimento penale rispetto a quello fiscale, affermando che il giudice ha il dovere di accertare - attraverso le regole del processo penale e, quindi, rifuggendo da inversioni dell'onere della prova frutto del ricorso alle presunzioni tributarie – se il “domicilio fiscale” estero sia una costruzione di puro artificio individuabile alla luce dei criteri fissati dall'art. 162 del Decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, e degli indici elaborati dalla giurisprudenza comunitaria per identificare le società cd. “casella postale” o “schermo” o corrisponda, invece, ad una entità reale che svolga effettivamente la propria attività in conformità al proprio atto costitutivo o statuto.

Ma la fattispecie costituisce soprattutto un'occasione per la Corte di affermare che il “dolo di elusione”, ossia la generica volontà consapevole di avvalersi degli strumenti negoziali previsti dagli artt. 37 e 37-bis d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 per ottenere vantaggi fiscali non dovuti, non si identifica con il dolo specifico di evasione, elemento che, in quanto integrato dalla deliberata ed esclusiva intenzione di sottrarsi al pagamento delle imposte nella piena consapevolezza della illiceità del fine e del mezzo, esprime un disvalore ulteriore tale da selezionare gli illeciti penalmente rilevanti da quelli che non lo sono. In motivazione, i giudici della terza sezione osservano che l'esclusivo perseguimento di un risparmio fiscale, se può valere a qualificare l'operazione come

elusiva (e dunque a definire l'*an* ed il *quantum* dell'imposta effettivamente dovuta e non dichiarata), non è invece di per sé sufficiente a dimostrare il dolo di evasione: al legislatore penale non interessa il recupero del gettito fiscale, ma la persona del reo, sicché al sacrificio del bene massimo della libertà personale deve corrispondere un livello di aggressione al bene riscontrabile solo in presenza di una volontà di evasione dell'imposta mediante le specifiche condotte tipizzate dal legislatore penale-tributario.

La pronuncia – come pare evidente – apre in qualche modo il terreno alla presa d'atto giurisprudenziale, successivamente all'entrata in vigore del d. lgs. 128/2015, del definitivo superamento normativo della rilevanza penale delle condotte meramente elusive.

Intervenendo su una fattispecie di esposizione in dichiarazione di elementi passivi nel reddito di impresa, operata a seguito di un contratto di prestito di azioni effettuato essenzialmente per il conseguimento di un vantaggio fiscale – la Corte – **Sez. III, 1 ottobre 2015, n. 40272, Mocali, Rv. 264949-264951** – ha affermato i seguenti principi di diritto:

1) “Non è più configurabile il reato di dichiarazione infedele in presenza di condotte puramente elusive ai fini fiscali, in quanto l'art. 10-bis, comma 13, della legge 17 luglio 2000, n. 212, introdotto dall'art. 1 del D. Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, esclude che operazioni meramente prive di sostanza economica e tali da realizzare vantaggi fiscali indebiti, se esistenti e volute, possano integrare condotte penalmente rilevanti”;

2) “In tema di violazioni finanziarie, l'istituto dell'abuso del diritto di cui all'art. 10-bis l. 27 luglio 2000, n. 212, che, ai sensi della norma suddetta, come modificata dall'art. 1 del D.Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, non ha più rilevanza penale, ha applicazione solo residuale rispetto ai reati tributari caratterizzati da comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa di cui al D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, cosicché esso non viene mai in rilievo quando le condotte oggetto di esame integrino le fattispecie penali connotate da tali elementi costitutivi”;

3) “In tema di reati tributari, la disposizione transitoria di cui all'art.1, comma quinto, D. Lgs. 5 agosto 2015, n. 128, che prevede l'applicazione dell'art. 10-bis l. 27 luglio 2000,

n. 212 anche alle condotte commesse anteriormente alla propria entrata in vigore solo se non sia ancora stato notificato un atto impositivo, non impedisce di ritenere non più penalmente rilevanti le condotte fiscalmente elusive integranti mero abuso del diritto, per effetto del comma 13 del medesimo art. 10-bis, in quanto, realizzando tale comma una sostanziale *abolitio criminis*, esso deve operare retroattivamente senza condizioni”.

Nel ratificare dunque anche a livello giurisprudenziale l'intervenuta depenalizzazione dell'abuso del diritto in ambito fiscale, la Cassazione effettua tuttavia alcune importanti precisazioni.

In primo luogo – ed in ciò rimanendo nel solco della precedente giurisprudenza (Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36859, Mainardi, Rv. 258037), il giudice di legittimità osserva che intanto si può parlare di operazione elusiva in quanto l'operazione è effettivamente esistente sotto il duplice profilo giuridico ed economico; con il risultato di ritenere ricadente nella sfera punitiva penale (sub art. 2 o art. 3, a seconda dell'utilizzo o meno di fatture o documenti equipollenti) l'operazione che, pur se valida sotto il profilo giuridico, è in realtà fittizia (nel senso di inesistente) sul piano economico.

Secondariamente, la terza sezione individua i confini dello spazio di operatività della novella, osservando che la depenalizzazione delle condotte elusive non può che agire all'interno delle fattispecie in cui esse erano anteriormente considerate, alle condizioni date dalla norma, penalmente rilevanti, ossia sostanzialmente nell'ambito dei reati di omessa dichiarazione e/o dichiarazione infedele; ed affermando dunque la persistenza, anche a fronte della modifica normativa, della possibilità di incriminazione di condotte abusive ove accompagnate dall'utilizzo di documenti falsi o di altre condotte fraudolente (art. 2 e 3 d. lgs. 74/2000) ovvero - ma sempre, naturalmente, che ne sussistano i presupposti – di operazioni contrastanti con disposizioni specifiche che perseguano finalità antielusive (ad esempio, negando deduzioni o benefici fiscali) la cui indebita autoattribuzione da parte del contribuente potrebbe bene integrare taluno dei delitti in dichiarazione.

Per ultimo, la pronuncia “Mocali” chiarisce come la riscrittura dell'art. 10-bis della legge n. 212 del 2000 non può non essere destinata ad esplicare effetto, oltre che

naturalmente per le nuove operazioni abusive poste in essere dalla data del 1° ottobre 2015, anche per quelle poste in essere prima di tale data per il principio di retroattività della legge penale più favorevole sancito dall'art. 2 del cod. pen..

4. I mezzi fraudolenti.

Rimanendo sempre nell'ambito definitorio, il d.lgs. n. 158 del 2015 ha aggiunto, dopo la lettera g) dell'art. 1 del d. lgs. N. 74 del 2000, una lettera g-ter) contenente la definizione di “mezzi fraudolenti”: si intendono per tali le condotte artificiose o omissive (queste ultime in presenza di uno specifico obbligo giuridico) che determinano una falsa rappresentazione della realtà.

La nozione di “mezzi fraudolenti” deve peraltro leggersi in coordinamento con il comma 3 del parimenti novellato art. 3 del d. lgs. 74/2000 (dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici), disposizione che esclude ora espressamente che nella definizione possano rientrare le semplici violazioni degli obblighi di fatturazione o annotazione, ovvero i fenomeni di c.d. “sottofatturazione”.

La scelta del legislatore pare corrispondere agli insegnamenti della giurisprudenza di legittimità sviluppatasi sul regime previgente, che ha sempre reclamato, per la realizzazione del mezzo fraudolento, di un *quid pluris* rispetto non solo alle mere condotte di mendaci indicazioni di componenti attivi, ma anche alla condotta di sottofatturazione dei ricavi: anche nell'anno in rassegna, infatti – cfr. **Sez. III, 15 luglio 2015, n. 38382, Barbati** – la Corte ha ribadito la necessità di una componente fraudolenta ulteriormente necessariamente caratterizzante il reato in oggetto rispetto alla mera sottofatturazione (quale può essere, ad esempio, l'eliminazione di ogni altra traccia documentale tale da impedire o rendere più difficoltosa l'attività di accertamento degli effettivi elementi attivi o passivi).

5. L'omesso versamento di ritenute certificate.

Il d. lgs. N. 158 del 2015 è intervenuto sull'art.10-bis del d. lgs. 74/2000: per effetto della riscrittura, la disposizione prevede ora che la condotta di omesso versamento

riguarda le ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti di cui all'articolo 10-bis o “quelle dovute sulla base della dichiarazione”.

Come noto, nella giurisprudenza della Corte si è fatto strada negli ultimi tempi – da ultimo, **Sez. III, 29 ottobre 2014, n. 6203/2015 Rispoli, Rv. 262365; Sez. 3, 15 ottobre 2014, n. 11335/2015, Pareto, Rv. 262855; Sez. III, 9 ottobre 2014, n. 10475/2015, Calderone, Rv. 263007** – un indirizzo per il quale la prova dell'elemento costitutivo del reato di omesso versamento di ritenute certificate, rappresentato dal rilascio ai sostituiti delle certificazioni attestanti le ritenute effettivamente operate – ed il cui onere incombe all'accusa – non può essere costituita dal solo contenuto della dichiarazione contenuta nel cd. “modello 770” proveniente dal datore di lavoro: l'art. 10-bis – nella formulazione sino ad oggi vigente – punisce infatti solo l'omesso versamento sopra soglia delle ritenute oggetto di certificazione e non il mancato versamento delle ritenute esclusivamente indicate nella dichiarazione modello 770, che non contiene anche la dichiarazione di avere tempestivamente emesso le certificazioni: in altri termini, il mod. 770 contiene una dichiarazione non vincolante per il sottoscrittore che, se non integrata dall'elemento della avvenuta consegna delle certificazioni, non vale a costituire prova del delitto.

L'orientamento in questione si è posto in consapevole contrasto con precedenti decisioni della Corte (*ex multis*: Sez. III, 27 marzo 2014, n. 19454, Onofrio, Rv. 260376), secondo cui dal solo modello 770 emergerebbe la prova delle ritenute operate e che tali ritenute devono ritenersi per ciò stesso certificate.

Nell'anno in rassegna – **Sez. III, Ordinanza n. 21629 del 29 aprile 2015** – la questione è stata rimessa al vaglio delle Sezioni Unite, la cui decisione tuttavia è rimasta preclusa dall'intervenuta estinzione del reato.

Peraltro, l'estensione del comportamento omissivo non più alle sole ritenute “certificate”, ma anche a quelle “dovute” sulla base della dichiarazione annuale del sostituto d'imposta, ha evidenti conseguenze future sul conflitto interpretativo, ove l'aggiunta venga letta nel senso che il modello 770 assume una valenza formale di tipo confessorio sulla circostanza di aver rilasciato le dichiarazioni; più complesso il discorso

se l'interpolazione è interpretata non sul piano probatorio ma – sotto il profilo della struttura materiale della fattispecie – come specificazione normativa della possibilità che il reato discenda dal mancato versamento di ritenute risultanti, indifferentemente, dalle certificazioni o dalla dichiarazione, potendo in questa ipotesi riprendere vigore i dubbi sollevati sulla razionalità del sistema (nonché – in ipotesi – sulla compatibilità del regime con il divieto di *bis in idem*, per come interpretata la nozione di “stessa infrazione” alla luce della giurisprudenza CEDU, e cioè intesa nella sua materialità e non negli elementi costitutivi della fattispecie) che erano stati sopiti dall'intervento delle Sezioni Unite “Favellato” (Sez. U, 28 marzo 2013, n. 37425, Rv. 255759), secondo cui attraverso il previgente art. 10-bis il legislatore del 2000 ha reintrodotta la distinzione tra illecito amministrativo ed illecito penale, mantenendo ferma la punizione con una sanzione amministrativa per il mancato versamento di qualsiasi tipo di ritenuta, e punendo (oltre che con la sanzione amministrativa) anche con la sanzione penale il mancato versamento di ritenute certificate che superino una certa soglia.

6. L'indebita compensazione.

L'articolo 9 del decreto “riscrive” integralmente l'art. 10-quater del decreto legislativo n. 74 del 2000, operando una scissione all'interno della precedente previsione.

Nel primo comma, la fattispecie originaria è confermata nella sostanza ma ridisegnata in maniera autonoma, eliminando il richiamo all'art. 10-bis e prevedendo che la sanzione della reclusione da sei mesi a due anni prevista per chi non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'articolo 17, del d. lgs. 9 luglio 1997, n. 241, crediti “non spettanti”, scatti solo al superamento – anche in questo caso – di una soglia di punibilità, determinata in cinquantamila euro. Con il secondo comma è invece punita più gravemente, con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni, la fattispecie, maggiormente offensiva, di utilizzo in compensazione, sempre ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, di crediti “inesistenti” per un importo annuo superiore ai cinquantamila euro.

La non semplice agevole distinzione fra crediti “non spettanti” e crediti “inesistenti” – in sintesi: nella seconda categoria dovrebbero includersi, oltre ai crediti che risultano inesistenti sin dall’origine (perché il credito utilizzato non esiste materialmente o perché, pur esistente, è già stato utilizzato una volta), anche quei crediti che non sono esistenti dal punto di vista soggettivo (cioè dei quali è riconosciuta la spettanza ad un soggetto diverso da quello che li utilizza in indebita compensazione) ovvero quelli sottoposti a condizione sospensiva; nella prima, invece, dovrebbero ricomprendersi, ad esempio, quei crediti utilizzati oltre il limite normativo, ovvero utilizzati in compensazione in violazione del divieto di compensazione per ruoli non pagati – è stata oggetto, nell’anno in rassegna, di alcune pronunce di legittimità anteriori alla modifica legislativa (**Sez. III, 7 luglio 2015, n. 36393, Ghirlandini; Sez. III, 26 giugno 2014, n. [3367/2015](#), Napoli, Rv. 262003**) nelle quali la Corte ha ribadito che è credito tributario “non spettante”, ai fini di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, art. 10 quater, quel credito che, pur certo nella sua esistenza ed ammontare sia, per qualsiasi ragione normativa, ancora non utilizzabile (ovvero non più utilizzabile) in operazioni finanziarie di compensazione nei rapporti fra il contribuente e l’Erario.

Sotto altro profilo di interesse, in una diversa circostanza la Corte – **Sez. III, 16 gennaio 2015, n. n. [15236](#), Chiarolla, Rv. 263051** – ha inteso precisare che il delitto di cui all’art. 10 quater del d. lgs. N. 74 del 2000, richiede, per quanto concerne l’elemento oggettivo, che il mancato versamento di imposta risulti formalmente “giustificato” da una illegittima compensazione, ex art. 17 d. lgs. 9 luglio 1997, n. 241, operata tra le somme spettanti all’erario e i crediti vantati dal contribuente, in realtà non spettanti o inesistenti, escludendo pertanto la configurabilità del reato in una fattispecie nella quale l’imputato non aveva in realtà compilato alcun mod. F24 in cui avrebbe dovuto indicare il credito, inesistente o non spettante, da portare in compensazione.

7. La confisca.

L'art. 10 del d. lgs. N. 158 del 2015, introducendo l'art. 12-bis, riconduce nell'ambito del decreto legislativo n. 74 del 2000 la disposizione contenuta nell'articolo 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007 n. 244 [legge finanziaria 2008].

Si tratta(va) della disposizione con cui era stata estesa, a partire dal 1 gennaio 2008, la confisca – anche per equivalente – prevista dall'articolo 322-ter c.p. ai reati tributari di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000 n. 74 [“Nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000 n. 74 si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322-ter del codice penale”].

Il nuovo art. 12-bis del d. lgs. N. 74 del 2000 prevede la confisca in relazione ad “uno dei delitti previsti dal presente decreto” ed ha come presupposto costitutivo una sentenza di condanna o di applicazione di pena su richiesta delle parti.

La disposizione di legge è strutturata in due commi: il primo comma, definisce l'oggetto del provvedimento ablativo e riproduce la distinzione, già contenuta in numerose altre disposizioni, tra confisca obbligatoria diretta del prezzo o del profitto del reato – salvo che appartengano a persona estranea – e, nel caso in cui non sia possibile la confisca di proprietà, confisca per equivalente di cose corrispondenti al valore del prezzo o del profitto derivante dal reato; nel secondo comma la norma prevede che la confisca “non opera” per la parte che il contribuente “si impegna a versare” all'erario anche in presenza di sequestro, precisandosi peraltro che, in caso di mancato versamento, la confisca è sempre disposta.

Il primo comma della nuova disposizione lascia irrisolte, sullo sfondo, una serie di questioni di indubbio rilievo che vertono, in particolare, sulla nozione di profitto del reato, con particolare riferimento al nesso di derivazione che deve sussistere fra vantaggio ed illecito e alla struttura del profitto con specifico riferimento ai reati tributari, in cui il vantaggio derivante dal reato consiste normalmente non in incremento del patrimonio del reo quanto, piuttosto, in un mancato decremento (risparmio di spesa), nonché – infine – in ordine al rapporto tra la disciplina della responsabilità

amministrativa degli enti prevista dal d. lgs. N. 231 del 2001 ed il sistema sanzionatorio tributario.

Nel 2015, sulla generale tematica dei presupposti della confisca e della sua natura in caso di vincolo apposto su somme di denaro sono – come noto – nuovamente intervenute le sezioni unite (**Sez. U, 26 giugno 2015, n. [31617](#), Lucci, Rv. 264434-264438**), affermando che il profitto del reato si identifica con il vantaggio economico derivante in via diretta ed immediata dalla commissione dell'illecito e che qualora il prezzo o il profitto c.d. accrescitivo derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della ablazione e il reato.

Nello specifico ambito penal-tributario, la terza sezione ha affermato che “il profitto, confiscabile anche nella forma per equivalente, del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte di cui all’art. 11 del D.Lgs. n. 74 del 2000, va individuato nella riduzione simulata o fraudolenta del patrimonio del soggetto obbligato e, quindi, consiste nel valore dei beni idonei a fungere da garanzia nei confronti dell’amministrazione finanziaria che agisce per il recupero delle somme evase costituenti oggetto delle condotte artificiose considerate dalla norma” (**Sez. III, 22 gennaio 2015, n. [10214](#), Chiarolanza, Rv. 262754**); con la conseguenza che lo stesso non è configurabile, e non è quindi possibile disporre o mantenere il sequestro funzionale all’ablazione, in caso di annullamento della cartella esattoriale da parte della commissione tributaria, con sentenza anche non definitiva, e di correlato provvedimento di “sgravio” da parte dell’Amministrazione finanziaria (**Sez. III, 2 luglio 2015, n. [39187](#), Lombardi Stronati, Rv. 264789**).

Intervenendo infine su una fattispecie di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente per il caso di reato fiscale, la Corte – (**Sez. III, 15 aprile 2015, Aumenta, Rv. 263409**) ha osservato che il rispetto del principio secondo il quale l’ablazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al vantaggio economico



conseguito dall'azione delittuosa fa sì che, qualora sia stato perfezionato un accordo tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria per la rateizzazione del debito tributario, il vincolo cautelare non può essere mantenuto sull'intero ammontare del profitto derivante dal mancato pagamento dell'imposta evasa, ma deve essere ridotto in misura corrispondente ai ratei versati per effetto della convenzione, determinandosi altrimenti una inammissibile duplicazione sanzionatoria.



CAPITOLO V

I REATI INFORMATICI: LA CONSUMAZIONE DEL REATO DI ACCESSO ABUSIVO AD UN SISTEMA INFORMATICO O TELEMATICO

(GIUSEPPE MARRA)

SOMMARIO: 1. Il caso in esame; 2. La decisione delle Sezioni Unite; 3. Le condotte punite dal reato di cui all'art. 615 ter c.p.; 4. L'unicità del sistema informatico; 5. La consumazione del reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico.

1. Il caso in esame.

La procura di Napoli procedeva per i reati di cui agli artt. 81, 110, 615 ter c.p., nei confronti di due soggetti in concorso, uno dei quali agiva quale impiegato della Motorizzazione civile di Napoli e l'altro in veste di amministratore di un'agenzia di pratiche automobilistiche. Il primo si introduceva abusivamente nel sistema informatico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per effettuare delle visure elettroniche che esulavano dalle mansioni del suo impiego, e ciò al fine di fornire informazioni utili al titolare dell'agenzia.

Il G.U.P. di Napoli dichiarava la propria incompetenza per territorio ritenendo competente il Tribunale di Roma in ragione del fatto che la banca dati del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti era situata in Roma.

Chiesto il rinvio a giudizio per entrambi gli imputati, il G.U.P. di Roma sollevava il conflitto negativo di competenza per territorio, ritenendo che il luogo di consumazione del reato di accesso abusivo ad un sistema informatico dovesse radicarsi ove agiva l'operatore c.d. remoto, e quindi a Napoli.

La Prima Sezione, con ordinanza del 28 ottobre 2014, n. 52575, rilevando un potenziale contrasto di giurisprudenza, rimetteva gli atti alle Sezioni Unite, formulando il seguente quesito : *“Se, ai fini della determinazione della competenza per territorio, il luogo di consumazione del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, di cui all'art. 615-*

ter, cod. pen., sia quello in cui si trova il soggetto che si introduce nel sistema o, invece, quello nel quale è collocato il server che elabora e controlla le credenziali di autenticazione fornite dall'agente”.

2. La decisione delle Sezioni Unite.

Con sentenza **26 marzo 2015, n. 17325, Rocco, Rv. 262020**, le Sezioni Unite hanno affermato il principio di diritto così massimato : *“ In tema di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, il luogo di consumazione del delitto di cui all'art. 615-ter cod. pen. Coincide con quello in cui si trova l'utente che, tramite elaboratore elettronico o altro dispositivo per il trattamento automatico dei dati, digitando la “parola chiave” o altrimenti eseguendo la procedura di autenticazione, supera le misure di sicurezza apposte dal titolare per selezionare gli accessi e per tutelare la banca-dati memorizzata all'interno del sistema centrale ovvero vi si mantiene eccedendo i limiti dell'autorizzazione ricevuta. (In motivazione la Corte ha specificato che il sistema telematico per il trattamento dei dati condivisi tra più postazioni è unitario e, per la sua capacità di rendere disponibili le informazioni in condizioni di parità a tutti gli utenti abilitati, assume rilevanza il luogo di ubicazione della postazione remota dalla quale avviene l'accesso e non invece il luogo in cui si trova l'elaboratore centrale).*

I termini del contrasto sono stati ricostruiti prendendo spunto dall'orientamento offerto dalla sentenza Sez. I, 27 maggio 2013, n.40303, Martini, Rv. 257252, che aveva approfondito il tema della competenza territoriale in materia, giungendo ad affermare che il luogo di consumazione del delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico non era quello in cui venivano inseriti i dati idonei ad entrare nel sistema bensì quello dove materialmente era collocato il *server* che elaborava e controllava le credenziali di autenticazione del cliente, per poi riportare il contrapposto orientamento, espresso dall'ordinanza di rimessione, che invece riteneva perfezionarsi il reato già nel luogo ove si trovava l'utente che operava illecitamente sulla postazione c.d remota, quindi in luogo anche diverso da quello in cui era materialmente ubicato il *server* .

3. Le condotte punite dal reato di cui all'art. 615 ter c.p.

Per meglio comprendere il percorso logico–giuridico della decisione assunta dalle Sezioni Unite in tema di competenza territoriale, appare necessario puntualizzare l'ambito applicativo del reato di cui all'art. 615 ter c.p.

Tale aspetto è stato risolto in precedenza dalla sentenza delle Sezioni Unite, 27 ottobre 2011, n. 4694/2012, Casani, Rv. 251269, che hanno affermato la rilevanza penale « della condotta di colui che, pur essendo abilitato, acceda o si mantenga in un sistema informatico o telematico protetto, violando le condizioni e i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema per delimitarne oggettivamente l'accesso, rimanendo invece irrilevanti, ai fini della sussistenza del reato, gli scopi e le finalità che abbiano soggettivamente motivato l'ingresso nel sistema».

Nell'occasione è stato chiarito dal Supremo Collegio che le condotte descritte dall'art. 615-ter cod. pen. Sono punite a titolo di dolo generico e consistono: a) nell'introdursi abusivamente in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza – da intendersi come accesso alla conoscenza dei dati o informazioni contenuti nel sistema – effettuato sia “da lontano” (attività tipica dell'hacker), che “da vicino” (da persona, cioè, che si trova a diretto contatto dell'elaboratore); b) nel mantenersi nel sistema contro la volontà, espressa o tacita, di chi ha il diritto di esclusione – da intendersi come il persistere nella già avvenuta introduzione, inizialmente autorizzata o casuale, continuando ad accedere alla conoscenza dei dati nonostante il divieto, anche tacito, del titolare del sistema. Ipotesi tipica è quella in cui l'accesso di un soggetto sia autorizzato per il compimento di operazioni determinate e per il relativo tempo necessario (ad esempio, l'esecuzione di uno specifico lavoro ovvero l'installazione di un nuovo programma) ed il soggetto medesimo, compiuta l'operazione espressamente consentita, si intrattenga nel sistema per la presa di conoscenza, non autorizzata, dei dati.

Nell'ambito della protezione offerta dall'art. 615-ter cod. pen. Ricadono pertanto anche i sistemi di trattamento delle informazioni che sfruttano l'architettura di rete denominata *client-server*, nella quale un *computer* o terminale (il *client*) si connette tramite rete ad un elaboratore centrale (il *server*) per la condivisione di risorse o di informazioni, che possono essere rese disponibili a distanza anche ad altri utenti.

La tutela giuridica è perciò riservata ai sistemi muniti di misure di sicurezza perché, dovendosi proteggere il diritto di uno specifico soggetto, è necessario che questo abbia dimostrato di volere riservare l'accesso alle persone autorizzate e di inibire la condivisione del suo spazio informatico con i terzi.

4. L'unicità del sistema informatico.

A fondamento della decisione delle Sezioni Unite n.17325/2015 si pone certamente un modo di intendere il concetto di “sistema informatico” in senso unitario, considerato quindi nel suo complesso, comprensivo del *server* contenente la banca dati così come dei terminali ad esso collegati o interconnessi tra loro.

In questa prospettiva la sentenza afferma che : “ *Da un punto di vista tecnico-informatico, il sistema telematico deve considerarsi unitario, essendo coordinato da un software di gestione che presiede al funzionamento della rete, alla condivisione della banca dati, alla archiviazione delle informazioni, nonché alla distribuzione e all'invio dei dati ai singoli terminali interconnessi.*

Consegue che è arbitrario effettuare una irragionevole scomposizione tra i singoli componenti dell'architettura di rete, separando i terminali periferici dal server centrale, dovendo tutto il sistema essere inteso come un complesso inscindibile nel quale le postazioni remote non costituiscono soltanto strumenti passivi di accesso o di interrogazione, ma essi stessi formano parte integrante di un complesso meccanismo, che è strutturato in modo da esaltare la funzione di immissione e di estrazione dei dati da parte del client.

I terminali, secondo la modulazione di profili di accesso e l'organizzazione della banca-dati, non si limitano soltanto ad accedere alle informazioni contenute nel data base, ma sono abilitati a immettere nuove informazioni o a modificare quelle preesistenti, con potenziale beneficio per tutti gli utenti della rete, che possono fruire di dati più aggiornati e completi per effetto dell'interazione di un maggior numero di operatori.

Alla luce di questa considerazione, va focalizzata la nozione di accesso in un sistema informatico, che non coincide con l'ingresso all'interno del server fisicamente collocato in un determinato luogo, ma con l'introduzione telematica o virtuale, che avviene instaurando un colloquio elettronico o circuitale con il sistema centrale e con tutti i terminali ad esso collegati.”

5. La consumazione del reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico.

Coerentemente all'impostazione di considerare il sistema informatico nella suo complesso, le Sezioni Unite n.17325/2015 hanno individuato la consumazione del reato di cui all'art. 615 ter c.p. nel momento e nel luogo ove era avvenuto l'accesso al sistema dal terminale cosiddetto periferico. Si è affermato a tal fine che : “ *L'accesso inizia con l'unica condotta umana di natura materiale, consistente nella digitazione da remoto delle credenziali di autenticazione da parte dell'utente, mentre tutti gli eventi successivi assumono i connotati di comportamenti comunicativi tra il client e il server.*

L'ingresso o l'introduzione abusiva, allora, vengono ad essere integrati nel luogo in cui l'operatore materialmente digita la password di accesso o esegue la procedura di login, che determina il superamento delle misure di sicurezza apposte dal titolare del sistema, in tal modo realizzando l'accesso alla banca-dati.

Da tale impostazione, coerente con la realtà di una rete telematica, consegue che il luogo del commesso reato si identifica con quello nel quale dalla postazione remota l'agente si interfaccia con l'intero sistema, digita le credenziali di autenticazione e preme il testo di avvio, ponendo così in essere l'unica azione materiale e volontaria che lo pone in condizione di entrare nel dominio delle informazioni che vengono visionate direttamente all'interno della postazione periferica.”

Le Sezioni Unite hanno poi precisato che nel caso in cui *server* non risponda o non riconosce le credenziali di accesso, il reato si fermerà alla soglia del tentativo punibile. E poi hanno aggiunto che : “ *Nelle ipotesi, davvero scolastiche e residuali, nelle quali non è individuabile la postazione da cui agisca il client, per la mobilità degli utenti e per la flessibilità di uso dei dispositivi portatili, la competenza sarà fissata in base alle regole suppletive (art.9 cod. proc. pen.)”.*

Le conclusioni sopra indicate sono valide anche in relazione all'ipotesi di reato commesso da soggetto che, dopo un accesso legittimo, si intrattenga contro la volontà del titolare del sistema ovvero eccedendo i limiti dell'autorizzazione ricevuta. In tali casi ovviamente il momento consumativo non potrà individuarsi quando l'agente ha utilizzato legittimamente le sue credenziali per accedere al sistema, ma quando invece ha inizio la sua condotta omissiva, che coincide con un uso illecito dell'elaboratore, con o



senza captazione di dati. Infatti si afferma che “ *L’operatore remoto, anche in questo caso, si relaziona, con impulsi elettronici e colloquia con il sistema dalla sua postazione periferica presso la quale vengono trasferiti dati con la conseguenza che è irrilevante il luogo in cui è collocato il server per le già dette ragioni.*”

I principi affermati dalle Sezioni Unite n.17325/2015 sono stati poi ribaditi dalla sentenza **Sez.VI, 30 giugno 2015, n.27825, Ignat, Rv. 264055**, che aveva per oggetto il tema della giurisdizione italiana nel caso di reato commesso all’estero; la sentenza è stata così massimata: “*In tema di mandato d’arresto europeo, il divieto di consegna previsto dall’art. 18, comma primo, lett. p), della legge n. 69 del 2005, presuppone che la giurisdizione italiana in ordine al “locus commissi delicti” risulti con certezza, non potendosi ritenere sufficiente la mera ipotesi che il reato sia stato commesso in tutto od in parte nel territorio dello Stato. (Fattispecie relativa a m.a.e. processuale avente ad oggetto una richiesta di consegna delle Autorità rumene per il reato di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico, in cui la S.C. ha escluso la giurisdizione italiana, non essendo stato accertato il luogo in cui si trovava la postazione utilizzata dall’agente per superare le misure di sicurezza apprestate dal server di Poste Italiane s.p.a., a nulla rilevando che il predetto server fosse collocato in territorio italiano)*”, e si ricava il principio dell’irrilevanza della presenza sul territorio dello Stato del server del sistema informatico violato.



CAPITOLO VI

PROFILI PROBLEMATICI IN TEMA DI TRUFFA INFORMATICA

(GIUSEPPE MARRA)

SOMMARIO: 1. Il problema del *locus commissi delicti* nelle truffe on line; 2. La posizione della Procura Generale sui contrasti tra P.M.

1. Il problema del *locus commissi delicti* nelle truffe on line

Nell'ambito del più ampio fenomeno dei delitti commessi a mezzo di sistemi informatici o telematici, una particolare rilevanza assumono le truffe contrattuali realizzate *on line* sia per la loro sempre crescente diffusività sia per l'obiettivo difficoltà nel perseguire questi tipi di reati.

Con riguardo a quest'ultimo profilo va evidenziato l'insorgere di un contrasto giurisprudenziale relativamente all'individuazione del *locus commissi delicti*, non solo all'interno della Corte di Cassazione, ma anche e soprattutto con la Procura Generale presso la Corte di Cassazione, chiamata a sua volta a dirimere i contrasti insorti tra pubblici ministeri ai sensi degli art. 54 e ss. C.p.p.

Le condotte illecite sono connesse all'ormai diffusissimo fenomeno delle vendite *on line* (o altri tipi di contratti come gli affitti delle case per le vacanze), in cui di regola l'autore del truffa immette nella rete internet degli annunci di vendita indicando le modalità di pagamento del corrispettivo del bene pubblicizzato, pagamento che di regola viene richiesto a mezzo bonifico bancario ovvero attraverso la ricarica di carte prepagate del tipo *postepay* o simili, di cui si forniscono i relativi codici.

In termini generali si può affermare consolidato il principio secondo cui “ *La truffa è reato istantaneo e di danno, che si perfeziona nel momento in cui alla realizzazione della condotta tipica da parte dell'autore abbia fatto seguito la “deminutio patrimonii” del soggetto passivo: ne consegue che, nell'ipotesi di c.d. truffa contrattuale, il reato si consuma non già quando il soggetto passivo assume, per effetto di artifici o raggiri, l'obbligazione della “datio” di un bene economico, ma nel momento in cui si*

realizza l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente e la definitiva perdita dello stesso da parte del raggirato." (in questi termini Sez. II, 24 gennaio 2012, n. 18859, Volpi, Rv. 252821; in precedenza anche S.U., 21 giugno 2000, n. 18, Franzo ed altri, Rv. 216429).

Tale principio andava perciò declinato in conformità della particolarità del pagamento effettuato non direttamente *brevi manu*, ma bensì per via telematica, e quindi a distanza, con le modalità sopra descritte.

Un primo orientamento è dato dalla sentenza **Sez. I, 13 marzo 2015, n. 25230, Migliorati, Rv. 263962**, così massimata : “ *Nel delitto di truffa, quando il profitto è conseguito mediante accredito su carta di pagamento ricaricabile (nella specie “postepay”), il tempo e il luogo di consumazione del reato sono quelli in cui la persona offesa ha proceduto al versamento del denaro sulla carta, perché tale operazione ha realizzato contestualmente sia l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente, che ottiene l'immediata disponibilità della somma versata, e non un mero diritto di credito, sia la definitiva perdita dello stesso bene da parte della vittima* ”. Nella fattispecie la Cassazione era stata investita della risoluzione di un conflitto di competenza per territorio in un caso di truffa consumata per mezzo dell'accredito di somme di denaro sulla carta “ricaricabile” postepay intestata all'imputato. Da un lato il Tribunale di Agrigento si era dichiarato incompetente, ritenendo che a tal fine fosse determinante il luogo ove l'imputato, residente nella provincia di Brescia, aveva incassato il denaro dalla vendita truffaldina tramite accredito sulla propria carta *postepay*, e dall'altro il Tribunale di Brescia che aveva declinato la propria competenza, ritenendo, invece, che essa fosse da radicare nel luogo ove la persona offesa aveva proceduto al versamento del denaro sulla carta *postepay*, in quanto la ricarica (e quindi il trasferimento di denaro) sarebbe avvenuta nel momento stesso del versamento effettuato dalla vittima del raggio. La Corte ha dichiarato la competenza del Tribunale di Agrigento ove era stato effettuato il versamento dalla persona offesa, ritenendo che nel caso di pagamento a mezzo ricarica di carta *postepay* vi sarebbe la coincidenza tra il momento del conseguimento dell'ingiusto profitto con quello della *deminutio patrimonii* a carico della vittima.

Di diverso avviso invece la sentenza di poco antecedente **Sez. II, 4 novembre 2014, n. 7749/2015, Giannetto, Rv. 264696**, chiamata a decidere tra l'altro anche sull'eccezione di incompetenza territoriale del giudice di primo grado, riproposta dal ricorrente nei motivi di ricorso, il quale assumeva che la competenza doveva ritenersi radicata nel luogo ove la persona offesa aveva disposto l'acquisto *on line* ed il conseguente pagamento, e non già nel luogo ove era stata incassata la somma oggetto del prezzo da parte dell'imputato. La Corte ha rigettato l'eccezione affermando che “ *..la truffa contrattuale, si consuma nel luogo ove il reo consegue l'ingiusto profitto e non già nel luogo ove viene data disposizione per il pagamento* “, richiamando a tal fine le pronunce emesse da : Sez. II, 9 marzo 2011, Beleniuc, Rv. 249861, e, Sez.V, 29 gennaio 2009, n. 14905, Coppola, Rv. 243608.

In termini analoghi si è espressa anche la sentenza Sez. I, 13 giugno 2014, n. 28261, in confl. Comp. Nel proc. Verderame, chiamata a decidere sempre su un conflitto negativo di competenza per territorio proprio in tema di truffa *on line* con pagamento mediante ricarica di carta *postepay* intestata all'imputato. Nella fattispecie la Suprema Corte non ha fatto riferimento al luogo ove la persona offesa aveva effettuato il pagamento, ma ha individuato la competenza territoriale in base al criterio residuale dettato dal terzo comma dell'art. 9 c.p.p., ossia ove aveva sede l'ufficio del pubblico ministero che per primo aveva iscritto la notizia di reato nell'apposito registro, in quanto nel caso di specie non era stato possibile individuare con esattezza il luogo ove l'imputato aveva acquisito il denaro versato dalla persona offesa, ovvero dove si trovava l'utilizzatore dello strumento di pagamento ricaricabile nel momento in cui era pervenuto il pagamento.

2. La posizione della Procura Generale sui contrasti tra P.M.

La Procura Generale presso la Corte di Cassazione pur consapevole della già citata sentenza Sez. I, 13 marzo 2015, n. 25230, Migliorati, Rv. 263962, ha consolidato, nelle decisioni riguardanti i contrasti di competenza tra pubblici ministeri, l'orientamento contrapposto alla predetta decisione, considerando invece determinante il luogo ove si

consegue l'ingiusto profitto (si vedano per ultimi i decreti emessi ai sensi dell'art. 54 c.p.p.: 23 settembre 2015, n. 224; 23 settembre 2015, n. 225; 8 settembre 2015, n. 226)

In particolare si è affermato quanto al *locus commissi delicti* che esso è “...nei casi di pagamento a mezzo ricarica di carta prepagata (postepay o simili) e ove detta carta sia “appoggiata” su un conto corrente bancario o postale, il luogo ove ha sede la filiale della banca o l'ufficio postale presso il quale è stato acceso il conto medesimo, così nei casi di pagamento a mezzo ricarica di carta prepagata (postepay o simili), e ove detta carta non sia “appoggiata” ad alcun conto corrente, il luogo ove hanno sede l'ufficio o l'esercizio commerciale presso il quale la carta prepagata è stata attivata (identificabile attraverso il cd. Codice univoco della carta e qualificabile come vero e proprio domicilio informatico). Laddove le indagini non abbiano consentito di acquisire alcuno dei dati di cui ai punti precedenti, ai sensi dell'art. 9cpv. c.p.p., il luogo di residenza e di domicilio dell'indagato.”

La Procura Generale nelle argomentazioni a sostegno della propria posizione ha svolto un parallelismo con le truffe contrattuali in cui l'oggetto materiale del reato sia costituito da titoli di credito dati in pagamento dalla persona offesa. Infatti in tali ipotesi la già citata sentenza S.U., n. 18/2000, Franzo, aveva ritenuto consumato il delitto di cui all'art. 640 c.p., nel momento in cui l'assegno ricevuto dall'autore del reato veniva effettivamente da questi incassato o comunque utilizzato. In forza di questo precedente la Procura Generale ha affermato che non appare possibile ipotizzare un mutamento di competenza territoriale in ragione della diversità del mezzo di pagamento adottato in relazione alla prestazione contrattuale convenuta.

Infine va evidenziato che secondo la Procura Generale l'orientamento da essa sostenuto sarebbe senz'altro da preferire anche perché consente una più agevole concentrazione delle indagini ed un più efficace esercizio dell'azione penale, che talora può presentare una pluralità consistente di persone offese sparse nel territorio nazionale (si immagini il caso non infrequente di una truffa commessa da un unico soggetto ai danni di più persone che effettuano il versamento del prezzo al medesimo indirizzo loro segnalato nella pagina contenente l'inserzione pubblicizzante la vendita di beni on line). Infatti in tali casi sarebbe comunque competente la sola Procura della Repubblica nel cui



territorio è stata attivata la carta prepagata postepay o simili, risultando indifferente dove le persone offesa hanno effettuato la ricarica della stessa.



CAPITOLO VII

IL RIFIUTO DI SOTTOPORSI ALL'ACCERTAMENTO DEL TASSO ALCOOLIMETRICO: LE QUESTIONI AFFRONTATE DALLE SEZIONI UNITE

(ASSUNTA COCOMELLO)

SOMMARIO: 1.Premessa: i rapporti tra il reato di guida in stato di ebbrezza e quello di rifiuto di sottoporsi al test alcolimetrico. – 2. Le Sezioni Unite sulla configurabilità dell'aggravante del procurato incidente stradale nell'ipotesi di rifiuto di sottoporsi all'accertamento del tasso di alcool. – 3. Le Sezioni Unite sull'applicabilità del raddoppio della durata della sanzione della sospensione della patente di guida anche all'ipotesi del rifiuto.

1. Premessa: i rapporti tra il reato di guida in stato di ebbrezza e quello di rifiuto di sottoporsi al test alcolimetrico.

Dopo l'approvazione del nuovo codice della strada, con decreto legislativo del 30 aprile 1992 n. 285, e del relativo regolamento di esecuzione e di attuazione, approvato con il decreto del Presidente della Repubblica del 16 dicembre 1992 n. 495, è iniziato un incessante processo di riforme delle disposizioni in esso contenute, anche in relazione agli aspetti di natura penale della disciplina. Tale fenomeno è stato più volte criticato dalla dottrina, la quale ha posto in evidenza come lo strumento della decretazione d'urgenza, cui il legislatore ha spesso fatto compulsivamente ricorso nelle riforme del codice della strada, ponga nella materia penale delicatissimi problemi, specie di diritto transitorio e di coordinamento con altre disposizioni, tali da favorire un complessivo sistema di tutela penale in materia di sicurezza stradale, connotato da precarietà ed incertezze che mal si conciliano con i principi di legalità e tassatività vigenti in materia.

A seguito di tali modifiche legislative sono sorti non rari dubbi interpretativi sull'applicazione delle singole disposizioni, che la giurisprudenza di legittimità ha tentato, in parte, di affrontare. Tanto, ad esempio, è innegabilmente accaduto in ordine ai

rapporti tra il reato di guida in stato di ebbrezza ed il reato di rifiuto di sottoporsi all'accertamento strumentale del tasso di alcool.

Le molteplici questioni affrontate in merito dalla giurisprudenza di legittimità, presupponevano, preliminarmente, l'analisi di due questioni interpretative di rilievo: da un lato, la struttura ontologica delle due fattispecie criminose - al fine di stabilire i rapporti tra le stesse - dall'altro le modalità dell'accertamento dello "stato di ebbrezza", al fine di comprendere se la condotta di rifiuto escludesse, logicamente, tale condizione, ne costituisse "presunzione" o, più semplicemente, potesse "concorrere" con essa.

Sebbene la giurisprudenza di legittimità è sostanzialmente concorde sulla possibilità di un concorso materiale tra i due reati, residuano contrasti interpretativi su numerose questioni di diritto, in ordine alle quali, di recente, sono state chiamate a pronunciarsi le Sezioni Unite della Suprema Corte.

Come si dirà meglio nei paragrafi che seguono, alla luce delle soluzioni ermeneutiche adottate dai giudici dal Supremo consesso nei due ricorsi ad esso rimessi nel corso del 2015, emerge l'affermazione di un'autonomia delle due fattispecie di reato in esame, fondata sulla diversità ontologica delle stesse, che non permette, nonostante la confusione generata dalle disordinate modifiche normative della materia, un'interpretazione estensiva delle disposizioni ad essi relative, neanche quando, inderogabili esigenze di sicurezza stradale, sembrerebbero imporla.

2. Le Sezioni Unite sulla configurabilità dell'aggravante del procurato incidente stradale nell'ipotesi di rifiuto di sottoporsi all'accertamento del tasso di alcool.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere la seguente questione di diritto: "*Se la circostanza aggravante prevista dall'art. 186, comma 2 bis cod. strada in riferimento al reato di guida in stato di ebbrezza, sia applicabile anche al rifiuto di sottoporsi all'accertamento per la verifica dello stato di ebbrezza di cui all'art. 186 comma 7, cod. strada*".

Su tale questione, infatti, si registrava nella giurisprudenza di legittimità un contrasto.

Una parte della giurisprudenza sosteneva la configurabilità dell'aggravante del procurato incidente stradale anche nella ipotesi del rifiuto, sulla base della mera analisi dei rinvii normativi effettuati dalle norme di riferimento, valorizzando, in particolare, il rinvio che il comma 7 dell'art. 186 cod. strada effettua al comma 2 lett. c) che, a sua volta, è richiamato dal comma 2 bis del medesimo articolo, che ne prevede il raddoppio di pena (Sez. IV, 14 novembre 2013 n. 9318/14, Stagnare, rv. 258215; Sez. IV, 26 settembre 2014, n. 43845, Lambiase, rv. 260602).

Un opposto orientamento, invece, limitava la configurabilità dell'aggravante al solo reato di guida in stato di ebbrezza, escludendo la sua applicabilità all'ipotesi del mero rifiuto *“in assenza di un espresso richiamo dell'ipotesi aggravata nella previsione del comma 7 dell'art.186”*, circostanza che, secondo tale orientamento, non poteva, certamente, essere attribuita ad una mera svista del legislatore o ad una mancanza di coordinamento tra le disposizioni (Sez. IV, 9 maggio 2014 n. 22687, Caldarelli, rv. 259242; Sez. IV, 10 luglio 2014 n. 51731, Crisopulli, rv. 261568). Tale orientamento, inoltre, a sostegno della soluzione ermeneutica prescelta, poneva in evidenza la differenza ontologica e strutturale esistente tra l'azione di *“condurre un veicolo in stato di ebbrezza”*, necessaria per integrare l'ipotesi di cui al comma 2 e quella del *“rifiuto di sottoporsi all'accertamento di tale stato”* richiesta dalla fattispecie di cui al comma 7, affermando che, solo la prima condotta integra l'elemento specializzante (guida in stato di ebbrezza) richiesto dalla circostanza aggravante del comma 2 bis, mentre tale elemento è del tutto estraneo all'ipotesi del rifiuto la quale, anzi, prevede che tale accertamento non sia avvenuto. Tali pronunce, pertanto, affermavano l'autonomia fra le due fattispecie di reato, tra le quali non ricorre un rapporto di specialità, ma di reciproca alternatività, in conseguenza del quale è giustificato l'eventuale concorso materiale tra l'ipotesi di rifiuto di sottoporsi ad accertamenti strumentali e quella della guida in stato di ebbrezza eventualmente *aliunde* accertata (Sez. IV, 8 maggio 1997, n. 6355, P.M. in proc. Mela, rv. 208222).

La risoluzione del contrasto sottoposto alle Sezioni Unite, inoltre, assume notevole rilevanza pratica poiché, come noto, la contestazione dell'aggravante del procurato incidente stradale, impedisce al giudice, ai sensi dell'art. 186, comma 9 bis cod.strada, la

sostituzione della pena, sia detentiva che pecuniaria, con quella del lavoro di pubblica utilità.

Con la pronuncia delle **Sezioni Unite, del 29 ottobre 2015 n. 46625, P.M. in proc. Zucconi, Rv. 265025**, la Suprema Corte, nell'aderire al secondo degli orientamenti illustrati ha affermato il principio di diritto così massimato *“La circostanza aggravante di aver provocato un incidente stradale non è configurabile rispetto al reato di rifiuto di sottoporsi all'accertamento, mediante etilometro, per la verifica dello stato di ebbrezza, stante la diversità ontologica di tale fattispecie incriminatrice rispetto a quella di guida in stato di ebbrezza”*.

Il percorso ermeneutico seguito dalle Sezioni Unite, prende le mosse da argomenti di natura sistematica e testuale, ponendo in evidenza le contestuali modifiche normative intervenute in relazione alle disposizioni regolatrici della guida in stato di ebbrezza e del rifiuto di sottoporsi al test alcoli metrico, le quali, secondo la Corte, *“inducono ad escludere che il mancato esplicito riferimento del comma 7 al comma 2 bis sia il risultato di un mero difetto di coordinamento”* ed anzi, dal mero tenore testuale delle medesime norme emerge, con evidenza, *“la diversità ontologica tra il concetto “di conducente in stato di ebbrezza”, elemento costitutivo dell'aggravante in esame, e quello di “conducente che si rifiuti di sottoporsi all'accertamento”, che, al contrario, presuppone la mancanza di accertamento”*.

In sostanza, rileva il Supremo consesso, il conducente di cui all'art. 186, comma 7 cod. strada, non è da considerarsi “conducente in stato di ebbrezza *ex lege*”, concetto che costituisce, invece, l'elemento costitutivo dell'aggravante *de qua*.

Con tale sentenza, pertanto, le Sezioni Unite ribadiscono la diversità *“ontologica delle due fattispecie in esame”*, coerentemente con il quadro giurisprudenziale, da sempre conforme, che afferma la possibilità di configurare un eventuale concorso materiale fra queste (tra le più recenti pronunce **Sez. IV, del 12/11/2014, n.13851/2015, Fattizzo, Rv. 262870**)

Ed è proprio sulla base della possibilità di un concorso materiale delle due fattispecie che le Sezioni Unite forniscono una risposta anche alla maggiore delle preoccupazioni rappresentate dai sostenitori dell'opposto orientamento, relativa ad una “apertura del sistema ad improvvise logiche di premialità” nei confronti di colui che, cosciente del proprio stato di ebbrezza, reputerà più conveniente sottrarsi al relativo accertamento, in

considerazione della concreta possibilità, come detto, di contestare al conducente che opponga il rifiuto, anche la diversa e concorrente ipotesi della guida in stato di ebbrezza, sulla base della presenza di eventuali elementi sintomatici che palesino, attraverso un'accurata descrizione delle circostanze fattuali, la sussistenza di tale stato.

3. Le Sezioni Unite sull'applicabilità del raddoppio della durata della sanzione della sospensione della patente di guida anche all'ipotesi del rifiuto.

Sempre in relazione ai rapporti tra il reato di guida in stato di ebbrezza e quello di rifiuto di sottoporsi al test alcoolimetrico, le Sezioni Unite sono state, inoltre, chiamate a pronunciarsi sulla seguente questione controversa: *“Se il raddoppio della sanzione accessoria della sospensione della patente di guida, previsto in relazione alla fattispecie di guida in stato di ebbrezza, nell'ipotesi di cui all'art. 186, comma 2 lett. c) cod. strada, quando il veicolo appartenga a persona estranea al reato, si applichi anche nel caso di rifiuto di sottoporsi all'accertamento del tasso di alcool di cui all'art. 186, comma 7 cod. strada, sempre che il veicolo appartenga a persona estranea al reato”*.

In merito i giudici della Quarta Sezione, nel rimettere il ricorso alle Sezioni Unite, avevano posto in evidenza l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale, fondato su una divergente interpretazione della natura dei rinvii effettuati, rispettivamente, dal primo e dal secondo periodo dell'art. 186, comma 7 cod. strada, al comma 2 lett. c) del medesimo articolo.

In particolare, secondo un primo orientamento, il richiamo *per relationem* alle “pene” di cui al comma 2 lett. c), contenuto nel primo periodo del comma 7, doveva intendersi limitato alla pena principale, essendo la sanzione amministrativa disciplinata autonomamente in relazione alla fattispecie criminosa del rifiuto e al di fuori di qualsiasi rinvio alla precedente disposizione di cui al comma 2 lett. c). Secondo tale giurisprudenza, la correttezza di tale soluzione ermeneutica emergeva dallo stesso tenore letterale della norma, in quanto, evidentemente, il rinvio contenuto nel secondo periodo del medesimo comma 7- nella parte in cui, dopo la previsione della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida, del relativo quantum e

della confisca del veicolo, testualmente recita “con le stesse modalità e procedure previste al comma 2 lett. c), salvo che il veicolo appartenga a persona estranea al reato”- si riferiva alla sola confisca e non anche alla sanzione amministrativa, considerato, tra l'altro, che non sono presenti nella norma cui viene fatto rinvio “modalità e procedure” che riguardino la sospensione della patente di guida, mentre ve ne sono in relazione alla confisca (Sez. VI, 10 luglio 2014, n. 36396, Farinelli, rv. 263254; Sez. IV, 24 marzo 2015, n.15184, Vaglia, rv.263277).

Un opposto orientamento, invece - premessa la distinzione in tema di rinvio normativo tra rinvio recettizio (o statico) e rinvio formale (o dinamico), già affrontata dalla dottrina e dalla giurisprudenza con le S.U., 28 marzo 2013, n. 26268, Cavalli, rv. 255582 - riconosceva natura “formale”(o dinamica) ad entrambe i rinvii che il comma 7 dell'art.186 fa, rispettivamente, al primo e al secondo periodo, dell'art. 186 comma 2 lett.c). Dalla natura formale dei rinvii deriverebbe, secondo tale giurisprudenza, che i mutamenti e le evoluzioni della norma di riferimento (comma 2, lett c) dell'art. 186) comportano inevitabilmente il mutamento della norma di rinvio (comma 7 art. 186), cosicché il richiamo del comma 7 al comma 2 lett. c) deve intendersi riferito sia alla pena principale, sia alle “modalità e procedure” afferenti alla sospensione della patente di guida ed alla confisca del veicolo, con conseguente applicabilità del raddoppio della sanzione amministrativa accessoria della patente anche all'ipotesi di rifiuto. La natura dinamica del rinvio, infatti, comporterebbe l'applicabilità alla fattispecie del rifiuto, reintrodotta dal legislatore del 2008, anche della successiva disciplina del 2010, in materia di sospensione della patente e di confisca del veicolo nel caso in cui questo appartenga a persona estranea al reato (Sez. IV, 16 ottobre 2014, n. 46390, Bianchi, rv. 263275).

Con la sentenza delle **Sez. Unite, del 29 ottobre 2015 n. 46624 , Bordin, Rv. 265024**, in merito al suddetto contrasto, la Suprema Corte ha affermato che “*Al reato di rifiuto di sottoporsi all'accertamento per la verifica dello stato di ebbrezza, non si applica la previsione di cui all'art. 186, comma secondo, lett.c) cod. strada nella parte in cui dispone che la durata della sospensione della patente di guida è raddoppiata qualora il veicolo condotto dall'imputato appartenga a persona estranea al reato*”.

Il Supremo Collegio, premessa un'accurata analisi delle contestuali e numerose modifiche normative intervenute in relazione alle disposizioni oggetto di ricorso e della genesi dei “rinvii” in esse contenute, afferma di non condividere il percorso interpretativo affrontato dalle pronunce del secondo orientamento, con particolare riferimento alle conclusioni cui giunge la citata sentenza Bianchi sulla base di una distinzione tra rinvio recettizio e rinvio dinamico, individuando, appunto nel rinvio effettuato dall'art. 186 comma 7 al comma 2 lett c) del medesimo articolo, una natura formale (o dinamica) con conseguente adeguamento della disposizione recepita alla successiva evoluzione della norma richiamata.

“Per il reato di cui all'art. 186, comma 7 cod.strada” precisano, infatti, le Sezioni Unite *“non può parlarsi, con riferimento alla sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida, né di rinvio formale né ricettizio, giacché il legislatore ha espressamente disciplinato tale sanzione con autonoma cornice edittale”* e, pertanto, non è applicabile all'ipotesi della fattispecie del rifiuto la sanzione del raddoppio della sospensione della patente di guida.

Le Sezioni Unite, inoltre, individuano la *ratio* della diversa disciplina della sanzione amministrativa *de qua*, in relazione al reato di rifiuto di sottoporsi al test alcolimetrico, proprio nell'intento del legislatore di mantenere la durata della stessa entro limiti edittali più contenuti, ove la condotta criminosa non sia strettamente correlata all'utilizzo del veicolo ma si sostanzia nella frapposizione di un ostacolo all'accertamento di altro reato, ponendo così l'accento -analogamente a quanto effettuato con la sentenza illustrata al paragrafo che precede -sulla distinta oggettività giuridica dei reati contemplati, rispettivamente, dall'art. 186, comma 2 e 186 comma 7 cod.strada.



SECONDA PARTE

LEGALITA' DELLA PENA



CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ DELLA PENA E L'AMBITO DI AZIONE DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

(PAOLO DI GERONIMO E LUIGI GIORDANO)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di legalità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. – 2.1. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. – 3. Il superamento del giudicato. – 4. La giurisprudenza sull'intervento *in executivis* sulla pena principale. – 5. L'intervento del giudice dell'esecuzione sulle pene accessorie. – 5.1. segue: la sentenza della Sezioni Unite sui limiti dell'intervento *in executivis* sulle pene accessorie. – 5.2. segue: il principio di uniformità temporale tra pena principale e pena accessoria (per le pene accessorie temporanee determinate dalla legge nella misura minima e/o massima). 6. La rilevabilità d'ufficio della illegalità originaria della pena. – 7. Il contrasto concernente l'eventuale effetto preclusivo dell'inammissibilità del ricorso – 7.1. La tesi favorevole all'effetto preclusivo dell'inammissibilità. – 7.2. La tesi favorevole alla prevalenza del principio di legalità. – 8. Natura e conseguenze delle diverse cause di inammissibilità. – 8.1. L'elaborazione giurisprudenziale più recente. – 9. La sentenza "Butera". – 10. Il limiti alla deducibilità in sede esecutiva dell'illegalità della pena. – 11. Le conseguenze in tema di erronea irrogazione della pena detentiva per i reati di competenza del Giudice di Pace.

1. Premessa.

Nel 2015 sono state molteplici le questioni, esaminate dalla Suprema Corte, coinvolgenti la problematica dell'illegittimità della pena ed i margini di intervento in fase di cognizione ed in fase esecutiva. L'occasione che ha reso necessari i plurimi interventi delle Sezioni Unite è essenzialmente legata all'intervenuta dichiarazione di incostituzionalità – con sentenza della C.Cost., 11 febbraio 2014, n. 32 – del trattamento sanzionatorio introdotto in materia di stupefacenti dalla legge 21 febbraio 2006, n.49. La reviviscenza delle più favorevoli cornici edittali previste dall'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ha comportato l'esigenza di verificare se ed in quali limiti l'illegalità sopravvenuta della pena potesse essere rilevata, eventualmente dando luogo in sede esecutiva ad una modifica della sanzione in concreto irrogata. Rinviando per l'approfondito esame delle questioni esaminate dalla Corte in tale materia ad altra parte della presente rassegna, è comunque opportuno evidenziare come, accanto alle pronunce rese con riferimento alla pena divenuta illegale per effetto di dichiarazione di incostituzionalità, se ne sono

registrate altre concernenti più in generale la problematica dell'illegalità della pena – principale ed accessoria – che hanno consentito l'affermazione di principi di rilevanza generale ed applicabili a qualsivoglia fattispecie di pena illegale. Le decisioni intervenute nella materia *de qua*, trovano un collegamento recente con la sentenza resa da Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, Rv. 260697, secondo cui, qualora successivamente alla pronuncia di una sentenza irrevocabile di condanna, interviene la dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, e quest'ultimo non è stato interamente eseguito, il giudice dell'esecuzione deve rideterminare la pena in favore del condannato, pur se il provvedimento correttivo da adottare non è a contenuto predeterminato, potendo egli avvalersi di penetranti poteri di accertamento e di valutazione, fermi restando i limiti fissati dalla pronuncia di cognizione in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali, o comunque derivanti dai principi in materia di successione di leggi penali nel tempo, che inibiscono l'applicazione di norme più favorevoli eventualmente *medio tempore* approvate dal legislatore. La suddetta pronuncia, anche per la sua sostanziale contestualità con quelle qui esaminate, ha fornito un *input* rilevante alla soluzione di una pluralità di fattispecie che, pur nell'evidente specificità di ciascuna, ruotano intorno alle tematiche della pena illegale.

I rapporti tra illegalità della pena e poteri del giudice, sia di cognizione che dell'esecuzione, sono stati approfonditi da **Sez. un., 26 febbraio 2015, n.33040, Jazouli, Rv. 33040**, che ha affrontato in particolare la questione se, in materia di stupefacenti, la pena applicata con sentenza di patteggiamento sulla base della normativa dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 32 del 2014 della Corte Costituzionale debba essere rideterminata anche nel caso in cui la stessa rientri nella nuova cornice edittale applicabile, nonché quali siano i limiti alla rilevabilità d'ufficio, nel giudizio di cassazione, dell'illegalità della pena nel caso di inammissibilità del ricorso. La soluzione ai suddetti quesiti è stata nel senso di ritenere ammissibile una revisione dell'accordo, pur con la precisazione che, qualora il ricorso sia tardivo, la cognizione spetta al giudice dell'esecuzione.

Appare utile segnalare anche **Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon** che, chiamata a verificare se la pena – applicata su richiesta delle parti in relazione alle droghe c.d. leggere, con pronuncia divenuta irrevocabile prima della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014 – debba essere necessariamente rideterminata in sede di esecuzione, ha fornito risposta affermativa, con la precisazione che la pena deve essere rideterminata attraverso la rinegoziazione dell'accordo tra le parti, ratificato dal giudice dell'esecuzione, il quale viene interessato attraverso l'incidente di esecuzione attivato dal condannato o dal pubblico ministero; si è previsto, inoltre, che in caso di mancato accordo il giudice dell'esecuzione provvede alla rideterminazione della pena in base ai criteri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen..

Nella *subiecta materia* è intervenuta, infine, **Sez. un., 26 giugno 2015, Della Fazia**, che ha ritenuto rilevabili d'ufficio, in sede di legittimità, anche in presenza di ricorso manifestamente infondato e privo di censure in ordine al trattamento sanzionatorio, gli effetti delle modifiche normative sopravvenute con riguardo alla più mite disciplina prevista in materia di stupefacenti per le fattispecie di lieve entità, anche quando la pena irrogata rientri nella cornice edittale della previgente disciplina come ripristinata per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014.

Dall'esame della giurisprudenza formatasi in relazione ai molteplici profili dell'illegalità della pena, possono evidenziarsi linee di fondo omogenee e che costituiscono un vero e proprio *leitmotiv* cui le pronunce in esame si sono ispirate. A ben vedere, le decisioni della Suprema Corte intervenute in tema di illegalità della pena risultano essenzialmente volte a dare prevalenza alla tutela del principio di legalità della pena – riconoscendone il rango costituzionale – anche nel caso in cui si sia formato il giudicato, ritenendo quest'ultimo non certo un limite invalicabile ed ostativo alla riconduzione del trattamento sanzionatorio entro i limiti di legge.

L'ulteriore indirizzo comune alla giurisprudenza formatasi in materia è la valorizzazione del ruolo e dell'ampiezza dei poteri esplicabili dal giudice dell'esecuzione, individuando nell'intervento giurisdizionale in sede esecutiva il momento di verifica ed emenda delle pene che, per specie e quantificazione, dovessero risultare difformi rispetto

allo schema legale, richiamando principi già espressi da fondamentali pronunce intervenute in materia, tra le quali è opportuno citare quanto meno la recente sentenza resa da Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821/2014, Ercolano, Rv. 258651.

Rispetto al quadro giurisprudenziale che si è andato delineando con le predette pronunce della Sezioni unite, le sentenze “Butera” e “Basile”, rese dal massimo organo nomofilattico nell’anno 2015, hanno sviluppato i principi in precedenza espressi, applicandoli alle fattispecie peculiari in esame, riguardanti rispettivamente i limiti alla rilevabilità d’ufficio, in sede di ricorso in cassazione, della pena principale *ab origine* illegale – **Sez. un., 26 giugno 2015, n.47766, Butera** – nonché l’ambito di intervento sulla pena accessoria illegale in sede esecutiva, **Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240/2015, Basile, Rv. 262328**.

Nel procedere all’esame dettagliato delle suddette pronunce è doveroso tener presente il contesto giurisprudenziale dal quale derivano principi ed ispirazione di valori, ma anche la complessa elaborazione del principio di legalità della pena che si è nel tempo registrata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte EDU.

2. Il principio di legalità della pena nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Il tema in esame postula una sintetica ricognizione della giurisprudenza della Corte Costituzionale sul principio di legalità delle pene. L’art. 25 Cost., secondo la Corte, nel proclamare l’irretroattività della norma penale, impone un fondamento legale alla potestà punitiva del giudice. Detto fondamento non implica che la legge debba determinare in modo rigido la pena da infliggere. L’individuazione della sanzione da parte del giudice, infatti, non può prescindere dalla considerazione della gravità del reato e della personalità del reo, sicché essa deve essere prefissata dalla legge in maniera da consentirne l’adeguamento alle circostanze del caso concreto (Corte Cost., 7 marzo 1962, n. [15](#)).

Dichiarando l’illegittimità costituzionale dell’art. 122 cod. pen. Mil. Pace, che fissava solo il limite minimo del trattamento sanzionatorio per il reato di violata consegna da parte di militare preposto di guardia a cosa determinata, è stata ravvisata la violazione del

principio della legalità della pena nel caso in cui essa sia indeterminata nel massimo o sia previsto un divario eccessivo e irragionevole fra minimo e massimo edittale, come tale inidoneo a manifestare la scelta legislativa in ordine alla gravità astratta del reato. In una simile situazione, determinando la sanzione, il giudice potrebbe sostituire arbitrariamente la sua valutazione a quella del legislatore, con violazione sostanziale del principio di riserva di legge.

La Corte, peraltro, ha rilevato, che *“il principio di legalità richiede anche che l’ampiezza del divario tra il minimo ed il massimo della pena non ecceda il margine di elasticità necessario a consentire l’individualizzazione della pena secondo i criteri di cui all’art. 133 cod. pen. E che manifestamente risulti non correlato alla variabilità delle fattispecie concrete e delle tipologie soggettive rapportabili alla fattispecie astratta”* (Corte Cost. 15 giugno 1992, n. [299](#)).

La Corte, invero, ha costantemente avvertito che compete alla discrezionalità del legislatore stabilire la misura della pena, in considerazione della natura essenzialmente politica della valutazione che tale scelta implica. Ciò non significa che non possano essere reputate illegittime disparità ingiustificate ed irragionevoli (cfr., tra le altre, di recente, Corte Cost. 8 febbraio 2010, n. [47](#)). Di rado, però, sono state dichiarate illegittime, per contrasto con l’art. 3 Cost., norme penali che prevedevano sanzioni irragionevoli o in grado di determinare una disparità di trattamento (cfr., tra le altre, Corte Cost. 26 febbraio 2014, n. 105; Corte Cost. 20 maggio 2009, n. 177).

Il legislatore, fissando il trattamento sanzionatorio, nei limiti della ragionevolezza, può far prevalere, di volta in volta, l’obiettivo della prevenzione generale e della difesa sociale oppure quello della prevenzione speciale, ma sempre che nessuna delle finalità della pena risulti obliterata (Corte Cost. 11 giugno 1993, n. [306](#)).

La tensione alla rieducazione del condannato, inoltre, secondo la Corte, non rappresenta un obiettivo solo della fase dell’esecuzione della sanzione, ma *“indica una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l’accompagnano da quando nasce, nell’astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue”* (Corte Cost. 26 giugno 1990, n. [313](#)), con la conseguenza che l’art. 27, comma terzo, Cost. pone un parametro di riferimento per il legislatore e per il giudice della cognizione, oltre che per

quelli dell'esecuzione e della sorveglianza nonché per le stesse autorità penitenziarie (Corte Cost. 16 aprile, 2008, n. [129](#)).

Anche il rispetto del principio di rieducazione esclude la possibilità di prevedere rigidi automatismi e presuppone necessariamente l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio, che tenga conto dell'effettiva portata offensiva del fatto e delle specifiche esigenze del singolo caso. In questo modo, la risposta punitiva diviene effettivamente "personale". Con la sentenza 7 giugno 2011, n. [183](#), la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 62 *bis*, comma secondo, cod. pen. "*nella parte in cui, nel caso di recidivo reiterato ex art. 99, quarto comma c.p., chiamato a rispondere di taluno dei delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a), c.p.p., per il quale sia prevista una pena non inferiore nel minimo a cinque anni, non consente di fondare sui parametri di cui al secondo comma dell'art. 133 c.p., in particolare sul comportamento susseguente al reato, la concessione dell'attenuante di cui all'art. 62 bis, primo comma cod. pen.*", riconoscendo tale limitazione in contrasto con il principio di ragionevolezza e con l'art. 27, comma terzo, Cost., in quanto, introducendo "*una sorta di presunzione di preponderanza del parametro negativo costituito dai precedenti dell'imputato*", finisce con l'espropriare il giudice del potere di valutare adeguatamente le peculiarità del caso concreto e di pervenire così alla definizione del trattamento sanzionatorio più conforme alle esigenze di risocializzazione e di rieducazione del reo.

2.1. La giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

L'art. 7 CEDU, intitolato <<Nessuna pena senza legge>>, caposaldo del moderno stato di diritto, occupa un posto preminente nel sistema di protezione dei diritti umani, che sono garantiti contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie. La disposizione non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato, ma consacra, in modo generale, il principio di legalità dei reati e delle pene, escludendo, in particolare, l'applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato (cfr. Corte EDU Coëme e altri c. Belgio, nn. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 e 33210/96, § 145, CEDU 2000-VII; Corte EDU, Del Rio Prada c. Spagna [GC], n. 42750/09, § 78, CEDU 2013; per un esempio di



applicazione di una pena per analogia, si veda Corte EDU Başkaya e Okçuoğlu c. Turchia [GC], nn. 23536/94 e 24408/94, §§ 42-43, CEDU 1999 IV).

Secondo l'interpretazione consolidata della Corte EDU, la legge deve definire chiaramente sia i reati, che le pene che possono essere irrogate. Questo requisito è soddisfatto se la persona sottoposta a giudizio, in base al testo della disposizione normativa richiamata nell'imputazione, è messa in grado di conoscere per quali atti o omissioni le viene attribuita una responsabilità penale e di quale pena è passibile (Corte EDU, 15 novembre 1996 Cantoni c. Francia, § 29, Recueil des arrêts et décisions 1996 V; Corte EDU, Del Rio Prada c. Spagna, citata, § 79).

La Corte europea deve verificare che, nel momento in cui un imputato ha tenuto la condotta che ha comportato l'esercizio dell'azione penale e la condanna, esisteva una disposizione di legge che rendeva l'atto punibile e che la pena inflitta non ha ecceduto i limiti fissati da tale disposizione (cfr., di recente, Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, n. 66655/13, Contrada c. Italia).

La norma penale, dunque, deve essere accessibile e prevedibile, in modo da consentire al destinatario di conoscere le conseguenze del proprio agire. Questi attributi non riguardano solo il precetto, ma anche la sanzione e tutte le specifiche conseguenze del reato, pure quelle accessorie rispetto alla pena.

Per quanto chiara possa essere la formulazione di una norma legale, in qualunque sistema giuridico, compreso il diritto penale, però, è necessario immancabilmente un momento di interpretazione giuridica per delucidare i punti dubbi e adattarsi alle mutate situazioni. Non si può interpretare l'art. 7 CEDU come una norma che vieta il graduale chiarimento delle norme della responsabilità penale per mezzo dell'interpretazione giuridica, a condizione che il risultato sia coerente con la sostanza del reato e ragionevolmente prevedibile (Corte EDU, Streletz, Kessler e Krenz c. Germania [GC], nn. 34044/96, 35532/97 e 44801/98, § 50, CEDU 2001 II).

Muovendo da una nozione autonoma di "legge" e "materia penale", come è noto, la Corte EDU estende le garanzie di legalità e irretroattività della pena *in malam partem*, a tutte le misure che abbiano sostanzialmente carattere penale, al di là della qualificazione

operata dal legislatore nazionale. Ciò si riverbera, nel nostro ordinamento, ad esempio, in relazione all'istituto della confisca, tradizionalmente considerato una misura di sicurezza e, pertanto, assoggettata dall'art. 200 cod. pen. All'opposto principio del *tempus regit actum*

Il tema della legalità della pena, peraltro, nella giurisprudenza europea, si è presentato soprattutto nei casi di introduzione di riforme legislative volte ad introdurre, in modo retroattivo, trattamenti sanzionatori più severi.

La nozione di «diritto» («law») utilizzata nell'art. 7 CEDU, inoltre, corrisponde a quella di «legge» che compare in altri articoli della Convenzione ed include il diritto di derivazione sia legislativa che giurisprudenziale (cfr. Corte EDU, Sez. II, 29 ottobre 2013, n. 17475, Varvara c. Italia).

In termini sostanzialmente sovrapponibili, si è espressa la Corte in tema di mutamento *in malam partem* dell'indirizzo giurisprudenziale. Con la sentenza 10 luglio 2012, Del Rio Prada c. Spagna, confermata dalla Grande Camera il 21 ottobre 2013, in particolare, la Corte ha affermato che il mutamento nell'interpretazione della norma applicabile al caso di specie da parte del Tribunal Supremo (equiparabile, come da giurisprudenza costante in materia, ad un vero e proprio mutamento legislativo) non poteva essere previsto dalla ricorrente al momento della commissione dei reati. La decisione assunta sulla base della sopravvenuta opzione ermeneutica, pertanto, violava l'art. 7 CEDU per la mancata “prevedibilità” della sanzione irrogabile.

3. Il superamento del giudicato.

La delimitazione dei poteri del giudice dell'esecuzione nel caso di irrogazione di una pena illegale, principale o accessoria, presuppone un'indagine sul “significato” del principio di intangibilità del giudicato. Il potenziamento del momento esecutivo, infatti, comporta necessariamente l'intervento sulla decisione irrevocabile del giudice della cognizione.

Nel giudizio penale, come è noto, la fase esecutiva assumeva un ruolo marginale e non presentava una connotazione giurisdizionale, essendo volta unicamente a dare attuazione alla sentenza. A seguito dell'entrata in vigore della Carta Costituzionale, è iniziato un

lento percorso di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione, con il riconoscimento del diritto al contraddittorio e della ricorribilità per cassazione dei provvedimenti. L'affermazione della finalità rieducativa della pena, infatti, ha importato la necessità di interventi sulla decisione per adeguare le sanzioni alle caratteristiche del condannato, permettendone la risocializzazione.

Un momento centrale, in questa prospettiva, è stato rappresentato dalla legge n. 354 del 1975, che ha delineato il procedimento di sorveglianza, introducendo una serie di misure alternative che incidono notevolmente sulla pena irrogata con la sentenza passata in giudicato.

Con il nuovo codice di procedura penale, i poteri del giudice dell'esecuzione sono stati ampliati a scapito dell'intangibilità del giudicato. Una volta divenuta irrevocabile la sentenza, il codice abrogato si limitava a prevedere la declaratoria di estinzione del reato e della pena (art. 578), la revoca della sospensione condizionale della pena (art. 590) e l'applicazione dell'amnistia e dell'indulto ai condannati (art. 593). Il codice di procedura penale del 1988, invece, ha attribuito al giudice dell'esecuzione competenza in ordine alle questioni sul titolo esecutivo nonché in materia di applicazione del concorso formale, del reato continuato, dell'amnistia e dell'indulto, in tema di revoca della sentenza per abolizione del reato o di altri provvedimenti, di declaratoria di falsità di documenti, oltre ad altre competenze relative all'estinzione del reato dopo la condanna, alle pene accessorie ed alla confisca.

Particolarmente significativa è la competenza ad applicare in sede esecutiva la disciplina del concorso formale e del reato continuato: è stata riconosciuta al giudice dell'esecuzione la possibilità di modificare la pena inflitta con le singole condanne, riducendola ad un *unicum*, con il solo limite del non superamento della somma di quelle inflitte con ciascuna sentenza (o ciascun decreto penale), ma con la facoltà di concedere il beneficio della sospensione della pena e della non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale. La valutazione in sede esecutiva del concorso formale dei reati e della continuazione, come del resto manifestato nella stessa "Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice", ha costituito un notevole progresso



verso l'effettivo adeguamento della pena ai fatti commessi dal condannato, prescindendo dalle vicende che possono aver contrassegnato i vari procedimenti penali riguardanti il condannato medesimo. Anche per mezzo di questo istituto, la fase dell'esecuzione è diventata uno strumento per l'attuazione del principio costituzionale dell'umanizzazione della pena da cui deriva poi quello dell'adeguatezza della medesima al fine della rieducazione del condannato. Nel contempo, il legislatore ha posto alcuni limiti per evitare di realizzare una sorta di sistema "bifasico", nel quale la determinazione della pena fosse determinata dopo il giudizio di cognizione. In particolare, è precluso al giudice dell'esecuzione il riconoscimento della continuazione che fosse stata esclusa da quello della cognizione, così come deve necessariamente attenersi al giudizio di quest'ultimo in ordine all'individuazione del reato più grave.

In epoca più recente, la necessità di superare il postulato dell'intangibilità del giudicato è stato affrontato dalla giurisprudenza in relazione alla sopravvenienza, dopo la condanna, di interventi normativi che prevedono sanzioni meno severe o di pronunce della Corte costituzionale incidenti sul trattamento sanzionatorio.

Secondo l'indirizzo tradizionale, invero, la cessazione degli effetti penali di una sentenza di condanna poteva verificarsi soltanto nelle ipotesi previste dall'art. 673 cod. proc. pen. E, cioè, in caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice.

Un primo ampliamento di tali poteri è intervenuto quando è stato assegnato al giudice dell'esecuzione il compito di espungere dalle decisioni irrevocabili di condanna le conseguenze dell'aggravante della c.d. clandestinità di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, cod. pen., introdotto dalla legge n. 125 del 2008, giudicata costituzionalmente illegittima.

Anche sulla spinta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, ricorso n. 10249/03, caso Scoppola c. Italia), nel tempo, si è affermato l'orientamento che riconosce prevalenza al valore della legalità della pena rispetto a quello dell'intangibilità del giudicato, ammettendosi, in certi casi, la possibilità di rideterminare la sanzione in sede esecutiva, qualora, dopo la condanna irrevocabile, la pena fosse divenuta illegale.

Un lento cammino ha condotto ad attenuare in talune circostanze la portata intangibile del giudicato, ormai definita da autorevole dottrina “tendenziale”.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 210 del 2013, in particolare, ha rilevato che *<<nell’ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l’ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato>>*, in quanto *<<conosce ipotesi di flessione dell’intangibilità del giudicato, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali il legislatore intende assicurare un primato>>*. La medesima sentenza, però, è stata esplicita nell’affermare che un simile affievolimento, con riguardo alla declaratoria di illegittimità costituzionale di una pena, è affidato alla discrezionalità del legislatore ordinario, che ben può porre in bilanciamento *<<il valore del giudicato, attraverso il quale si esprimono preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell’assetto dei rapporti giuridici>>* con *<<opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale, ai quali intende assicurare un primato>>*.

La Suprema Corte, successivamente, ha affermato che l’istanza di legalità della pena è un tema costantemente *sub iudice*, *<<non potendosi tollerare che uno stato democratico di diritto assista inerte all’esecuzione di pene non conformi alla Cedu e, quindi alla Carta fondamentale>>* (Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ercolano, Rv. 258651).

Un punto di arrivo significativo è rappresentato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 42858 del 29 maggio 2014, Gatto. Questa decisione, dopo aver proceduto alla ricostruzione del processo storico di progressiva erosione dell’intangibilità del giudicato, ha evidenziato che l’intervento *in executivis* deve essere consentito tutte le volte in cui sia ancora in atto l’esecuzione di una pena “illegittima”. Secondo questa sentenza, *<<applicare una pena di misura diversa o con criteri diversi da quella contemplata dalla legge non può essere ritenuto conforme al principio di legalità>>*. Ne consegue che, quando, dopo la pronuncia di una sentenza irrevocabile di condanna, interviene la dichiarazione d’illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio e sempre che quest’ultimo non sia stato interamente eseguito, il giudice dell’esecuzione deve rideterminare la pena



in favore del condannato, pur se il provvedimento “correttivo” da adottare non è a contenuto predeterminato. A tale scopo, egli potrà avvalersi di penetranti poteri di accertamento e di valutazione, fermi restando i limiti fissati dalla pronuncia di cognizione in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali, o comunque derivanti dai principi in materia di successione di leggi penali nel tempo, che inibiscono l’applicazione di norme più favorevoli eventualmente *medio tempore* approvate dal legislatore.

Per poter assolvere la funzione rieducativa imposta dall’art. 27 Cost., in altri termini, la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l’arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione. In questa prospettiva, anche il giudicato è recessivo di fronte a pregnanti compromissioni dei diritti fondamentali della persona. Il procedimento di esecuzione è divenuto il giudizio nel quale si può anche incidere sul titolo esecutivo, sostituendo, se necessario, la pena inflitta nella fase di cognizione con quella conforme alla Convenzione EDU ed alla Costituzione. L’intangibilità della cosa giudicata deve soccombere dinanzi all’accertamento della violazione dei diritti umani contemplati dalla convenzione europea (Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, Rv. 252933).

Il giudizio di esecuzione, pertanto, ha ampliato la sua sfera di operatività.

L’allargamento dello spazio di azione ed il riconoscimento di un rilevante intervento sul giudicato impone che la disciplina del procedimento esecutivo debba assicurare margini di tutela delle prerogative delle parti in linea con le regole che discendono dal diritto convenzionale al “processo equo”. Non a caso con le recenti sentenze n. 97 e n. 109 del 15 aprile 2015, depositate, rispettivamente, il 5 giugno 2015 e il 15 giugno 2015, la Corte Costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale degli artt. 666, comma terzo e 678, comma primo, cod. proc. pen., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento davanti al tribunale di sorveglianza e quello di opposizione contro l’ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolgano nelle forme dell’udienza pubblica. E’ stato rilevato che si tratta di procedimenti in cui la “posta in gioco” è elevata. I provvedimenti adottati dal tribunale di sorveglianza in tema

di esecuzione della pena, in particolare, incidono, spesso in modo rilevante, sulla libertà personale dell'interessato. Non si è di fronte ad un contenzioso a carattere spiccatamente “tecnico”, rispetto al quale il controllo del pubblico sull'esercizio dell'attività giurisdizionale possa ritenersi non necessario alla luce della peculiare natura delle questioni trattate. E' necessario garantire, pertanto, la pubblicità di questi giudizi, almeno su domanda della parte.

4. L'intervento *in executivis* per illegalità della pena principale.

La giurisprudenza di legittimità ammette pacificamente la possibilità che il giudice dell'esecuzione intervenga per rimuovere la pena principale ove la stessa sia stata inflitta in violazione dei parametri normativamente fissati.

Un indirizzo qualifica come “inesistente” la pena illegittima e, pertanto, ne consente la rimozione anche in sede di esecuzione. Un simile vizio, che impone al giudice dell'esecuzione di rideterminare la sanzione, secondo Sez. I, 25 giugno 1982, n. [1436](#), Carbone, Rv. 156173, ricorre nel caso di applicazione anche della pena pecuniaria per delitti sanzionabili solo con la pena detentiva. Questa decisione richiama Sez. III, 24 giugno 1980, Sanseverino, non mass., con la quale è stata sostanzialmente riconosciuta l'ammissibilità, in sede esecutiva, dell'accertamento dell'illegittimità e, di conseguenza, dell'ineseguibilità, della pena inflitta con la sentenza irrevocabile di condanna, allorché la pena stessa non sia prevista dalla legge o ecceda per specie e quantità il limite legale. Il principio di legalità della pena, sancito dall'art. 1 cod. pen. E, implicitamente, dall'art. 25, comma secondo, Cost., infatti, informa tutto l'ordinamento giuridico penale e non può ritenersi operante solo in fase di cognizione. Una pena che non trova, in tutto o in parte, fondamento nella norma di legge, anche se inflitta con sentenza non più soggetta ad impugnazione ordinaria, è in tutto o in parte avulsa da una pretesa punitiva dello Stato e, in quanto tale, non suscettibile di esecuzione. Nella fattispecie era stata inflitta, con sentenza irrevocabile, una pena pecuniaria di gran lunga superiore al limite edittale massimo, che la Corte di Cassazione ha qualificato giuridicamente inesistente ed ineseguibile nella parte eccedente la porzione irrogabile. Analoga è la prospettiva di

intervento delineata da Sez. V, 29 aprile 1985, n. [809](#), Lattanzio, Rv. 169333, relativa ad un caso in cui era stata inflitta una pena pecuniaria in aggiunta alla sanzione sostitutiva applicata ai sensi dell'art. 77, comma primo, della legge n. 689 del 1981

Secondo Sez. I, 6 luglio 2000, n. [4869](#), Colucci, Rv. 216746, peraltro, l'intervento del giudice dell'esecuzione va limitato all'ipotesi di assoluta abnormità della sentenza. Va escluso, quindi, in caso di *error in iudicando*, come peraltro avvenuto nella fattispecie oggetto del giudizio in cui con la sentenza di condanna era stata erroneamente convertita la pena pecuniaria inflitta in libertà controllata, laddove detta conversione sarebbe stata possibile solo nella fase esecutiva ed a fronte dell'insolvibilità del condannato.

Il principio di legalità della pena è stato indicato come canone ermeneutico da Sez. I, 3 marzo 2009, n. [12453](#), Alfieri, Rv. 243742, in una fattispecie in cui la pena concretamente inflitta dalla Corte d'assise d'appello era illegale per l'erronea applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 8 della legge n. 203 del 1991 che, secondo la giurisprudenza, non è soggetta a giudizio di bilanciamento.

Seppur il *mito* del giudicato invincibile è stato superato nella vigente disciplina processual-penalistica, secondo questa decisione, un intervento, totale o parziale, sulla pena irrevocabile può avvenire solo nei casi normativamente previsti. Mancando una specifica disciplina codicistica in proposito, sembrerebbe che affidi l'osservanza della regola fondamentale dell'art. 1 cod. pen. Al solo processo di cognizione ed in particolare alla possibilità di correzione di un eventuale siffatto errore con i rimedi dati dalle impugnazioni. Il principio della legalità della pena, invece, è valore di rango costituzionale e convenzionale (art. 25 Cost. e art. 7 CEDU), che permea l'intero ordinamento e che non sopporta di essere sacrificato sull'altare del giudicato. Tale profonda valenza costituzionale, pertanto, in mancanza di una norma specifica per il processo di esecuzione, presuppone – ed anzi impone – l'immediata operatività della norma superiore, da attivare *ex art.* 670 cod. proc. pen., come opzione interpretativa necessaria.

Sulla base di tali considerazioni, la Corte ha affermato l'immediata operatività di tali norme che presidiano la legalità della pena a prescindere dalla mancanza di una disciplina

codicistica specifica. In proposito, la decisione ha ritenuto di distinguere la pena illegale irrogata senza alcuna giustificazione rinvenibile nella sentenza (per mero ed esclusivo errore macroscopico) da quella cui si pervenga in esito ad un (per quanto discutibile) apparato argomentativo. La prima ipotesi integra un errore non sopportato dal sistema, che deve essere emendato anche *in executivis*. Per la seconda, invece, deve ritenersi che il giudicato copra, come tradizionalmente si afferma, il dedotto ed il deducibile. Il dato normativo che conforta tale soluzione è stato rinvenuto nella disciplina del riconoscimento della continuazione in sede esecutiva, che è ammesso, ai sensi dell'art. 671 cod. proc. pen., “*sempre che la stessa non sia stata esclusa dal giudice della cognizione*”, ovvero nella revisione, che deve fondarsi su una “prova nuova” nel senso che non deve essere stata esaminata dal giudice della cognizione.

Nel caso di specie, la Corte ha considerato che non fosse configurabile “*un errore macroscopico di pena illegale*”, senza alcuna giustificazione che non fosse l'applicazione immediatamente errata della norma. Il giudice dell'esecuzione, in particolare, aveva sbagliato nel valutare la pena come illegale (per ritenuto superamento dei limiti di legge) in funzione di una diversa successiva giurisprudenza (sulla possibilità del giudizio di bilanciamento dell'attenuante citata) e non per l'illegalità in sé della pena, e per non avere considerato che la specifica questione risultava, per essere stata già risolta dal giudice della cognizione, non più recuperabile in fase di esecuzione.

Si segnala, da ultimo, Sez. IV, 16 maggio 2012, n. [26117](#), Toma, Rv. 253562, con la quale la Corte ha annullato con rinvio il provvedimento del giudice dell'esecuzione, che aveva deliberato “non luogo a provvedere” sull'istanza di correzione dell'errore materiale avanzata dal condannato, per aver il giudice della cognizione errato il calcolo nella riduzione del terzo per il rito abbreviato, avendo egli inflitto la pena di nove anni di reclusione, calcolata sulla pena finale pari a dodici anni. Secondo questa pronuncia, l'incidente di esecuzione non può essere utilizzato per far valere vizi afferenti il procedimento di cognizione e la sentenza che lo ha concluso, ostandovi le regole che disciplinano la cosa giudicata, la quale si forma anche nei confronti di provvedimenti affetti da nullità assoluta. Tale principio, però, non può valere allorquando il giudice

dell'esecuzione sia chiamato a porre rimedio, come nel caso in esame, ad un palese errore materiale di calcolo nella determinazione della pena che ha comportato la sostanziale illegalità, sia pure solo in punto di *quantum* in conseguenza di macroscopico errore di calcolo, della pena inflitta. Anche in questo caso, quanto alla deducibilità in sede di esecuzione, la Corte ha affermato che deve distinguersi tra la pena risultata illegale senza alcuna giustificazione rinvenibile nella sentenza, per effetto di mero ed esclusivo errore macroscopico, e quella cui si pervenga in esito ad un apparato argomentativo, per quanto discutibile o addirittura erroneo. Solo la prima ipotesi deve ritenersi riconducibile ad un errore che il sistema processuale non può consentire, dunque emendabile anche *in executivis*.

5. L'intervento del giudice dell'esecuzione sulle pene accessorie.

Secondo l'indirizzo consolidato della giurisprudenza di legittimità, il giudice dell'esecuzione può rimediare all'omessa applicazione di una pena accessoria nel procedimento di cognizione, se obbligatoria e predeterminata dalla legge, nella specie e nella durata. Tale orientamento, sorto nella vigenza del codice Rocco, si fondava sul presupposto della mancanza di margini di discrezionalità per il giudice, avendo il legislatore già fissato ogni elemento da cui deriva l'automatica applicazione della pena accessoria. L'integrazione rimessa al giudice dell'esecuzione, pertanto, era considerata meramente materiale e non implicava valutazioni, precluse *in executivis*; di conseguenza, poteva essere compiuta per mezzo dell'istituto della correzione di simili errori.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito, l'indirizzo è stato confermato, anche perché ormai trovava fondamento nell'art. 676 cod. proc. pen., che prevede espressamente la competenza del giudice dell'esecuzione in tema di pena accessorie, e, soprattutto, nell'art. 183 disp. Att. Cod. proc. pen., che ammette l'applicazione in sede esecutiva di una pena accessoria, predeterminata per legge nella specie e nella durata, qualora non si fosse provveduto con la sentenza di condanna.

L'orientamento prevalente della Suprema Corte, inoltre, seppur ricorrendo a percorsi argomentativi diversi, ammetteva l'intervento del giudice dopo il passaggio in giudicato

della decisione anche nel caso di erronea applicazione di una pena accessoria, sempre che fosse obbligatoria e predeterminata dalla legge nella specie e durata. In senso contrario, invero, si era determinata solo una sentenza (Sez. 1, 10 maggio 2011, n. 33086, Antonucci, Rv. 250672), mentre altre decisioni (Sez. 1, 20 marzo 2007, n. 14007, Fragnito, Rv. 236213; Sez. 1, 19 febbraio 2009, n. 14827, Blasi Nevone, Rv. 24370), nonostante talune affermazioni di principio, non negavano in modo assoluto l'emendabilità in sede esecutiva di pene accessorie illegali, ma si limitavano a circoscriverla entro limiti assai rigorosi.

5.1. segue: la sentenza della Sezioni Unite sui limiti dell'intervento *in executivis* sulle pene accessorie.

In questo contesto, le Sezioni Unite, con la sentenza (**Sez. un., 27 novembre 2014 n. 6240 (dep. 12 febbraio 2015), Basile, Rv. 262327**), hanno ritenuto che, in virtù dei principi costituzionali e convenzionali nonché della disciplina codicistica in materia, il giudice dell'esecuzione possa intervenire sul giudicato per emendare una pena accessoria illegittima non solo quando la sua applicazione fosse stata omessa dal giudice della cognizione, ma anche nel caso errore. Se è unanimemente riconosciuta la facoltà di supplire all'omissione della pena accessoria *in executivis* e, dunque, la possibilità di un intervento contro l'interesse del condannato, a maggior ragione va permesso un simile provvedimento per emendare, sovente *in bonam partem*, una pena accessoria illegale.

Secondo questa decisione, la questione più delicata consiste piuttosto che nella valutazione dell'astratta possibilità dell'intervento nella fase esecutiva, nella determinazione dei "limiti" e dell' "ambito" dell'azione del giudice dell'esecuzione, perché sia conforme al sistema e non violi il principio di intangibilità del giudicato. Al riguardo, la sentenza delinea alcune linee guida da seguire, desunte dal sistema unitario, allo scopo di evitare che le soluzioni offerte ai casi concreti possano derivare da valutazioni estemporanee.

E' stato escluso, in primo luogo, l'intervento del giudice dell'esecuzione qualora quello della cognizione si fosse già pronunciato sul profilo della legittimità della pena accessoria,

anche se fosse pervenuto, pure in modo erroneo, a conclusioni che abbiano comportato l'applicazione di una sanzione illegale. Tale principio ispira una pluralità di norme di rito, sicché può affermarsi che informa il sistema. In particolare, l'art. 671 cod. proc. pen., pur ampliando in modo notevole i poteri del giudice dell'esecuzione, non permette l'applicazione della disciplina della continuazione o del concorso formale in sede esecutiva quando essa sia stata esclusa dal giudice della cognizione. L'art. 630, comma primo, lett. c), cod. proc. pen. Consente la revisione del giudizio se, dopo la condanna, sono sopravvenute o si scoprono “nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto”. La nozione di “nuove prove”, anche se estesa dalla giurisprudenza a quelle già presenti agli atti e non valutate, si riferisce comunque ad elementi che non sono stati oggetto di esame da parte del giudice. L'art. 625-*bis* cod. proc. pen., che consente il ricorso straordinario per la correzione di errori materiali o di fatto contenuti nei provvedimenti della Suprema Corte, è limitato agli “errori percettivi” causati da una svista o un equivoco e non può essere esteso agli “errori valutativi”.

Il giudice dell'esecuzione, in conclusione, trova un limite nell'avvenuto esame della questione da parte del giudice della cognizione, nel qual caso, trattandosi di errore valutativo del giudice, l'unico rimedio esperibile sarà il ricorso agli ordinari mezzi di impugnazione.

L'intervento del giudice dell'esecuzione, in secondo luogo, è stato escluso nei casi in cui implichi valutazioni discrezionali in ordine alla specie e alla durata della pena accessoria irrogata. Questa regola è espressamente contenuta nell'art. 183 disp. Att. Cod. proc. pen. Che consente l'applicazione della pena accessoria omessa purché questa sia determinata dalla legge nella specie e nella durata, senza che ricorra alcuna discrezionalità valutativa del giudice. Anche in tema di concorso formale e di reato continuato, del resto, l'art. 187 disp. Att. Cod. proc. pen. Circo-scrive i poteri di intervento del giudice dell'esecuzione sul giudicato, statuendo che la violazione più grave è quella per la quale in sede di cognizione sia stata inflitta la pena più grave, anche se per alcuni reati si è proceduto con rito abbreviato. L'art. 676 cod. pen., inoltre, consente l'applicazione *in*

executivis della sola confisca obbligatoria e non di quella facoltativa, che presuppone l'esercizio di una discrezionalità valutativa.

I poteri del giudice dell'esecuzione, in altri termini, sono ispirati al criterio dell'intangibilità del giudicato. Laddove essi consistano nella rideterminazione del trattamento sanzionatorio, come nel caso in cui sia stata inflitta una pena accessoria illegale o quando detta sanzione sia stata omessa, presuppongono l'esistenza nella legge di un criterio oggettivo, che esclude il ricorso alla discrezionalità tipica del giudizio di cognizione.

L'applicazione linee guida illustrate consente di garantire il rispetto dei valori di rango costituzionale e convenzionale in tema di legalità della pena, evitando, al contempo, un'eccessiva flessione del principio dell'intangibilità del giudicato, con marcate conseguenze in tema di certezza dei rapporti giuridici. E' escluso, pertanto, l'esercizio in sede di esecuzione della pena dei poteri discrezionali, riservati a quello della cognizione.

5.2. segue: il principio di uniformità temporale tra pena principale e pena accessoria (per le pene accessorie temporanee determinate dalla legge nella misura minima e/o massima).

Con la medesima decisione, le Sezioni Unite (**Sez. un., 27 novembre 2014, n. 6240 (dep. 12 dicembre 2015), Basile, Rv. 262328**) hanno affermato che sono riconducibili al novero delle pene accessorie la cui durata non è espressamente determinata dalla legge penale quelle per le quali sia previsto un minimo e un massimo edittale ovvero anche uno soltanto dei suddetti limiti. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 37 cod. pen., la loro durata deve essere dal giudice uniformata a quella della pena principale inflitta.

Per comprendere questa parte della decisione è necessario ripercorrere i punti salienti della vicenda esaminata. Il giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Roma, all'esito di rito abbreviato, condannava il ricorrente alla pena di anni tre di reclusione, con l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, per i delitti di cui agli artt. 609-*bis*, 317 e 527 cod. pen. Il reato di violenza sessuale era individuato come illecito più grave, mentre non veniva indicata la pena irrogata a titolo di aumento per la continuazione per il delitto

di concussione. Quest'ultimo illecito comportava l'applicazione della pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici, la cui durata, perpetua o temporanea, peraltro, ai sensi dell'art. 317-*bis* cod. pen., discende dall'entità della sanzione inflitta in concreto (all'esito della diminuzione per il rito). Lamentando l'erronea applicazione della pena accessoria, il ricorrente presentava istanza di correzione, eliminazione o rideterminazione della stessa. Il giudice dell'esecuzione rigettava tale richiesta: l'omessa determinazione della pena principale da irrogarsi per il reato di cui all'art. 317 cod. pen. Non permetteva di stabilire "in astratto" la durata perpetua o temporanea della pena accessoria, né di perimetrarla alla pena principale. L'intervento del giudice dell'esecuzione, sebbene richiesto per la verifica della legittimità della pena accessoria che era stata applicata, sollecitava nella sostanza un giudizio di merito, che era stato del tutto omesso nella sentenza divenuta irrevocabile.

Il ricorrente proponeva ricorso in Cassazione, ritenendo che la mancanza di un'esplicita indicazione della pena irrogata per il delitto di concussione non precludesse la disapplicazione in sede esecutiva della pena accessoria illegittima. Il delitto di concussione, inoltre, era stato ritenuto meno grave di quello di violenza sessuale ed era stato sanzionato con una pena che certamente avrebbe implicato la sanzione della interdizione temporanea, da uniformare, ai sensi dell'art. 37 cod. pen., a quella principale.

La Suprema Corte ha rilevato che l'art. 37 cod. pen. prevede che, allorquando non sia espressamente determinata, la durata della pena accessoria temporanea sia uguale a quella della pena principale inflitta. La norma impone la necessità di individuare la corretta interpretazione della locuzione di <<*pena accessoria di durata non espressamente determinata*>>. Essa, infatti, è di agevole lettura quando le disposizioni sanzionatorie si limitano ad indicare solo il tipo di pena accessoria da applicare, senza fissarne in nessun modo la durata (come nel caso previsto dall'art. 317-*bis* cod. pen.). In questo caso la durata della pena accessoria deve essere commisurata a quella della sanzione principale. Più complessa è la situazione che ricorre quando la durata della pena accessoria sia indicata con un limite minimo o massimo. Sul punto, la sentenza in esame evidenzia l'emersione di due orientamenti giurisprudenziali.

Un primo indirizzo ha ritenuto che la regola contemplata dall'art. 37 cod. pen. Non sia applicabile, quando la pena accessoria è indicata nella disposizione incriminatrice con la previsione di un minimo ovvero di un massimo, perché la sanzione è espressamente determinata per legge, spettando al giudice la determinazione in concreto della sua durata con il ricorso ai parametri di cui all'art. 133 cod. pen. (in tal senso, tra le altre, Sez. F., 1 agosto 2013, n. 35729, Agrama, Rv. 256581). A sostegno di questa tesi, si rileva, tra l'altro, che anche l'art. 133 cod. pen., che mira a permettere l'irrogazione di un trattamento sanzionatorio adeguato al fatto e idoneo a consentire la rieducazione del reo, ha carattere di norma "generale" e può essere derogata dalla norma speciale dell'art. 37 cod. pen. Solo nei soli casi specificamente previsti.

Una diversa impostazione, invece, sostiene che può parlarsi di pena "espressamente determinata" solo quando il legislatore fissi in concreto la durata, mentre in tutti gli altri casi, sia che venga fissato solo il minimo o solo il massimo ovvero entrambi) deve trovare applicazione l'art. 37 cod. pen. E, quindi, la pena accessoria va determinata con riferimento a quella principale inflitta (in tal senso, tra le altre, Sez. III, 2 aprile 2014, n. 20428, S., Rv. 259650).

La Suprema Corte ha aderito alla seconda opzione esegetica, richiamando a sostegno della soluzione della applicabilità del principio della uniformità temporale tra pena principale e pena accessoria anche alle ipotesi di indicazione di un minimo o di un massimo della durata di ciascuna specie di pena accessoria (o solo di un minimo o di un massimo), argomenti di carattere letterale e sistematico.

Sotto il profilo letterale, è stato rilevato che pena "espressamente determinata" è solo quella che sia stata indicata nella specie e nella durata, senza che vi sia alcun margine di discrezionalità, che invece ricorre se è fissato soltanto una forbice tra minimo e massimo. Lo stesso art. 37 cod. pen., inoltre, stabilisce implicitamente che il criterio in essa formulato trovi applicazione anche quando sia previsto un minimo o un massimo, perché, in caso contrario, non avrebbe dovuto precisare il divieto di superamento del limite minimo e massimo stabiliti per ciascuna specie di pena accessoria.

Sotto il profilo sistematico, poi, la collocazione della norma alla fine del capo del codice penale dedicato alle pene accessorie e, dunque, il suo carattere di norma di chiusura giustifica la sua applicazione in ogni ipotesi in cui il legislatore non abbia diversamente stabilito, determinando in modo preciso la durata della pena accessoria.

Dalla soluzione accolta deriva che, ai sensi dell'art. 37 cod. pen., l'intervento del giudice dell'esecuzione deve ritenersi consentito quando la legge fissa solo il tipo di pena accessoria e quando indica un minimo o un massimo della durata della sanzione accessoria (o solo di un minimo o di un massimo), in quanto detta pena accessoria può essere determinata senza dover ricorrere a valutazioni di natura discrezionale, ma, semplicemente, sulla base della durata della pena principale inflitta in sede di cognizione, tenendo conto dei limiti invalicabili previsti per ciascuna specie.

Nel caso concreto posto al suo esame, peraltro, la Suprema Corte ha escluso che la sanzione accessoria fosse emendabile dal giudice dell'esecuzione, perché il giudice della cognizione non aveva determinato la pena principale irrogata per il delitto di concussione, limitandosi ad un generico aumento per la continuazione con gli ulteriori illeciti sul reato più grave di violenza sessuale ascritto all'imputato. In mancanza di siffatta indicazione, la pena accessoria, non predeterminata nella durata dall'art. 317-*bis* cod. pen., non è determinabile dal giudice dell'esecuzione, non potendo farsi riferimento, ai sensi dell'art. 37 cod. pen., alla durata della pena principale, né potendo il giudice dell'esecuzione esercitare i poteri discrezionali di fissazione della pena principale che spettano a quello di cognizione.

6. La rilevabilità d'ufficio della illegalità originaria della pena.

Passando all'esame della problematica della illegalità originaria della pena e delle facoltà di intervento riconosciute in fase esecutiva, emerge un quadro ampiamente consolidato volto a riconoscere la possibilità della riconduzione della pena entro i parametri legali. Richiamando le osservazioni precedentemente svolte, si può affermare che l'intervenuto formarsi del giudicato formale non costituisce più un limite invalicabile, atteso che – sia pur entro precisi limiti – è consentito al giudice dell'esecuzione di

rideterminare la pena, accessoria e principale. A maggior ragione analogo potere viene riconosciuto al giudice della cognizione, costituendo un principio consolidato quello secondo cui, ove pure il trattamento sanzionatorio non abbia costituito oggetto dei motivi di impugnazione, il giudice può – *rectius* deve – intervenire d’ufficio per ristabilire la legalità della sanzione inflitta. In plurime pronunce intervenute nella suddetta materia, la Cassazione ha avuto modo di valorizzare la portata dell’art. 609 co. 2 cod. proc. pen., lì dove la norma prevede che la Corte decide le questioni rilevabili d’ufficio, anche in mancanza di una espressa deduzione delle stesse nei motivi di ricorso. Si è affermato, pertanto, che il principio di legalità previsto dall’art. 25 Cost. ed art.1 cod.pen., di cui sono applicazione l’art. 2 cod. pen. E l’art. 609 cod. proc. pen., comporta “*la rilevabilità ex officio della illegalità della pena, inflitta in malam partem, anche se la decisione impugnata non sia stata aggredita né dal pubblico ministero né dall’imputato nel capo o punto della sentenza apprezzati dal giudice ai fini del trattamento sanzionatorio*” (Sez. V, 3 dicembre 2003, n. 24921/04, Marullo, Rv. 229812; in tal senso, cfr. Sez. V, 21 marzo 1985, n. 6280, De Negri, Rv. 169897; Sez. II, 4 luglio 1985, n. 11230, Gioffrè, Rv. 171202; Sez. II, 22 gennaio 1988, n. 595, Gualano, Rv. 180210; Sez. I, 14 aprile 1994, n. 1711, Marchese, Rv. 197464; Sez. I, 31 ottobre 1995, n. 823/96, Totti, Rv. 203488; Sez. III, 14 novembre 1995, n. 3877, Prati, Rv. 203205; Sez. I, 31 ottobre 1995, n. 823/96, Tatti, Rv. 203488; Sez. IV, 24 settembre 2002, n. 39631, Gambini, Rv. 225693; Sez. V, 13 novembre 2002, n. 3945/03, De Salvo, Rv. 224220; Sez. IV, 12 marzo 2014, n. 16245, Iori, Rv. 259363). Tale indirizzo ha trovato puntuale e costante conferma nelle pronunce successive, tutte favorevoli a riconoscere il potere officioso di intervento sulla sanzione da parte del giudice di legittimità, pur con la precisazione che l’illegalità della pena possa essere rilevata d’ufficio solo quando la stessa, così come indicata nel dispositivo della sentenza impugnata, non sia per legge irrogabile, ma non anche quando il trattamento sanzionatorio sia di per sé complessivamente legittimo ed il vizio attenga al percorso argomentativo attraverso il quale il giudice è giunto alla conclusiva determinazione dell’entità della condanna (Sez. II, 19 febbraio 2013, n. 22136, Nisi, Rv. 255729; Sez. IV, 7 maggio 2013, n. 20275, M., Rv. 257010).

7. Il contrasto concernente l'eventuale effetto preclusivo dell'inammissibilità del ricorso.

Se la giurisprudenza è concorde nell'attribuire al giudice di legittimità il potere di intervenire sulla pena illegittima, individuando anche i limiti preclusivi derivanti dall'eventuale mancata impugnazione del percorso argomentativo sviluppato da parte del giudice di merito, altrettanto non può dirsi con riferimento all'effetto preclusivo eventualmente determinato dall'inammissibilità del ricorso. Il problema nasce dal fatto che l'inammissibilità del ricorso per cassazione, in quanto va direttamente ad incidere sull'instaurazione del rapporto processuale che determina la devoluzione della questione al giudice di legittimità, precluderebbe a quest'ultimo di esercitare i propri poteri d'ufficio. Sul tema si sono formati due orientamenti nettamente contrapposti e che hanno dato luogo alla rimessione alle Sezioni Unite della questione se sia rilevabile d'ufficio, in sede di legittimità, in presenza di ricorso inammissibile, anche perché presentato fuori termine, l'illegalità della pena determinata dall'applicazione di sanzione ab origine contraria all'assetto normativo vigente al momento di consumazione del reato.

Come meglio si vedrà nel prosieguo, l'aspetto controverso concerne non solo l'effetto preclusivo prodotto dall'inammissibilità del ricorso, ma anche la verifica dell'eventuale possibilità di differenziare l'esercizio del potere officioso della Corte a seconda della causa dell'inammissibilità. Si è riproposta, infatti, la problematica concernente le diverse conseguenze che determinano le cosiddette cause originarie di inammissibilità rispetto a quelle definitive "sopravvenute", atteso che solo le prime darebbero luogo al formarsi del giudicato formale, oltre che sostanziale, prima ancora che si radichi la cognizione del giudice dell'impugnazione; mentre le seconde, comportando il formarsi del giudicato sostanziale, ma non anche di quello formale, consentirebbero un residuo spazio operativo per la valutazione del giudice di legittimità in merito alle questioni rilevabili d'ufficio. La questione si è inizialmente posta con riferimento all'inammissibilità derivante dalla manifesta infondatezza dei motivi di ricorso che, comportando necessariamente un esame dei motivi di ricorso, si riteneva che comportasse una

necessaria presa di contatto tra il giudice di legittimità e la materia oggetto del ricorso, pur se al solo e limitato fine di dichiararne l'inammissibilità, sicché poteva apparire non giustificata l'esclusione dell'esercizio dei poteri d'ufficio riconosciuti dall'art. 609 cod. proc. pen.

7.1. La tesi favorevole all'effetto preclusivo dell'inammissibilità.

L'orientamento maggiormente restrittivo si fonda sul necessario raffronto tra l'esercizio dei poteri officiosi in tema di rilevabilità della pena illegale con il limite della inammissibilità dell'impugnazione, che preclude l'esercizio del potere di cognizione e decisione di qualsiasi questione. In tal senso si sono pronunciate la già richiamata sentenza resa da Sez. V, 3 dicembre 2003, n. 24926/04, Marullo, Rv. 229812, la quale ha affermato che il principio di legalità comporta soltanto la rilevabilità di ufficio della pena illegale, per specie o quantità, ma non il superamento della preclusione processuale derivante dall'inammissibilità del gravame che impedisce il passaggio del procedimento all'ulteriore grado di giudizio e inibisce la cognizione della questione e la rivisitazione del *decisum* per la formazione del giudicato interno. La Corte conclude osservando che è del tutto arbitrario insistere nella distinzione tra cause originarie e sopraggiunte di inammissibilità, ormai superata dall'elaborazione giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Suprema Corte, che ha parificato, per gli effetti giuridici processuali, tutte le cause di inammissibilità che precludono la formazione di un valido rapporto di impugnazione e impediscono l'esercizio del potere di cognizione del giudice *ad quem* anche per le questioni rilevabili ex officio. In senso analogo si è espressa Sez. V, 9 luglio 2004, n. 36293, Raimo, Rv. 230636, secondo la quale pur rilevandosi l'illegalità della pena detentiva inflitta per il reato di lesioni lievissime, stante la previsione contenuta nell'art. 52, comma 2, lett. c) del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 sulla competenza penale del giudice di pace, l'inammissibilità del ricorso preclude la rilevabilità d'ufficio dell'applicazione di una sanzione non conforme al quadro normativo vigente. Il suddetto orientamento è stato recentemente ripreso da Sez. II, 8 luglio 2013, n. 44667, Aversano, Rv. 257612, in cui si ribadisce che la violazione del principio di legalità della pena, pur

non costituendo oggetto del ricorso principale, è rilevabile d'ufficio anche dalla Corte di cassazione, purché il ricorso non sia inammissibile e l'esame della questione rappresentata non comporti accertamenti in fatto o valutazioni di merito incompatibili con i limiti propri del giudizio di legittimità.

Le suddette pronunce, pertanto, individuano nella ammissibilità del ricorso il presupposto a fronte del quale la Cassazione può pronunciarsi – anche in mancanza di impugnazione sul capo relativo al trattamento sanzionatorio – sull'illegalità della pena.

Per completezza è opportuno richiamare anche le recenti sentenze intervenute con riguardo alla fattispecie, parzialmente diversa, concernente l'illegalità sopravvenuta della pena per effetto della pronuncia di incostituzionalità che ha riguardato i limiti edittali previsti per i reati in materia di stupefacenti. Trattandosi di argomento ampiamente trattato nella presente rassegna, sia qui consentito il mero richiamo alla sentenza resa da Sez. III, 30 aprile 2014, n.23066, Frattollino, Rv. 259390, secondo cui l'inammissibilità del ricorso in cassazione, per manifesta infondatezza o mancanza di specificità dei motivi, non consente l'applicazione dello *ius superveniens* più favorevole.

7.2. La tesi favorevole alla prevalenza del principio di legalità.

Secondo diverso orientamento, l'inammissibilità del ricorso non precluderebbe la rilevanza d'ufficio dell'illegalità della pena, atteso che il principio di legalità ex art. 1 cod.pen. e la funzione della pena, come concepita dall'art. 27 Cost., non risultano conciliabili con la applicazione di una sanzione non prevista dall'ordinamento (Sez. V, 27 aprile 2012, n. 24128, Di Cristo, Rv. 253763). Nella sentenza citata si evidenzia, altresì, che la giurisprudenza di legittimità ha affermato la necessità di annullare la sentenza emessa ai sensi dell' art. 444 cod. proc. pen., che abbia applicato una pena *contra legem*. Pertanto, se l'esigenza di legalità della sanzione – imposta dall'art. 1 cod. pen. E presupposta dall'art. 27 Cost. – deve prevalere anche sull'accordo delle parti, a maggior ragione ciò deve avvenire quando il trattamento sanzionatorio non è frutto di un accordo, sia pure “asimmetrico” tra le parti, ma è determinato dal giudice. In applicazione del principio affermato, la Corte, proprio perché la determinazione del

trattamento sanzionatorio non dipendeva da una negoziazione tra le parti ma dalla scelta del giudicante, ha provveduto direttamente alla individuazione della pena, applicando la pena pecuniaria in sostituzione di quella detentiva e proporzionalmente alla misura (erroneamente) determinata dal giudice di merito, il quale aveva inflitto la pena della reclusione per il reato di minaccia semplice (così “degradato” per effetto della concessione delle circostanze attenuanti generiche), di competenza del giudice di pace, “con conseguente applicabilità della sola pena ... pecuniaria”.

In senso conforme si è espressa Sez. I, 21 marzo 2013, n. 15944, Aida, Rv. 255684, nonché Sez. V, 13 giugno 2014, n. 46122, Oguekemma, Rv. 262108, nella quale si rileva che il principio della funzione rieducativa della pena, imposta dall’art. 27, comma terzo, Cost., è fra quelli che, di recente ed in ossequio alla evoluzione interpretativa determinata dai principi della CEDU, le Sezioni Unite hanno riconosciuto essere in opposizione all’esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, pure successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima. Pertanto, a maggior ragione non vi è motivo per escludere che la illegalità della pena inflitta, dipendente da una statuizione *ab origine* contraria all’assetto normativo vigente al momento di consumazione del reato, possa e debba essere rilevata, prima della formazione del giudicato ed a prescindere dalla articolazione di un corrispondente motivo di impugnazione, pure in presenza di un ricorso caratterizzato da inammissibilità non originaria.

Le pronunce che hanno riguardato l’affine tematica dell’illegalità della pena per sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità, si sono in netta prevalenza orientate nel ritenere non ostativa l’inammissibilità del ricorso (tra le tante si veda: Sez. VI, 6 marzo 2014, n. 12727, Rubino, Rv.; Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 27600, Buonocore, Rv. 259368; Sez. IV, 28 maggio 2014, n.28164, Barhoumi, Rv. 259389; **Sez. IV, 21 gennaio 2015, n. 19765, Ivascu, Rv. 263476**).

Infine, appare degna di rilievo anche una recente sentenza che, intervenendo con specifico riferimento ai poteri esercitabili dalla Corte in caso di inammissibilità del ricorso per tardività, ha affermato – con riferimento però alle sanzioni amministrative e non alla pena principale – che “*L’inammissibilità del ricorso per cassazione – nella specie per*

intempestività – non impedisce alla Suprema Corte di procedere all’annullamento della sentenza impugnata nella parte in cui ha irrogato una sanzione amministrativa accessoria illegale, stante il principio di legalità previsto per le sanzioni amministrative dall’art. 1 legge 24 novembre 1981, n. 689. (Fattispecie relativa all’erronea applicazione della sanzione amministrativa accessoria della revoca patente di guida in luogo di quella della sospensione della stessa)”, Sez. IV, 24 marzo 2015, n. 18081, Ricci, Rv. 263596.

8. Natura e conseguenze delle diverse cause di inammissibilità.

Dottrina e giurisprudenza si sono ampiamente occupate, già sotto il vigore del codice abrogato, delle diverse connotazioni delle cause di inammissibilità del ricorso in cassazione, introducendo la distinzione tra cause originarie e sopravvenute, terminologia con la quale si intendeva essenzialmente individuare le inammissibilità riguardanti vizi dell’atto di impulso del gravame (in primo luogo la tardività, ma anche l’impugnazione al di fuori dei casi consentiti ovvero l’impugnazione proposta da soggetto non legittimato) rispetto ai vizi che concernono la struttura argomentativa dell’impugnazione. Pur se con il nuovo codice di rito scompare, in via tendenziale, la distinzione tra dichiarazione e motivi di impugnazione, sulla cui scorta si era introdotta la distinzione tra inammissibilità originarie e sopravvenute, la nomenclatura è rimasta in uso essenzialmente per distinguere le diverse tipologie di inammissibilità.

Sulla questione in esame le Sezioni Unite si sono in più occasioni pronunciate con specifico riferimento ai limiti di rilevabilità delle cause di non punibilità ex art.129 cod. proc. pen. In presenza di un ricorso inammissibile, conducendo ad un’interpretazione sistematica della materia che ha fornito lo spunto per la soluzione dello specifico contrasto riguardante l’illegittimità della pena.

Ripercorrendo, con la necessaria sinteticità, le precedenti statuizioni delle Sezioni Unite, occorre prendere le mosse dalla più risalente pronuncia – Sez. un., 11 novembre 1994, n.21/95, Cresci, Rv. 199903 – nella quale si afferma che la mancanza, nell’atto di impugnazione, dei requisiti prescritti dall’art. 581 cod. proc. pen., compreso quello della specificità dei motivi, rende l’atto medesimo inidoneo ad introdurre il nuovo grado di

giudizio ed a produrre, quindi, quegli effetti cui si ricollega la possibilità di emettere una pronuncia diversa dalla dichiarazione di inammissibilità: in tali ipotesi si è in presenza, di una causa di inammissibilità originaria del gravame, la quale impedisce di rilevare e dichiarare, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., eventuali cause di non punibilità; nel caso in cui, viceversa, l'atto contenga tutti i requisiti di legge, esso è idoneo a produrre l'impulso necessario per originare il giudizio di impugnazione, con la conseguenza che le ulteriori cause di inammissibilità ricollegabili alla manifesta infondatezza dei motivi ovvero all'enunciazione di motivi non consentiti o non dedotti in appello sono da considerare sopravvenute e quindi non ostative all'operatività della disposizione dell'art. 129 cod. proc. pen..

La tematica è stata approfondita da Sez. un., 30 giugno 1999, n.15, Piepoli, Rv. 213981, nella quale si afferma che la dichiarazione delle cause di non punibilità è preclusa dall'inammissibilità derivante dall'enunciazione nell'atto di gravame di motivi non consentiti e nella denuncia di violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello, trattandosi di ipotesi di inammissibilità originaria, le quali non consentono quella delibazione sulla fondatezza della censura che costituisce peculiarità singolare della dichiarazione di inammissibilità per infondatezza manifesta dei motivi di impugnazione. Viceversa, la manifesta infondatezza dei motivi non è stata ritenuta ostativa al fatto che vengano rilevate e dichiarate, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., le cause di non punibilità.

La questione è stata nuovamente sottoposta all'esame del massimo organo nomofilattico, chiamato a pronunciarsi specificamente sulla possibilità di rilevare l'intervenuta prescrizione anche qualora il ricorso sia inammissibile per manifesta infondatezza dei motivi. Le Sez. un, 2 novembre 2000, n.32, De Luca, Rv. 217266, dopo aver compiuto una ricognizione delle problematiche concernenti il rapporto tra l'instaurazione del rapporto processuale e le cause di inammissibilità originarie e sopravvenute, hanno concluso che l'inammissibilità del ricorso per cassazione dovuta alla manifesta infondatezza dei motivi non consente il formarsi di un valido rapporto di

impugnazione e preclude, pertanto, la possibilità di rilevare e dichiarare le cause di non punibilità a norma dell'art. 129 cod. proc. pen..

La Corte, nel rivedere la distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute alla luce dell'assetto dato all'impugnazione nel nuovo codice di rito, ha ritenuto sostanzialmente superata la distinzione. Si è evidenziato, infatti, come anche in presenza dell'inammissibilità per manifesta infondatezza dei motivi, pur occorrendo un vaglio potenzialmente maggiormente complesso del ricorso, la delibazione *“si risolve in una absolutio ab instantia derivante dalla mera apparenza dell'atto di impugnazione”* con la conseguenza che *“un ricorso manifestamente infondato si tradurrebbe in uno strumento esorbitante, oltre che al di fuori di ogni ragionevolezza, ove si volesse ad esso attribuire una tale forza propulsiva da consentirne l'utilizzazione per conseguire una dichiarazione di non punibilità (anche) derivante dal decorso del tempo”*. Con la menzionata sentenza, pertanto, si giunge al definitivo superamento delle diverse categorie di inammissibilità ed alla loro unificazione, riconducendo anche la manifesta inammissibilità tra le inammissibilità che inibiscono la pronuncia di sentenza ex art. 129 cod.proc.pen.

I principi con chiarezza affermati dalla sentenza *“De Luca”*, sono stati nuovamente esaminati da Sez. un., 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, Rv. 231164 che li ha ulteriormente chiariti nella loro portata applicativa, riaffermando che la manifesta infondatezza resta definita sulla base di una cognizione sommaria con effetti di stretto diritto processuale consistenti nel precludere l'accesso al rapporto di impugnazione. In un regime in cui al *favor impugnationis* fa da rigoroso contrappunto l'esigenza di conformare l'atto di impugnazione ai requisiti prescritti dalla legge, l'attributo *“manifesta”* infondatezza indica la palese inconsistenza delle censure, tale da tracciare un limite invalicabile all'impiego di moduli volti ad eludere lo schema del giudizio di legittimità il cui accesso resta comunque subordinato all'osservanza del precetto di cui all'art. 606, comma primo, cod. proc. pen.

La manifesta infondatezza va, perciò, annoverata – proseguono le Sezioni Unite – tra le cause di inammissibilità intrinseche al ricorso, la cui metodica di accertamento è

assolutamente conforme a quella indispensabile per dichiarare le altre cause di inammissibilità previste dall'art. 606, co. 3, cod. proc. pen.

Pertanto, l'intervenuta formazione del giudicato sostanziale, derivante dalla proposizione di un atto di impugnazione invalido perché contrassegnato da uno dei vizi indicati dalla legge (art. 591, comma primo, cod. proc. pen. Con eccezione della rinuncia ad un valido atto di impugnazione; art. 606, co.3, cod. proc. pen.) , preclude ogni possibilità sia di far valere una causa di non punibilità precedentemente maturata, sia di rilevarla di ufficio. Proseguono le Sezioni Unite affermando che *“Fermo restando che l'eccezionale possibilità di incidere in executivis sul provvedimento contrassegnato dalla formazione del giudicato formale (v., soprattutto, l'art. 673 c.p.p.) parrebbe comportare che a tanto possa provvedere il giudice dell'impugnazione inammissibile – indipendentemente dalla procedura concretamente seguita – a meno che il decorso del termine, derivante dalla mancata proposizione del gravame (arg. Ex art. 648, comma 2, c.p.p.) abbia già trasformato il giudicato sostanziale in giudicato formale (cfr. Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca). L'unica ipotesi di cognizione da parte del giudice dell'impugnazione inammissibile rimane allora quella relativa all'accertamento dell'abolitio criminis o della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice formante oggetto dell'imputazione e desumibile dall'eccezionale possibilità di incidere in executivis sul provvedimento contrassegnato dalla formazione del giudicato formale; così come nell'ipotesi in cui debba essere dichiarata l'estinzione del reato a norma dell'art. 150 c.p.”*, sempre salvo il caso di proposizione tardiva del gravame (arg. Ex art. 648, comma secondo, cod. proc. pen.; così, ancora, Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca). Alla luce delle argomentazioni svolte, le Sezioni Unite individuano l'ambito di cognizione da parte del giudice dell'impugnazione inammissibile, conformandolo al corrispondente potere riconosciuto in sede esecutiva e, quindi, limitatamente all'accertamento dell'*abolitio criminis* o della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, ovvero all'estinzione del reato a norma dell'art. 150 cod. pen., sempre salvo il caso di proposizione tardiva del gravame (arg. Ex art. 648, comma secondo, cod. proc. pen.; così, ancora, Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, Rv. 217266).

8.1. L'elaborazione giurisprudenziale più recente.

Le richiamate sentenze delle Sezioni unite hanno avuto il fondamentale ruolo di determinare i lineamenti generali della preclusione alla dichiarazione di cause di non punibilità a fronte di ricorsi inammissibili, valorizzando chiaramente il dato processuale che impedisce l'instaurarsi di un rapporto tra il giudice dell'impugnazione e la materia del contendere. I suddetti principi hanno trovato applicazione anche nella decisioni successive intervenute con specifico riferimento alle ipotesi di norma incriminatrice di diritto interno giudicata incompatibile con quella comunitaria; tale fattispecie, è stata assimilata negli effetti all'*abolitio criminis* con la conseguenza che l'inammissibilità del ricorso in cassazione non preclude l'esercizio del potere d'ufficio di rilevare l'incompatibilità della norma incriminatrice con quella di rango comunitario (Sez. I, 5 ottobre 2011, n. 39566, Pereira, Rv. 251176; Sez.VII, 6 marzo 2008, n. 21579, Boujlaib, Rv. 239960; Sez. VI, 5 novembre 2010, n. 9098/2011, Gargiulo, Rv. 249680).

Ancor più di recente la questione è stata esaminata in relazione all'ipotesi di dichiarazione di incostituzionalità della norma concernente il trattamento sanzionatorio, problematica risolta dalle Sezioni unite con un pronunciamento che, nelle linee fondanti dell'argomentazione, è pienamente applicabile al caso della pena illegale comminata *ab origine*.

Il massimo organo nomofilattico, operando un parallelismo tra *abolitio criminis* e dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice ovvero della sola parte concernente la quantificazione della pena, ha affermato che *“anche l'illegittimità costituzionale limitata alla sola sanzione è destinata ad incidere sul giudicato sostanziale: si tratta pur sempre di una pena la cui esistenza è stata eliminata dall'ordinamento in maniera irreversibile e definitiva, peraltro con effetti ex tunc, come se non fosse mai esistita. Sicché la sua intrinseca illegalità impone che il giudice dell'impugnazione, ancorché inammissibile, provveda a ripristinare una sanzione legale, basata, in questo caso, sui criteri edittali ripristinati per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale. Del resto, che il giudice della cognizione, in presenza di un ricorso inammissibile, debba provvedere alla rideterminazione della pena illegale derivante da pronuncia di incostituzionalità, deriva anche dall'osservazione che anche in questo caso si verifica la possibilità che lo stesso intervento può essere*

posto in essere in sede di esecuzione, come affermato recentemente, seppure in una ipotesi leggermente differente, dalle Sezioni unite. Infatti, in presenza di una dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice, che incida comunque sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, il giudice dell'esecuzione è chiamato a rideterminare la pena in favore del condannato.”(Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, Rv. 33040). L'illegalità della pena, pertanto, costituisce una delle ipotesi eccezionali e derogatorie, parificata all'*abolitio criminis*, alla dichiarazione di incostituzionalità, alla contrarietà della norma incriminatrice rispetto a quella comunitaria, nonché alla morte del reo, rispetto alle quali va attribuito al giudice della cognizione di intervenire per salvaguardare il principio della costituzionalità della pena, pur nell'ipotesi di inammissibilità del ricorso.

L'unico limite al potere officioso del giudice della cognizione deriva dall'eventuale formarsi del giudicato formale, essendosi ritenuto che *“una deroga alla prevalenza della illegalità della pena sul giudicato sostanziale è rappresentata dal ricorso inammissibile perché tardivamente proposto. In questo caso si è in presenza di un gravame sin dall'origine inidoneo a instaurare un valido rapporto processuale, in quanto il decorso del termine derivante dalla mancata proposizione del gravame ha già trasformato il giudicato sostanziale in giudicato formale (Sez. Un., De Luca), sicché il giudice dell'impugnazione si limita a verificare il decorso del termine e a prenderne atto. Questa speciale causa di inammissibilità è quindi preclusiva di un'eventuale rimodulazione del trattamento sanzionatorio, anche dinanzi alla declaratoria di incostituzionalità della pena” (Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli).* Sulla scorta di tale argomentazione, si è pertanto ritenuto che *“Nel giudizio di cassazione l'illegalità della pena conseguente a dichiarazione di incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio è rilevabile d'ufficio anche in caso di inammissibilità del ricorso, tranne che nel caso di ricorso tardivo” (Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, Rv. 33040).*

9. La sentenza “Butera”.

L'indirizzo interpretativo segnato dalle richiamate sentenze delle Sezioni unite è stato sviluppato nella sentenza **Sez. un., 26 giugno 2015, Butera, n. 47766**, chiamata ad esaminare il caso di un imputato condannato ad una pena *ab origine* illegale, atteso che, in

relazione al reato di lesioni lievissime di competenza del giudice di pace, era stata comminata la pena della reclusione, anziché quella pecuniaria prevista dall'art. 54 d.lgs. n. 274 del 28 agosto 2000.

Il ricorso in cassazione era ritenuto dalla sezione rimettente inammissibile per una pluralità di ragioni, tra cui anche la tardività dello stesso; proprio in relazione a quest'ultimo aspetto, le Sezioni unite erano chiamate a stabilire se l'illegalità della pena potesse essere rilevata d'ufficio, ovvero se la tardività del ricorso precludesse l'esercizio di tale potere.

La sentenza “Butera” va ad inserirsi in un contesto giurisprudenziale che indica rimedi rispetto all'illegalità della pena – principale ed accessoria – ispirati ad una logica ripartizione di ruoli tra giudice della cognizione e giudice dell'esecuzione, basata sul presupposto che la pena illegale può essere rilevata d'ufficio anche in fase di legittimità ed a prescindere da una espressa impugnazione sul trattamento sanzionatorio e ciò anche nelle ipotesi in cui il ricorso sia inammissibile; l'unica eccezione a tale regola è quella operante nel caso di ricorso proposto tardivamente (la preclusione derivante dalla tardività, del resto, era stata già affermata anche in altre pronunce tra le quali, oltre **Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, Rv. 33040** va richiamata anche Sez.un., 25 febbraio 2004, n. 24246, Chiasserini, Rv. 227681).

Nell'uniformarsi a tale conclusione, la sentenza “Butera” richiama il dato normativo contenuto nell'art. 648 co.2 cod.proc.pen., in base al quale la sentenza diviene irrevocabile quando è inutilmente decorso il termine per impugnarla o quello per impugnare l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità dell'impugnazione. La norma va intesa nel senso che la pronuncia dichiarativa della tardività dell'impugnazione ha un contenuto meramente dichiarativo e si limita a prendere atto di un'irrevocabilità già verificatasi, non potendosi differire tale effetto al successivo momento in cui l'ordinanza che dichiara l'inammissibilità diviene definitiva. In tal senso depone il dato letterale, atteso che le due ipotesi contemplate dall'art. 648 co.2 cod. proc. pen. sono previste con l'utilizzo della forma disgiuntiva, proprio per chiarire l'alternatività delle due fattispecie.

In motivazione, si precisa come “*L’interpretazione contraria secondo cui l’art. 648, comma 2, cod. proc. pen. Stabilisce il principio che, nel caso sia stata proposta impugnazione tardiva, la irrevocabilità della sentenza interviene solo con l’inutile decorso del termine per proporre impugnazione avverso la pronuncia che dichiara la inammissibilità, mostra tutti i suoi limiti là dove si consideri l’ipotesi di una impugnazione largamente tardiva, che comporterebbe, accettando la tesi difensiva, il venir meno dell’irrevocabilità della sentenza e l’obbligo di sospensione dell’esecuzione di una sentenza da tempo ormai definitiva. A parte il fatto che detta tesi manca di base testuale: il legislatore avrebbe usato una formula diversa, se avesse voluto stabilire l’inapplicabilità della prima ipotesi (quella dell’inutile decorso del termine per proporre impugnazione) nel caso di un’impugnazione, anche tardiva. L’art. 648, comma 2, cod. proc. pen. Deve, quindi, essere interpretato nel senso che il riferimento all’ordinanza di inammissibilità dell’impugnazione contenuto nella seconda ipotesi riguardi le cause di inammissibilità diverse dalla tardività dell’impugnazione. Ne discende che la sentenza penale è irrevocabile, e deve pertanto essere necessariamente eseguita a cura del pubblico ministero, quando è inutilmente decorso il termine per proporre impugnazione, anche nel caso in cui questa sia stata tardivamente proposta, poiché, altrimenti, la presentazione di un atto di impugnazione fuori termine sarebbe sempre sufficiente ad impedire la formazione del giudicato formale”.*

In conclusione, la Corte ha ritenuto che il giudicato formale, determinato dalla infruttuosa scadenza dei termini per proporre l’impugnazione, è un motivo ostativo rispetto a qualsivoglia valutazione da parte del giudice della cognizione, pertanto, “*in presenza di ricorso inammissibile perché presentato fuori termine, non è rilevabile d’ufficio l’illegalità della pena*” ” (Sez. un., 26 giugno 2015, Butera, n. 47766), senza che ciò vada ad incidere negativamente sull’attuazione del principio di legalità. Le questioni concernenti l’illegalità della pena potranno pur sempre essere fatte valere dinanzi al giudice dell’esecuzione ex art.666 cod.proc.pen., essendo quella la sede propria per il vaglio di tutti gli aspetti relativi all’esecuzione della pena e, quindi, anche all’eventuale incompatibilità della pena concretamente irrogata rispetto a quella – per tipologia e limiti edittali – applicabile alla fattispecie oggetto del giudizio (Sez. un., 26 giugno 2015, Butera, n. 47766).

10. Il limiti alla deducibilità in sede esecutiva dell'illegalità della pena.

La sentenza “Butera” non si è limitata a stabilire che la tardività del ricorso determina la preclusione alla rilevabilità d'ufficio dell'illegalità della pena nel giudizio di cognizione, avendo affrontato anche le problematiche – per molti versi di maggior rilievo – concernenti i limiti in cui l'illegalità della pena può condurre, in sede esecutiva, alla sua rideterminazione, con la conseguente verifica dei poteri attribuiti al giudice dell'esecuzione.

La Corte ha preso spunto dalla recente elaborazione volta a valorizzare il ruolo del giudice dell'esecuzione, richiamando gli approdi cui sono giunte Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821/2014, Ercolano, Rv. 258651 e Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, Rv. 260695 e 260700, entrambe concordi nel riconoscere l'attribuzione al giudice dell'esecuzione di penetranti poteri di accertamento e valutazione.

Proprio valorizzando la funzione del giudice dell'esecuzione per come emerge dalle suddette pronunce, si è affermata *“l'insostenibilità della vecchia concezione circa la natura secondaria ed accessoria della fase esecutiva che, oramai, grazie alle nuove attribuzioni del giudice ed alla giurisdizionalizzazione del procedimento, ha assunto una dimensione centrale e complementare a quella della fase di cognizione, concorrendo, come è stato notato, al completamento funzionale del sistema processuale”* (così in motivazione **Sez. un., 26 giugno 2015, Butera, n. 47766**).

Pur a fronte di un riconoscimento così ampio dei poteri e della funzione della fase dell'esecuzione, le Sezioni unite hanno ritenuto necessario delimitare l'ambito entro il quale la pena illegale è suscettibile di rimodulazione da parte del giudice dell'esecuzione, richiamando il consolidato orientamento secondo cui l'illegalità della pena è rilevabile nei soli casi in cui si tratti di pena non prevista dall'ordinamento, ovvero quando, per specie e qualità, risulti eccedente il limite legale, nonché nell'ipotesi di mero errore di calcolo. Ne consegue che l'illegalità della pena frutto di un errore nel procedimento di quantificazione potrà trovare rimedio in fase esecutiva a fronte di *“errore macroscopico non giustificabile”*, viceversa, la rettifica non sarà possibile qualora la determinazione della pena, per quanto errata, sia il frutto di una motivata valutazione da parte del giudice della cognizione (**Sez. un., 26 giugno 2015, Butera, n. 47766**). In tali casi, infatti, l'unico

rimedio esperibile risiede nella tempestiva proposizione degli ordinari mezzi di impugnazione, dovendosi sindacare il percorso motivazionale seguito dal giudicante.

Accanto al problema dell'individuazione dei casi per i quali è consentita la rideterminazione della pena illegale in sede esecutiva, essenzialmente volto ad escludere che il giudice dell'esecuzione possa intervenire a fronte di una consapevole ed argomentata valutazione in ordine all'irrogazione di un trattamento sanzionatorio non conforme al paradigma legale, si pone l'ulteriore problematica dell'individuazione dei parametri di giudizio che devono sovrintendere alla rideterminazione della pena *in executivis*. La questione è di fondamentale rilevanza, posto che è proprio tale aspetto che va ad incidere sull'ampiezza della valutazione rimessa al giudice dell'esecuzione.

In materia occorre rammentare il recente intervento delle Sezioni unite volto ad affermare il principio secondo cui il giudice dell'esecuzione ha il potere di rideterminare la pena in favore del condannato pur se il provvedimento correttivo da adottare non è a contenuto predeterminato, potendo egli avvalersi di penetranti poteri di accertamento e di valutazione, fermi restando i limiti fissati dalla pronuncia di cognizione in applicazione di norme diverse da quelle dichiarate incostituzionali e dalle quali è conseguita l'illegalità della pena (Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, Rv. 260697).

Rispetto a tale principio, la sentenza “Butera” sembrerebbe optare per un'interpretazione maggiormente restrittiva, richiamando quanto recentemente sostenuto in tema di pena accessoria rideterminata in sede esecutiva, per la quale si è ritenuto che l'applicazione di una pena accessoria *extra* o *contra legem* dal parte del giudice della cognizione può essere rilevata, anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza, dal giudice dell'esecuzione purché essa sia determinata per legge ovvero determinabile, senza alcuna discrezionalità, nella specie e nella durata (**Sez. Un., 27 novembre 2014, n. 6240/2015, Basile, Rv. 262327**).

Sulla base di tale principio si conclude nel senso che il potere di rideterminare, *in executivis*, la pena illegale è ammissibile nei limiti in cui non siano richiesti apprezzamenti discrezionali in ordine alla specie e durata della pena, atteso che ove il giudice

dell'esecuzione potesse compiere le suddette scelte, la sua cognizione finirebbe per essere non dissimile da quella spettante al giudice della cognizione.

Ne consegue che la pienezza del potere di rideterminazione della pena, non può che essere riconosciuta al solo giudice del rinvio, a condizione che vi sia stata la tempestiva proposizione di gravame ed il successivo annullamento della sentenza che ha erroneamente individuato, per specie e quantità, la pena risultata illegale. In fase esecutiva, invece, la pena illegale potrà essere rideterminata a condizione che non sia necessario procedere a valutazioni discrezionali, sostanzialmente assimilabili a quelli che ordinariamente compie il giudice della cognizione ex art.133 cod. pen.

11. Le conseguenze in tema erronea irrogazione della pena detentiva per i reati di competenza del Giudice di Pace.

L'individuazione di precisi limiti all'intervento del giudice dell'esecuzione con riferimento alla rideterminazione della pena illegale ha indotto la Suprema Corte a compiere una specifica valutazione di compatibilità del rimedio *in executivis* con riferimento al caso in cui sia stata irrogata una condanna alla pena detentiva per reati di competenza del Giudice di Pace.

La Corte ha rilevato l'assoluta peculiarità del regime sanzionatorio delineato dal decreto legislativo 28 agosto 2000, n.74, caratterizzato non solo dall'esser stata privilegiata la pena pecuniaria con esclusione di quella detentiva, ma anche dall'introduzione di altri istituti quali l'esclusione della procedibilità per particolare tenuità del fatto, l'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, l'esclusione della sospensione condizionale della pena e la possibilità di accedere al lavoro di pubblica utilità.

A fronte della specificità del regime sanzionatorio – inteso in senso lato e non limitato al solo aspettato della specie e quantità della pena irrogabile – ne consegue che un'eventuale rideterminazione della pena in sede esecutiva comporterebbe la rielaborazione dell'intero trattamento sanzionatorio “*con scelte che attengono alle attribuzioni tipiche del giudice del merito*”. Prosegue la citata sentenza affermando che “*il giudice che*

applica quel modello sanzionatorio e gli istituti processuali correlati di cui innanzi si è detto, è chiamato ad effettuare una valutazione contenutistica di tutti i parametri di commisurazione del trattamento sanzionatorio alla luce delle risultanze processuali, operando le conseguenti determinazioni, non soltanto sulla quantità del trattamento, ma anche sulla specie della sanzione da applicare, tenendo anche conto delle richieste dello stesso imputato, dal momento che il lavoro di pubblica utilità può essere applicato solo su richiesta dell'imputato".

La conseguenza di tali osservazioni è che, pur a fronte dell'accertata illegalità della pena ed in mancanza di una tempestiva impugnazione, risulterà inibita al giudice dell'esecuzione la sostituzione della pena detentiva, erroneamente applicata per reati di competenza del Giudice di pace, con la pena pecuniaria, atteso che il giudice dell'esecuzione non sarebbe chiamato ad *“una mera nuova commisurazione o sostituzione matematicamente scontata”*, bensì dovrebbe procedere ad una rimodulazione della pena secondo parametri normativi del tutto autonomi, comportanti una piena cognizione tipica della sola fase di merito.

Le predette argomentazioni, supportano la conclusione per cui *“L'illegalità della pena, che si configura nel caso in cui il tribunale, per errore, non abbia applicato le sanzioni previste per reati attribuiti alla cognizione del giudice di pace, non è deducibile innanzi al giudice dell'esecuzione, giacché la richiesta rimodulazione della pena comporta una valutazione complessiva di tutti i parametri di commisurazione del trattamento sanzionatorio, del tutto eccentrica rispetto all'ambito di intervento del giudice dell'esecuzione. (Nella fattispecie il Tribunale, per il reato di lesioni di competenza del giudice di pace, aveva applicato la pena della reclusione in luogo della sanzione prevista dall'art. 52 D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274)”* (Sez. un., 26 giugno 2015, Butera, n. 47766).

Alla luce di quanto affermato dalle Sezioni unite, ne consegue che, con specifico riferimento alle sanzioni previste per i reati di competenza del giudice di pace, il sistema volto a ripristinare l'illegalità originaria della pena mediante il ricorso al giudice dell'esecuzione, non può operare, stante l'assoluta disomogeneità tra il trattamento sanzionatorio – sia pur illegale – applicato dal giudice della cognizione e quello che conseguirebbe all'eventuale rideterminazione della pena che finirebbe per essere frutto di un procedimento di quantificazione del tutto autonomo.



CAPITOLO II

ILLEGALITA' SOPRAVVENUTA DELLA PENA E REATO CONTINUATO

(PAOLO BERNAZZANI)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il principio di diritto enunciato da Sez. un. 26 febbraio 2015, n. 22741, Sebbar. – 3. L'*iter* motivazionale della decisione della Corte. L'illegalità sopravvenuta delle sanzioni inflitte anteriormente alla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale con riferimento alle condotte illecite in tema di "droghe leggere". – 4. La necessità di rideterminazione della pena inflitta per i reati-satellite in materia di "droghe leggere" negli orientamenti della giurisprudenza della singole sezioni della Corte anteriori alla decisione delle Sezioni Unite. – 5. I precedenti arresti giurisprudenziali delle Sezioni Unite in tema di reato continuato. – 6. La "visione multifocale" del reato continuato e la persistente rilevanza della valutazione della gravità dei singoli reati-satellite. – 6.1. (segue): La determinazione del limite di cui all'art. 81, comma 3, cod. pen. – 6.2. (segue): Le ipotesi di "scioglimento" del cumulo giuridico. – 6.3. (segue): La struttura bifasica del giudizio di cui all'art. 533, comma 2, cod. proc. pen. in caso di sentenza di condanna. – 6.4. (segue): I rapporti fra disciplina delle circostanze e reato continuato. – 7. Conclusioni.

1. Premessa.

Fra le molteplici questioni insorte in materia di reati concernenti le sostanze stupefacenti all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014, con la quale la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 4-*bis* e 4-*vicies ter* del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 272, inseriti, in sede di conversione, dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49 (nota come legge "Fini-Giovanardi"), un tema di indubbia pregnanza, essenzialmente riconducibile al principio di legalità della pena, attiene alla necessità di stabilire se, nell'ambito della disciplina dettata dall'art. 81 cpv. cod. pen., l'aumento di pena irrogato a titolo di continuazione per i delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 in relazione alle c.d. droghe leggere, quando gli stessi costituiscano reati-satellite, debba essere oggetto di specifica rivalutazione alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile per tali violazioni, in conseguenza della reviviscenza della precedente disciplina, determinatasi per effetto della predetta sentenza della Corte costituzionale, ovvero se, alla stregua dell'effetto unificante proprio del meccanismo sanzionatorio che caratterizza il reato continuato, ciò non sia necessario, posto che i

singoli aumenti di pena si atteggiavano come meri “incrementi sanzionatori”, privi di autonomia valutativa, della individuata pena-base.

L’esigenza di una più proficua ed immediata individuazione e percezione degli aspetti problematici sottesi alla questione rende opportuno premettere, per quanto di specifico interesse in questa sede, che l’art. 4-*bis* citato aveva modificato l’art. 73 del testo unico sugli stupefacenti, unificando il trattamento sanzionatorio edittalmente previsto per le condotte di produzione, traffico e detenzione illecita, indipendentemente dalla tipologia di sostanza stupefacente trattata, così capovolgendo la prospettiva che aveva animato il previgente art. 73, caratterizzato da una significativa differenziazione dei livelli sanzionatori a seconda che le condotte illecite avessero riguardato le sostanze inserite nelle tabelle I e III (cosiddette “droghe pesanti”), ovvero le sostanze inserite nelle tabelle II e IV (cosiddette “droghe leggere”).

Analoga modifica era stata apportata dall’art. 4-*bis* del citato decreto legge al comma quinto dell’art. 73 del testo unico, riconducendo anche l’ipotesi attenuata del fatto di lieve entità ad un’unitaria ed indifferenziata escursione dei limiti di pena edittale.

L’art. 4-*vicies ter* aveva, d’altro canto, modificato il sistema tabellare disciplinato dai previgenti articoli 13 e 14 del testo unico, unificando all’interno di un’unica tabella I tutte le tipologie di sostanze stupefacenti o psicotrope precedentemente dislocate in distinti gruppi.

Va aggiunto, per esigenza di completezza, che il comma 5 dell’art. 73 del testo unico, nel testo introdotto dalla legge “Fini-Giovanardi”, era già stato fatto oggetto di ulteriore modifica normativa: l’art. 2, comma 1, lett. *a*) del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10, aveva, in particolare, ridotto il limite edittale massimo della pena detentiva.

La decisione della Corte Costituzionale, peraltro, ha espressamente affermato che nessuna incidenza sulle questioni sollevate innanzi ad essa può esplicitare la modifica da ultimo citata, in quanto riguardante disposizioni già ritenute come non applicabili nel giudizio *a quo* e, comunque, non influenti sullo specifico vizio procedurale lamentato dal giudice rimettente in ordine alla formazione della legge di conversione n. 49 del 2006,

con riguardo a disposizioni differenti. Si tratta oltretutto, ha osservato la Corte, di modifica normativa successiva a quella censurata e indipendente da quest'ultima.

Ciò posto, la dichiarazione di illegittimità costituzionale degli articoli 4-*bis* e 4-*vicies ter* della legge “Fini – Giovanardi” è da ricondursi alla violazione dell'art. 77, comma 2, Cost., avendo la Corte costituzionale riscontrato un “difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto legge e quelle impugnate, introdotte dalla legge di conversione”. Trattandosi di un vizio di carattere procedurale, la declaratoria di illegittimità costituzionale non è stata circoscritta alle sole disposizioni riguardanti l'impianto sanzionatorio ed il c.d. sistema tabellare, oggetto della questione incidentale sollevata dalla Corte di cassazione, ma ha travolto i due articoli citati nella loro interezza.

A seguito della caducazione delle disposizioni impugnate, hanno conseguentemente riacquisitato vigore il “vecchio” testo dell'art. 73 del d.P.R. 309 del 1990 e le relative tabelle, in quanto mai validamente abrogati.

A corredo della declaratoria di illegittimità costituzionale, la Consulta ha osservato che, dettando l'originario testo dell'art. 73 un trattamento sanzionatorio meno severo per gli illeciti concernenti le cosiddette “droghe leggere”, compete al giudice ordinario impedire che la dichiarazione di illegittimità costituzionale vada a detrimento della posizione giuridica degli imputati, *“tenendo conto dei principi in materia di successione di leggi penali nel tempo ex art. 2 cod. pen., che implica l'applicazione della norma penale più favorevole al reo”*; *“analogamente, rientra nei compiti del giudice comune individuare quali norme, successive a quelle impugnate, non siano più applicabili perché divenute prive del loro oggetto (in quanto rinviano a disposizioni caducate) e quali, invece, devono continuare ad avere applicazione in quanto non presuppongono la vigenza degli artt. 4-bis e 4- vicies ter”*, oggetto della sentenza n. 32 del 2014.

2. Il principio di diritto enunciato da Sez. un. 26 febbraio 2015, n. 22741, Sebbar.

Le Sezioni Unite, affrontando la questione sopra delineata, hanno enunciato il principio di diritto così massimato:

“Per i delitti previsti dall’art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, l’aumento di pena calcolato a titolo di continuazione per i reati-satellite in relazione alle così dette ‘droghe leggere’ deve essere oggetto di specifica rivalutazione da parte dei giudici del merito, alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile per tali violazioni, a seguito della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale, che ha dichiarato la incostituzionalità degli artt. 4-bis e 4-vicies ter della legge 21 febbraio 2006, n. 49 – che ha convertito il d.l. 30 dicembre 2005, n. 272 – e ha determinato, in merito, la reviviscenza della più favorevole disciplina anteriormente vigente” (Sez. un. 26 febbraio 2015, n. 22741, Sebbar, Rv. 263717).

3. L’iter motivazionale della decisione della Corte. L’illegalità sopravvenuta delle sanzioni inflitte anteriormente alla sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale con riferimento alle condotte illecite in tema di “droghe leggere”.

Prima di entrare in *medias res*, affrontando il tema degli effetti della sentenza della Corte Costituzionale sul trattamento sanzionatorio in tema di reato continuato, nel caso di reati-satellite aventi ad oggetto “droghe leggere”, le Sezioni Unite hanno ritenuto necessario esaminare la questione, invero logicamente preliminare, della più generale compatibilità sul piano della legalità della pena delle sanzioni inflitte da sentenze emesse anteriormente alla citata pronuncia della Consulta, sempre con riferimento a condotte relative a “droghe leggere”. Una problematica che, in concreto, si è posta con riferimento a quelle decisioni di merito che avevano inflitto pene che, pur determinate sotto la (apparente) vigenza della legge “Fini-Giovanardi” rientravano formalmente anche nei limiti edittali della legge “Jervolino-Vassali” (in quanto attestate sul minimo all’epoca previsto, pari al massimo edittale “reviviscente”, di sei anni di reclusione ed € 77.468 di multa).

In tale ottica, la sentenza Sebbar ha aderito all’orientamento nettamente maggioritario delineatosi all’interno delle Sezioni semplici della Suprema Corte, secondo il quale l’applicazione della disciplina più favorevole prevista dal testo originario dell’art. 73, d.P.R. n. 309 del 1990, ripristinata a seguito dell’annullamento per incostituzionalità delle norme della legge “Fini-Giovanardi” (derivante da un radicale vizio del procedimento

legislativo, tanto che le predette norme hanno cessato *ex tunc* di avere efficacia, ai sensi dell'art. 136, comma 1, Cost.), impone l'annullamento con rinvio della sentenza di condanna emessa dal giudice di merito, quando la pena base sia stata determinata nel provvedimento impugnato in termini sensibilmente distanti dai limiti edittali minimi (per quanto di fatto ricompresa tra il limite minimo e quello massimo previsti dalla disposizione nuovamente applicabile), sì da imporre una nuova globale valutazione del fatto nel confronto con la “nuova” cornice edittale, valutazione non consentita in sede di legittimità (*ex plurimis*, Sez. VI, 20 marzo 2014, n. 14293, Antonuccio, Rv. 259062; Sez. VI, 20 marzo 2014, n. 15157, La Rosa, Rv. 259253; Sez. VI, 8 aprile 2014, n. 19241, Pantaloni, Rv. 259367; Sez. VI, 5 marzo 2014, n. 14984, Costanzo, Rv. 259355; Sez. VI, 26 marzo 2014, n. 14995, Lampugnano, Rv. 259359; Sez. VI, 2 aprile 2014, n. 19267, Festante, Rv. 259370; Sez. VI, 14 maggio 2014, n. 21064, Napoli, Rv. 259382).

Il nucleo essenziale e la stessa *ratio* della scelta operata dalle Sezioni Unite sul punto si colgono uro unitarizat nell'affermazione che *“l'unico, obiettivo indicatore della gravità di un reato è il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore, il quale – evidentemente – modula la pena edittale a seconda del disvalore che ritiene di attribuire alle ipotesi criminose, che egli stesso ha enucleato”*. Se è vero che la valutazione in astratto compiuta dal legislatore è completata dalla valutazione in concreto compiuta dal giudice di merito, che, innestandosi sulla prima, “personalizza” il trattamento sanzionatorio adeguandolo alle circostanze concrete, è altrettanto vero che tale valutazione non può che svolgersi all'interno dello spazio delimitato dagli “indicatori astratti” costituiti dal minimo e dal massimo edittale di pena. Ne consegue che, se detto spazio muta con variare della forbice edittale *“mutano inevitabilmente i parametri entro i quali la valutazione in concreto deve essere effettuata”* (uro u considerando che l'irrogazione di una sanzione in misura sensibilmente superiore al minimo edittale impone al giudice un obbligo ancor più stringente di specifica e dettagliata motivazione, esplicitando specificamente i criteri oggettivi e soggettivi, fra quelli enunciati dall'art. 133 cod. pen., posti alla base della sua valutazione: cfr. Sez. III, 25 marzo 2014, n. [26340](#), Di Maggio, Rv. 260058).

In tal senso, è innegabile che l'intervento del Giudice delle leggi con la sentenza citata ha drasticamente modificato il quadro di riferimento, tanto da realizzare un sostanziale ridimensionamento dello stesso disvalore penale del fatto che non può non essere valutato dal giudice del merito.

Tale approdo ermeneutico ha consentito, dunque, alla sentenza in esame di affrancarsi in modo convincente dal contrapposto – e minoritario – orientamento di legittimità, inteso ad escludere che la reviviscenza dell'art. 73 nell'originaria stesura della legge “Jervolino-Vassalli” determini *eo ipso* l'illegalità sopravvenuta della pena inflitta, quando, in presenza di motivazione esaustiva, non sia ipotizzabile l'irrogazione di una sanzione ad essa inferiore sulla base dei reintrodotti limiti edittali (cfr. Sez. IV, 25 settembre 2014, n. 47278, Bronzino, Rv. 260734; Sez. III, 12 giugno 2014, n. 27957, Tirocchi, Rv. 259401). In realtà, come osservato dalle Sezioni Unite, tali decisioni si risolvono, più che nell'affermazione di un principio, in una valutazione di adeguatezza in concreto del trattamento sanzionatorio e della motivazione di merito che lo supporta, “*anche se forse non del tutto compatibile con i poteri cognitivi e i limiti deliberativi del giudice di legittimità*”.

4. La necessità di rideterminazione della pena inflitta per i reati-satellite in materia di “droghe leggere” negli orientamenti della giurisprudenza della singole sezioni della Corte anteriori alla decisione delle Sezioni Unite.

In merito alla problematica sottesa alla decisione delle Sezioni Unite, la giurisprudenza della Cassazione si era precedentemente orientata in modo non univoco, seguendo impostazioni ricostruttive contrastanti che, come evidenziato dalla pronuncia in esame e nella stessa ordinanza di rimessione, possono essere ricondotte essenzialmente a tre filoni giurisprudenziali, l'ultimo dei quali può qualificarsi come “intermedio” rispetto ai primi due.

Secondo un primo orientamento, la reintroduzione di un trattamento sanzionatorio differenziato tra “droghe leggere” e “pesanti”, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, determina l'illegalità della pena inflitta per il reato

continuato, ove la pena-base abbia preso a riferimento una condotta relativa a “droga pesante” e gli aumenti per la continuazione siano stati determinati (anche) con riferimento a reati satellite condotte aventi ad oggetto “droghe leggere”.

Il fondamento argomentativo di tale filone giurisprudenziale risiede nel rilievo che la perdita di autonomia sanzionatoria dei reati satellite nella dosimetria della pena afferente al reato continuato non esclude che, ai fini della determinazione in concreto del *quantum* di aumento da apportare per i singoli reati-satellite, occorre comunque procedere ad una preliminare valutazione di gravità *ex art. 133 cod. pen.* Di questi ultimi. Tale “valutazione ponderale” non può che avvenire con riferimento agli effettivi parametri edittali determinati dal legislatore per tali fattispecie. Ove, come nella specie, la ponderazione a suo tempo effettuata risulti inevitabilmente alterata e “falsata” dal diverso quadro normativo di riferimento – proprio della legge “Fini-Giovanardi” poi dichiarata incostituzionale -, caratterizzato dalla sostanziale equiparazione *quoad poenam* fra sostanze stupefacenti di diversa natura, non può che riconoscersi l’illegalità della “pena finale” e la necessità di annullamento con rinvio delle sentenze che hanno inflitto detta pena illegale, fermo restando che il giudice del rinvio non è tenuto ad una automatica riduzione del trattamento sanzionatorio, dovendo semplicemente rivalutare lo stesso alla luce del “nuovo” parametro di riferimento costituito dalla più favorevole cornice edittale di cui la sentenza della Corte Costituzionale ha determinato la reviviscenza.

In tal senso si sono espresse numerose sentenze, tutte facenti capo alla IV sezione della S.C. (Sez. IV, 12 marzo 2014, n. 16245, Iori, Rv. 259364; Sez. IV, 2 aprile 2014, n. 19267, Festante, Rv. 259372; Sez. IV, 25 marzo 2014, n. 22257, Guernelli, Rv. 259203; Sez. IV, 12 marzo 2014, n. 24606, Rispoli, Rv. 259366; Sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 25211, Pagano, Rv. 259361; Sez. IV, 17 giugno 2014, n. 30475, Libretti, Rv. 260631; Sez. IV, 27 maggio 2014, n. 36244, Di Benedetto, Rv. 260629; Sez. IV, 30 settembre 2014, n. 43469, Hafid; Sez. IV, 21 ottobre 2014, n. 49664, Albanese; Sez. IV, 6 novembre 2014, n. 52671, Donadu).

Diverso orientamento ispira altre decisioni, essenzialmente riconducibili alle sezioni III e VI della S.C. (cfr. Sez. III, 30 aprile 2014, n. 27066, Frattolino, Rv. 259392; Sez. VI,

6 marzo 2014, n. 12727, Rubino, Rv. 258777; Sez. VI, 25 marzo 2014, n. 21608, Mauti, Rv. 259698; Sez. VI, 14 marzo 2014, n. 25807, Rizzo, Rv. 259201), secondo le quali la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale e la reviviscenza di un trattamento sanzionatorio meno afflittivo per i delitti in tema di “droghe leggere” che ne è conseguita non comporta affatto la necessità di rivalutare la pena inflitta nel caso in cui i delitti *ex art. 73 d.P.R. 309/1990* in parola rivestano il ruolo di reati-satellite. Invero, tale indirizzo – sulla scorta del *dictum* di Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 4901, Cardarilli, Rv. 191129, e Sez. Un., 28 febbraio 2013, n. 25939, Ciabotti, Rv. 255347 – afferma che, una volta individuata la violazione più grave, i “reati minori” perdono la loro autonomia sanzionatoria, nel senso che, ai fini dell’applicazione di una pena unica ed onnicomprensiva, che deve essere calcolata aumentando la pena base individuata per il reato più grave, non rilevano più i limiti legali della pena prevista per i singoli reati-satellite.

Un terzo orientamento “intermedio”, facente capo alla IV Sezione, ritiene che la eventuale illegalità della pena conseguente alla dichiarazione di incostituzionalità dell’equiparazione del trattamento sanzionatorio per le sostanze stupefacenti “pesanti” e “leggere”, va valutata con riferimento al caso concreto e, dunque, all’adeguatezza della giustificazione motivazionale adottata in tema di pena (cfr. Sez. IV, 11 aprile 2014, n. 21558, Tosoni, Rv. 259751; Sez. IV, 11 luglio 2014, n. 44791, Colombo, Rv. 260639; Sez. IV, 21 ottobre 2014, n. 46825, Cammarata, Rv. 260910; Sez. IV, 15 ottobre 2014, n. 3154, Gallotta).

Si afferma, infatti, che, ove dalla motivazione della sentenza di merito emerga la minima gravità del fatto avente ad oggetto “droghe leggere” e la conseguente esiguità dell’aumento applicato per il reato-satellite, dovrebbe escludersi l’illegalità della pena, nel rispetto del principio di cui all’art. 2 cod. pen., anche in relazione alla più favorevole normativa sopravvenuta. Ne consegue, secondo l’orientamento in esame, che si dovrà procedere ad annullamento della sentenza solo nel caso in cui sia possibile ritenere che la pena inflitta possa essere rideterminata dal giudice del rinvio per effetto dell’applicazione della norma più favorevole al reo; per converso, non dovrà farsi luogo ad annullamento

della sentenza impugnata qualora da esso non potrebbero derivare effetti utili all'imputato ricorrente.

Le Sezioni Unite, nel richiamare tale orientamento, osservano che si tratta, in realtà, di una sorta di “specificazione” di quello citato per primo, dal momento che presuppone pur sempre la necessità di una rivalutazione, con la precisazione che questa potrebbe sfociare, nei singoli casi, in un giudizio di persistente congruità dell'aumento di pena *ex* art. 81 cpv cod. pen. Apportato dal giudice di merito, con conseguente carenza di interesse del ricorrente ad ottenere l'annullamento della sentenza.

5. I precedenti arresti giurisprudenziali delle Sezioni Unite in tema di reato continuato.

L'elaborazione della Corte non trascura di fare il punto sulle pronunzie che, in tema di reato continuato, le stesse Sezioni Unite hanno elaborato, soprattutto a partire da S.U. 27 marzo 1992, n. 4901, Cardarilli, Rv. 191128, la quale ha stabilito che, nell'individuazione della violazione più grave da prendere come base per il calcolo delle pene, si deve avere riguardo alla pena astratta prevista dalla legge per ciascun reato, di tal che la violazione più grave va individuata in quella punita dalla legge più severamente.

Tale decisione ha chiarito che è ben possibile l'applicazione dell'istituto delle continuazione fra reati puniti con pene di specie diversa (delitti e contravvenzioni), dovendo in tal caso ritenersi violazione più grave quella costituente delitto, e ciò anche nel caso in cui la contravvenzione sia punita edittalmente con una pena di maggior quantità rispetto a quella prevista per il delitto, posto che *“una volta ritenuta la continuazione tra più reati, il trattamento sanzionatorio originariamente previsto per i reati satelliti non esplic[a] più alcuna efficacia proprio per la ragione che, individuata la violazione più grave, essi vanno a comporre una sostanziale unità, disciplinata e sanzionata diversamente, mediante le regole dettate all'uopo dal legislatore”*.

La successiva Sez. Un., 26 novembre 1997, n. 15, Varnelli, Rv. 209485/209487, nel ribadire che ai fini della determinazione della pena per il reato continuato deve aversi riguardo alla violazione più grave considerata in astratto e non in concreto, stabilisce che

la continuazione estende la sua operatività a norme incriminatrici reciprocamente eterogenee, in tal senso risolvendosi nel cumulo giuridico fra pene di genere o specie diverse, per il motivo che i reati-satellite perdono la loro autonomia sanzionatoria, onde il trattamento punitivo che ad essi si riferisce è destinato a confluire nella pena unica irrogata per tutti i reati concorrenti, che va indubbiamente considerata come pena “legale”, essendo tale non solo quella edittale direttamente prevista dalle singole fattispecie incriminatrici, ma anche quella risultante dalle altre disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio come, per l'appunto, quelle in tema di reato continuato (cfr. anche Sez. Un., 7 febbraio 1981, n. 5690, Viola, Rv. 149259/149263).

La più recente Sez. Un. 28 febbraio 2013, n. 25939, Ciabotti, Rv. 255347/255348, nel ribadire che nel reato continuato l'individuazione della violazione più grave, ai fini del computo della pena, deve essere effettuata con riguardo alla valutazione compiuta in astratto dal legislatore e che sulla pena da infliggere in concreto per tale illecito deve essere applicato l'aumento di pena per la continuazione, ha confermato il descritto meccanismo di omologazione sanzionatoria fra pene diverse sia nel genere (detentive o pecuniarie) sia nella specie (reclusione o arresto ovvero multa o ammenda), fondato sulla perdita di autonomia sanzionatoria dei reati meno gravi, nell'ambito della pena “unica” senza dubbio rientrante nel concetto di pena legale, come sopra illustrato.

6. La “visione multifocale” del reato continuato e la persistente rilevanza della valutazione della gravità dei singoli reati-satellite.

Tuttavia, e questo è uno snodo essenziale nello svolgimento dell'*iter* motivazionale della sentenza Sebbar, la perdita dell'autonomia sanzionatoria dei reati-satellite nell'ambito del reato continuato non comporta affatto l'irrilevanza della valutazione della gravità dei predetti reati, in sé considerati.

L'analisi dell'ordinamento sostanziale e processuale, invero, evidenzia come coesistano, nella figura del reato continuato, profili giuridici di unitarietà e, al tempo stesso, di pluralità.

Le Sezioni Unite parlano, a tale proposito, di una “visione multifocale” del reato continuato, ora unitaria, ora pluralistica, che rende necessaria l’individuazione delle singole pene per i reati-satellite e pone, altresì, come essenziale la questione della “misura” degli aumenti da applicare sulla pena-base.

6.1. (segue): La determinazione del limite di cui all’art. 81, comma 3, cod. pen.

In primo luogo, invero, è indispensabile poter individuare la quantità di pena calcolata in aumento sulla pena base per ciascun reato satellite al fine di determinare il limite ai singoli aumenti, nella prospettiva di cui all’art. 81, comma 3, cod. pen.

Le Sezioni Unite valorizzano, in tale prospettiva, un assunto che accomuna le sentenze Cardarilli e Ciabotti, sopra citate, laddove entrambe hanno chiarito che la nozione di “pena legale” con riferimento al reato continuato, ferme le considerazioni già espresse, esige pur sempre il rispetto di un duplice limite: uno interno (il triplo della pena-base quale soglia massima dell’aumento da applicare per i reati satellite), l’altro esterno (ai sensi dell’art. 81, comma 3, cod. pen., la pena complessiva non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti, vale a dire al cumulo materiale).

Se, osserva la sentenza Sebban, sotto il primo aspetto “*il reato è certamente considerato unitariamente*” (tanto da aver determinato – prima della riforma introdotta con la legge 5 dicembre 2005, n. 261, art. 6 – lo spostamento in avanti del *dies a quo* della prescrizione *ex art. 158, comma 1, cod. pen.*, e da determinare ancor oggi il possibile spostamento del *locus commissi delicti ex artt. 12, comma 1 lett. b) e 16 cod. proc. pen.*, nonché il nuovo decorso del termine di estinzione *ex art. 445, comma 2, cod. proc. pen.* Per più reati patteggiati e unificati nel vincolo della continuazione (art. 137 disp. Att. Cod. proc. pen.),

sotto il profilo del limite esterno, invece, torna decisamente in rilievo l’escursione della pena edittale per i singoli reati-satellite. Ciò vale, non mancano di osservare le Sezioni Unite, anche con riferimento al principio in base al quale la pena del reato-base non può mai essere inferiore a quella prevista come minimo per uno qualsiasi dei reati unificati dal

medesimo disegno criminoso, ossia dei reati-satellite (cfr., altresì, Corte cost., ord. N. 11 del 1997).

Tanto significa, secondo la sentenza Sebbar, che una cosa è la perdita dell'autonomia sanzionatoria dei reati-satellite, altro è la conservazione della loro *“incidenza ponderale”* nella fase di quantificazione discrezionale del *quantum* di aumento da applicare alla pena base, per il motivo che la sua determinazione in concreto dipende anche dalla gravità di ciascuno di tali reati.

6.2. (segue): Le ipotesi di “scioglimento” del cumulo giuridico.

Nella medesima prospettiva, va posto in evidenza come l'ordinamento contempli ipotesi in cui il cumulo giuridico deve essere “sciolto” ai fini dell'applicazione di istituti quali la prescrizione (poiché ogni reato, pur conglobato nel cumulo, si estingue con il decorso del termine che gli è proprio); l'indulto, che è applicabile ai soli reati che rientrano nel provvedimento clemenziale (cfr. Sez. Un., 16 novembre 1989, n. 18, Fiorentini, Rv. 183004; Sez. Un., 24 gennaio 1996, n. 2780, Panigoni, Rv. 103975); l'estinzione di misure cautelari personali (cfr. Sez. Un., 26 febbraio 1997, n. 1, Mammoliti, Rv. 207940; secondo Sez. Un. 26 marzo 2009, n. 25956, Vitale, Rv. 243589, inoltre, *“allorché il giudice del procedimento principale, nell'infliggere la pena per il reato continuato, non abbia provveduto all'individuazione degli aumenti per i reati satelliti rilevanti per il calcolo dei termini di durata massima della custodia cautelare, applicata solo per essi o alcuni di essi, la lacuna va colmata dal giudice investito della questione cautelare, che, con il limite dell'aumento complessivo di pena risultante dalla sentenza di condanna, deve determinare la frazione di pena riferibile a ciascuno dei reati in continuazione, ispirandosi a criteri che tengano conto della loro natura e oggettiva gravità, secondo l'apprezzamento fattone dal giudice di merito”*); la sostituzione delle pene detentive brevi ex art. 53, ultimo comma, legge 24 novembre 1981, n. 689, posto che la pena del reato continuato si scompone per determinare la porzione di pena suscettibile di sostituzione per quei reati che la ammettono.

6.3. (segue): La struttura bifasica del giudizio di cui all'art. 533, comma 2, cod. proc. pen. In caso di sentenza di condanna.

Seguendo tale direttrice di indagine, la Corte opera, altresì, un pertinente richiamo alla disciplina del codice di rito sulle modalità di determinazione della pena nel caso di sentenza di condanna: secondo l'art. 533, comma 2, cod. proc. pen., “se la condanna riguarda più reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione”. Dunque, la norma delinea un procedimento a struttura bifasica, in cui il giudice prima “stabilisce” la pena per ciascun reato e, solo successivamente, “determina” quella complessiva, osservando la norma di cui all'art. 81 cod. pen., escludendo la possibilità che il giudice di merito, nel pronunciare condanna per più reati, possa determinare “forfettariamente” la pena complessiva, ossia senza alcuna indicazione della pena stabilita per il reato ritenuto più grave e dei singoli aumenti per la continuazione (cfr. Sez. I, 20 gennaio 2005, n. 4520, Caffaratto, Rv. 230750).

Sul punto, la decisione ricorda un precedente arresto delle stesse Sezioni Unite (Sez. Un. 21 aprile 1995, n. 7930, Zouine, Rv. 201549), secondo cui è nulla *in parte qua* la sentenza che incorra nella suddetta omissione nel determinare il trattamento sanzionatorio, in quanto non consente il controllo sul buon uso fatto dal giudice del suo potere discrezionale; e se pure altre successive pronunce delle sezioni semplici (ad esempio, Sez. II, 21 gennaio 2015, n. 4984, Giannone, Rv. 262290; Sez. V, 26 novembre 2014, n. 17081/2015, Bruni, Rv. 263700) hanno escluso l'esistenza di siffatta forma di invalidità, talora ritenendo (Sez. IV, 27 gennaio 2009, n. 6853, Maciocco, Rv. 242867) che l'anzidetta omissione configuri, piuttosto, un caso di mancanza di motivazione della sentenza in ordine alla determinazione della pena, sottraendo all'imputato il controllo sull'uso fatto dal giudice del suo potere discrezionale, il punto fondamentale è che, pur dovendo giungere alla determinazione di una pena unitaria, non vi è ragione di attribuire aprioristicamente il medesimo valore ponderale a tutti i reati che costituiscono elementi del cumulo giuridico, ponendo uro unitarizzata sullo stesso piano fattispecie di obiettiva diversa gravità.

Quello enunciato appare un principio di carattere generale, come tale applicabile nell'intera area di operatività dell'istituto della continuazione, ivi compresa la fase dell'esecuzione, posto che, *“allorché il giudice della cognizione non abbia specificato i singoli aumenti per ciascuna violazione, quello dell'esecuzione deve individuarli partitamente, qualora a seguito di depenalizzazione di violazioni componenti il reato continuato, occorra espungere dalla pena complessivamente inflitta quella imputabile a dette violazioni”* (Sez. I, 20 gennaio 2005, n. 4520, Caffaratto, Rv. 230750).

Dunque, concludono sul punto le Sezioni Unite nella decisione in commento, *“una volta “stabilita”, ai sensi del comma 2 dell'art. 533 del codice di rito, la pena per ciascun reato-satellite, il giudice, considerata l'unitarietà del disegno criminoso, procederà ai singoli incrementi sanzionatori (“determinando”, così, la pena, in osservanza delle norme sulla continuazione); come è ovvio, ogni reato-satellite “contribuirà” alla determinazione della “pena finale” in base al concreto valore ponderale che il giudicante intenderà – in concreto – attribuirgli, non potendo, tuttavia, il predetto giudicante trascurare la indicazione che – in astratto – gli ha fornito il legislatore con la apposizione dei termini edittali”*.

6.4. (segue): I rapporti fra disciplina delle circostanze e reato continuato.

Un'ulteriore riprova della fondatezza dell'assunto fatto proprio dalla sentenza Sebban in ordine alla persistente rilevanza, anche all'interno dell'istituto della continuazione, della specifica gravità dei reati-satellite quale si evince dalla loro pena edittale, viene individuata dalle Sezioni Unite nella giurisprudenza di legittimità in tema di rapporti fra circostanze e reato continuato. Infatti, se, da un lato, nel giudizio di bilanciamento ex art. 69 cod. pen. Sono comprese unicamente le circostanze inerenti il reato più grave (cfr. Sez. III, 25 marzo 2014, n. 26340, Di Maggio, Rv. 260057; Sez. I, 13 gennaio 2013, n. 49344, Gelao, Rv. 258348; Sez. V, 7 marzo 1996, n. 4609, Soggia, Rv. 204840; Sez. VI, 25 giugno 1991, n. 10266, Capozza, Rv. 188266), dall'altro le circostanze inerenti il reato-satellite devono esser tenute presenti, sia per identificare il reato in astratto più grave sul quale va commisurata la pena base, sia (ed è quello che qui più rileva) per determinare la misura dell'aumento da apportare alla pena base in relazione a ciascun “reato minore”, in quanto incidenti sulla sua specifica carica di concreto disvalore.



7. Conclusioni.

L'approdo valutativo e decisorio dell'ampio ed articolato argomentare della Corte, così tratteggiato, è univoco e stringente.

Secondo le Sezioni Unite, *“la pena astrattamente prevista dalle diverse norme incriminatrici deve necessariamente influire sul computo del complessivo trattamento sanzionatorio ex art. 133 cod. pen., rispetto ad ogni singola violazione”*, nel senso che *“il trattamento sanzionatorio astrattamente previsto dalle diverse norme incriminatrici incide ‘mediatamente’ sulla pena complessivamente applicabile in caso di reato continuato, proponendosi quale non eliminabile parametro di un esercizio di ragionevolezza sanzionatoria da parte del giudicante e – dunque – di uno specifico onere motivazionale”*.

Logico corollario di tale impostazione non può che essere il riconoscimento della ineludibile necessità di specifica rivalutazione, da parte dei giudici del merito, dell'entità dell'aumento di pena calcolato a titolo di continuazione per i reati-satellite in relazione alle così dette 'droghe leggere', alla luce della più favorevole cornice edittale applicabile ai delitti previsti dall'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014.



CAPITOLO III

ILLEGALITÀ SOPRAVVENUTA DELLA PENA E SENTENZA DI PATTEGGIAMENTO

(ROBERTA ZIZANOVICH)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I principi di diritto enunciati dalla sentenza delle Sezioni Unite, 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli. – 3. Gli orientamenti delle Sezioni semplici, come sintetizzati nell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite. – 4. La decisione delle Sezioni Unite in ordine alla configurabilità della illegalità della pena. – 4.1. L’illegalità della pena nelle sentenze di patteggiamento. – 5. La decisione delle Sezioni Unite in ordine alla rilevabilità d’ufficio della illegalità della pena.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 32 del 2014 la Corte costituzionale dichiarava l’illegittimità costituzionale degli articoli 4-*bis* e 4-*vicies ter* del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 272, inseriti, in sede di conversione, dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49 (nota come “legge Fini-Giovanardi”), che avevano radicalmente modificato la normativa in tema di sostanze stupefacenti e psicotrope, contenuta nel d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza).

In particolare, per quanto specificamente interessa nella presente sede, l’art. 4-*bis* aveva modificato l’art. 73 del testo unico, unificando il trattamento sanzionatorio per le condotte di produzione, traffico e detenzione illeciti, indipendentemente dalla tipologia di sostanza stupefacente trattata: si prevedeva infatti in ogni caso, al comma primo, la reclusione da sei a venti anni, e la multa da euro 26.000 a euro 260.000. Il previgente art. 73 – ritornato in vigore per effetto della pronuncia di incostituzionalità – era, invece, caratterizzato da una netta distinzione della risposta sanzionatoria, a seconda che i reati avessero avuto ad oggetto le sostanze inserite nelle tabelle I e III (cosiddette “droghe pesanti”), per i quali l’originario art. 73, comma 1, aveva previsto la reclusione da otto a

venti anni e la multa da cinquanta a cinquecento milioni di lire (da euro 25.822 a euro 258.228), ovvero le sostanze inserite nelle tabelle II e IV (cosiddette “droghe leggere”), per i quali l’art. 73, comma 4, aveva previsto, nell’originaria formulazione, la reclusione da due a sei anni e la multa da dieci a centocinquanta milioni (da euro 5.164 a euro 77.468).

Il medesimo art. 4-*bis* del citato decreto legge aveva, altresì, provveduto a modificare anche il comma quinto del medesimo art. 73 del testo unico coerentemente all’adottata indifferenza sanzionatoria rispetto alla tipologia di sostanze: in tal modo, l’ipotesi attenuata del fatto di lieve entità era stata ricondotta ad un delta punitivo unico.

L’art. 4-*vicies ter* aveva “coerentemente” modificato il sistema tabellare disciplinato dai previgenti articoli 13 e 14 del testo unico, raggruppando all’interno dell’unica tabella I tutte le sostanze stupefacenti o psicotrope precedentemente ripartite in distinte tabelle.

Gli articoli 4-*bis* e 4-*vicies ter* della “legge Fini – Giovanardi” sono stati dichiarati costituzionalmente illegittimi per violazione dell’art. 77, comma secondo, Cost., avendo la Corte costituzionale riscontrato un “*difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale, tra le disposizioni del decreto legge e quelle impugnate, introdotte dalla legge di conversione*”. Il carattere prettamente procedurale del vizio ha comportato, per espressa indicazione della Consulta, la declaratoria di illegittimità costituzionale dei due articoli nella loro interezza, anziché delle sole disposizioni relative all’impianto sanzionatorio e al sistema tabellare, specificamente oggetto della questione incidentale sollevata dalla Corte di cassazione (con ordinanza emessa in data 11 giugno 2013 dalla Terza Sezione).

Una delle prime questioni che la Corte di cassazione ha dovuto affrontare, all’indomani della pubblicazione della sentenza di incostituzionalità, è stata quella relativa alla possibilità o meno di configurare l’illegalità sopravvenuta della pena, ove il giudice di merito avesse utilizzato per il calcolo i parametri edittali non più in vigore, perché previsti dalla norma attinta dalla censura di incostituzionalità e dunque eliminate con efficacia *ex tunc* dal panorama normativo.

In altri termini, si trattava di verificare se ed in che termini la sanzione in concreto inflitta, anche ove rientrante nella ripristinata forbice sanzionatoria, potesse considerarsi

ancora “legale” ovvero, in caso di ravvisata illegalità, a chi spettasse il compito di rideterminare la pena ed, eventualmente, entro quali limiti.

La questione si è posta in relazione sia alle sentenze di condanna sia a quelle di applicazione concordata della pena, per le quali occorre verificare se potesse rientrare nel concetto di “pena illegale” la quantificazione concordata dalle parti sulla base di una piattaforma sanzionatoria non più attuale perché dichiarata incostituzionale a seguito di intervento abrogativo del giudice delle leggi. Il risultato finale dell’accordo, infatti, sarebbe potuto risultare spesso macroscopicamente differente, *in peius*, rispetto a quello che si sarebbe raggiunto applicando i limiti edittali nuovamente in vigore dopo l’intervento demolitorio per le cosiddette “droghe leggere”.

Infatti, è per esse che, per effetto della citata sentenza della Consulta, si è determinata la reviviscenza di un trattamento sanzionatorio più favorevole per il reo, contrariamente a quanto, invece, accaduto per le “droghe pesanti”. L’applicazione della legge ora vigente per le “droghe pesanti” (perché tornata in vigore, come detto, per effetto della detta declaratoria di incostituzionalità), in ragione dei ripristinati limiti sanzionatori edittali, sarebbe, infatti, “peggiorativa” rispetto a quella dichiarata incostituzionale, la quale, pertanto, non si espone ad alcun possibile rilievo officioso di illegalità (ancorché, ripetersi, si tratti di disciplina dichiarata incostituzionale). Ciò non soltanto perché tale rilievo non potrebbe comunque mai operare in *malam partem* in mancanza di impugnazione da parte del P.M., per il divieto di *reformatio in peius* (v. *ex multis* Sez. 6, n. 49858 del 20/11/2013, G., Rv. 257672; Sez. 5, n. 771 del 15/02/2000, Bosco, Rv. 215727), ma prima ancora perché la norma dichiarata incostituzionale, nonostante la detta pronuncia della Consulta, ben può continuare a trovare applicazione per i fatti commessi sotto la sua vigenza (non anche invece per quelli anteriori: in tal senso Corte cost., 23 novembre 2006, n. 394 nonché Sez. IV, 28 febbraio 2014, n. 13903, Spampinato, Rv. ; Sez. IV, 26 settembre 2014, n. 44808, Madani e altro, Rv. 260735), ove la sua applicazione in concreto possa condurre a un trattamento più favorevole per l’imputato: ciò per il principio inderogabile della irretroattività delle legge penale meno favorevole.

2. I principi di diritto enunciati dalla sentenza delle Sezioni Unite, 26 febbraio 2015, Jazouli.

Le Sezioni Unite, con sentenza pronunciata alla camera di consiglio del 26 febbraio 2015 e depositata il 28 luglio 2015, n. 33040, Jazouli, hanno enunciato i principi di diritto così massimati:

- “È illegale la pena determinata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione che si sia basato, per le cosiddette “droghe leggere”, sui limiti edittali dell’art. 73 d.P.R. 309/1990 come modificato dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con sentenza n. 32 del 2014, anche nel caso in cui la pena concretamente inflitta sia compresa entro i limiti edittali previsti dall’originaria formulazione del medesimo articolo, prima della novella del 2006, rivissuto per effetto della stessa sentenza di incostituzionalità” **(Rv. 264205)** ;

- “Nella sentenza di patteggiamento l’illegalità sopraggiunta della pena – concordata sulla base dei parametri edittali dettati per le cosiddette “droghe leggere” dall’art. 73 d.P.R. 309/1990 come modificato dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al momento del fatto ma dichiarato successivamente incostituzionale con la sentenza n. 32 del 2014 - determinata la nullità dell’accordo e la Corte di cassazione deve annullare senza rinvio la sentenza basata su tale accordo.” **(Rv. 264206)**;

- “Nel giudizio di cassazione l’illegalità della pena conseguente a dichiarazione di incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio è rilevabile d’ufficio anche in caso di inammissibilità del ricorso, tranne che nel caso di ricorso tardivo” **(Rv. 264207)**.

Le questioni controverse sottoposte al giudizio delle Sezioni Unite erano le seguenti:

a) “Se sia rilevabile d’ufficio, nel giudizio di cassazione, l’illegalità della pena conseguente a dichiarazione d’incostituzionalità di norme attinenti al trattamento sanzionatorio, anche in caso di inammissibilità del ricorso”;

b) “Se per i delitti previsti dall’art. 73 d.P.R. 309 del 1990, in relazione alle droghe c.d. leggere, la pena applicata con sentenza di “patteggiamento” sulla base della normativa dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale

debba essere rideterminata anche nel caso in cui la stessa rientri nella nuova cornice edittale applicabile”.

3. Gli orientamenti delle Sezioni semplici, come sintetizzati nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite.

Con **ordinanza** emessa in data **8 gennaio 2015, depositata il 9 gennaio 2015, n. 671**, la Settima Sezione della Suprema Corte rimetteva il procedimento alle Sezioni unite, sollecitandone l'intervento sui quesiti sopra riportati.

Con specifico riguardo alla prima questione, la Sezione evidenziava che nelle giurisprudenza di legittimità si riscontrava un primo orientamento, in base al quale è rilevabile d'ufficio, anche in caso di inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza ovvero di assenza di specifica doglianza al riguardo, l'illegalità della pena in conseguenza della pronuncia di illegittimità costituzionale (in tal senso Sez. VI, 6 marzo 2014, n. 12727, Rubino ed altri, Rv. 258778; Sez. VI, 5 marzo 2014, n. 13878, Mohammed, Rv. 259354; Sez. VI, 12 marzo 2014, n. 16245, Iori ed altri, Rv. 259363; Sez. IV, 15 maggio 2014, n. 22293, Kure, Rv. 259383; Sez. IV, 15 maggio 2014, n. 25216, Marena ed altri, Rv. 259385; Sez. IV, 3 aprile 2014, n. 16252 Oussousse, non mass.; Sez. IV 10 giugno 2014, n. 25253, Garro, non mass.).

Altro orientamento consente, invece, al ricorrente di giovare dei favorevoli effetti della sentenza costituzionale, ancorché pubblicata in epoca successiva alla presentazione del ricorso, solo a condizione che con i motivi originari il giudice di legittimità fosse stato investito del controllo della motivazione in ordine al trattamento sanzionatorio inflitto (Sez. VI, 26 marzo 2014, n. 14995, Lampugnano ed altri, Rv. 259358; Sez. VI, 20 marzo 2014, n. 15157, La Rosa, Rv. 259254; Sez. VI 12 marzo 2014, n. 24606, Rispoli, Rv. 259365; Sez. VI 8 aprile 2014, n. 18828, Renna, non mass.).

La Settima Sezione rilevava, altresì, che la diversità di orientamenti era riscontrabile anche con riguardo alla possibilità di configurare o meno l'illegalità sopravvenuta della pena applicata nel caso in cui la sentenza di patteggiamento fosse stata pronunciata prima della più volte menzionata decisione della Consulta.

Invero, secondo un primo orientamento, devono esser annullate le sentenze di patteggiamento con cui, per il reato di detenzione di sostanze stupefacenti c.d. leggere, sia stata applicata una pena calcolata secondo i parametri edittali previsti dalla disciplina dichiarata incostituzionale, in considerazione della reintroduzione per esse di un trattamento sanzionatorio di maggior favore per il reo quale conseguenza della reviviscenza dell'art. 73 nel testo antecedente le modifiche apportate dalle previsioni della legge n. 49 del 2006, dichiarate costituzionalmente illegittime.

In base a tale opzione interpretativa, l'annullamento senza rinvio di dette sentenze risulta essere stato disposto sia nell'ipotesi in cui la pena applicata risultava eccedente rispetto al limite edittale massimo reintrodotta per effetto della sentenza n. 32 del 2014 (Sez. IV, 10 aprile 2014, n. 22326, Monaco, Rv. 259374; Sez. III, 16 maggio 2014, n. 27426, Devcic, Rv. 259394; Sez. IV, 6 maggio 2014, n. 22330, Iantorno ed altri; Sez. III, 15 maggio 2014, n. 24884 Abousaad; Sez. III, 15 maggio 2014, n. 24886, Bulla; Sez. III, 15 maggio 2014, n. 27705, Ghannami ed altri; Sez. IV, 28 maggio 2014, n. 28165, Tarik, non massimate) sia nell'ipotesi in cui essa si rivelava rispettosa anche della nuova forbice sanzionatoria (Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 21085, Manfré, Rv. 259386; Sez. III, 3 aprile 2014, n. 21259, Marku Irido e altri, Rv. 259384; Sez. III, 22 maggio 2014, n. 26346 del 22/05/2014, Lamagna ed altri, Rv. 259398; Sez. IV, 24 ottobre 2014, n. 49755, Damiano, non mass.) e ciò in base all'argomento che il contenuto dell'accordo non sarebbe stato ragionevolmente il medesimo ove non fosse stata in vigore la normativa dichiarata incostituzionale, giacché il computo della pena non sarebbe partito da una pena base all'epoca corrispondente al minimo ed oggi pari, invece, al massimo edittale.

In base ad un secondo orientamento, espresso nella pronunzia della Terza Sezione (n. 27957 del 12 giugno 2014, Tirocchi, Rv. 259401), è inammissibile il ricorso proposto avverso una sentenza di patteggiamento applicativa della pena calcolata secondo i parametri edittali previsti dall'art. 73 come modificato dalla legge n. 49/2006 dichiarata incostituzionale, ritenendo che i giudici di merito, espressamente investiti del profilo, avessero fatto una valutazione di adeguatezza del trattamento sanzionatorio in ragione dell'entità dello stupefacente sequestrato.

Secondo una terza opzione interpretativa, espressa da Sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1409/15, Minardi, Rv. 262403, la decisione della Corte Costituzionale n. 32 del 2014 determina la nullità della sentenza di patteggiamento relativa alle cd. Droghe leggere soltanto ove la pena base concordata tra le parti ecceda i limiti edittali previsti dalla normativa antecedente alla legge n. 49 del 2006 dichiarata incostituzionale, in tal caso il giudice che rileva la nullità non potendo, tuttavia, procedere alla rideterminazione della pena, essendo invece obbligato a rimettere le parti nelle posizione processuale antecedente la conclusione dell'accordo, restando esse libere di concordare una nuova pena.

Nel caso, invece, in cui la pena concordata sia compresa entro i limiti edittali nuovamente vigenti, la sentenza della Corte Costituzionale – che ha rilevato per gli articoli della citata legge n. 49/2006 dichiarati illegittimi un vizio del procedimento di produzione normativa, senza investire la congruenza delle pene con esse introdotte – non produce alcun effetto sulla sentenza di patteggiamento; è questo – si legge nell'ordinanza in esame – l'orientamento frequentemente seguito nell'ambito della Settima Sezione, con la conseguente dichiarazione d'inammissibilità di ricorsi concernenti casi di pene concordate negli esatti termini di quelli da ultimo indicati.

4. La decisione delle Sezioni Unite in ordine alla configurabilità della illegalità della pena.

Con la sentenza Jazouli, **le Sezioni unite**, ricostruito il percorso modificativo dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 e sintetizzati i diversi orientamenti registratisi nella giurisprudenza di legittimità, **affermano, innanzitutto, che la pena applicata sulla base della normativa dichiarata incostituzionale, seppure astrattamente rientrante nella forbice edittale ripristinatasi per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, non può considerarsi legalmente determinata.**

Il Supremo Collegio giunge a tale conclusione considerando, preliminarmente, che in caso di dichiarazione di illegittimità costituzionale, a differenza del fenomeno abrogativo, la norma colpita viene eliminata con effetto *ex tunc* dall'ordinamento, così da essere

inapplicabile ai rapporti giuridici, con conseguenze assimilabili a quelle dell'annullamento e con incidenza sulle situazioni pregresse, fatto salvo il limite del giudicato (in tal senso, cfr. Corte cost., sent. N. 127 del 1966).

Invero, la declaratoria di illegittimità costituzionale, determinando la cessazione di efficacia delle norme che sono oggetto, impedisce, dopo la pubblicazione della sentenza, che le norme stesse siano comunque applicabili anche ad oggetti ai quali sarebbero state applicabili alla stregua dei comuni principi sulla successione delle leggi nel tempo. Altro è, infatti, il mutamento di disciplina attuato per motivi di opportunità politica, liberamente valutata dal legislatore, altro l'accertamento, ad opera dell'organo a ciò competente, della illegittimità costituzionale di una certa disciplina legislativa: in questa seconda ipotesi, a differenza che nella prima, è perfettamente logico che sia vietato a tutti, a cominciare dagli organi giurisdizionali, di assumere le norme dichiarate incostituzionali a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pure se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte (Corte cost., sent. N. 49 del 1970 e n. 139 del 1984). La norma dichiarata incostituzionale deve essere, pertanto, considerata “come mai esistita”, con la conseguenza di dover escludere il fenomeno della successione di leggi nel tempo, presupposto per l'applicazione dell'art. 2 cod. pen.

Se questi sono gli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale – proseguono le Sezioni Unite – ne deriva che, per i processi in corso per reati in materia di stupefacenti commessi all'epoca della vigenza della legge n. 49 del 2006, deve trovare applicazione necessariamente l'art. 73 d.P.R. 309 del 1990 nella sua originaria versione, proprio in quanto la disciplina incostituzionale deve ritenersi “come mai esistita”, con l'ulteriore corollario, evidenziato dalla stessa giurisprudenza costituzionale citata, che è fatto divieto al giudice di assumere le norme incostituzionali per qualsiasi canone di valutazione. Ebbene, un tale divieto deve ritenersi rivolto anche alla valutazione giudiziale relativa alla commisurazione della pena in base ai limiti edittali incostituzionali.

Sotto diverso aspetto, le Sezioni Unite considerano la funzione della pena nel rapporto tra i limiti edittali fissati dal legislatore e l'applicazione in concreto da parte del giudice, rilevando che, se i limiti edittali di pena astrattamente previsti rappresentano la

valutazione di disvalore del fatto incriminato compiuta dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità – seppure ancorata al limite della ragionevolezza – la pena concretamente inflitta esprime e, al contempo, “misura” il giudizio di responsabilità per un determinato fatto illecito.

È, quindi, evidenziato che, nel valutare l'ambito entro cui può parlarsi di illegalità della pena, che sia stata determinata nell'ambito dei nuovi limiti edittali indicati dall'art. 73 d.P.R. 309 del 1990 come ripristinato, deve necessariamente farsi riferimento al principio di proporzione tra illecito e sanzione.

In proposito è richiamata la giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha osservato che il principio di uguaglianza “*esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione della difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali*” (Corte cost., sent. N. 409 del 1989); al principio di proporzionalità è fatto, pure, espresso riferimento nella sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del minimo edittale previsto per la fattispecie di oltraggio (Corte cost., sent. N. 391 del 1994), in cui si è ribadito che la finalità rieducativa della pena non è limitata alla sola fase dell'esecuzione, ma costituisce una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue e, inoltre, implica la presenza costante del “*principio di proporzione*” tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra (Corte cost., sent. N. 313 del 1990 e, da ultimo, sent. N. 105 del 2014).

Le nuove comminatorie impongono, allora, necessariamente di riconsiderare la pena proprio in attuazione del principio di proporzionalità, altrimenti verrebbe legittimata l'applicazione di una pena al di sopra della misura della colpevolezza. Invero, la pena è costruita sulla gravità del fatto e giustificata da essa, nelle sue componenti oggettive (importanza del bene, modalità di aggressione, grado di anticipazione della tutela) e soggettive (grado di compenetrazione fatto-autore), come sua variabile dipendente: una distonia nel rapporto o addirittura uno iato tra i due fattori sarebbero costituzionalmente intollerabili. Dunque, con la forbice edittale il legislatore esprime la sua valutazione sulla

gravità del fatto di reato che decide di incriminare, della gravità in astratto, ovviamente, che è uguale per tutta la classe di fatti concreti riconducibili al precetto. Il giudice vi riconosce una presa di posizione su tale elemento e nell'esercitare il suo potere discrezionale di commisurazione prosegue il "lavoro" affinandolo sui dati della realtà del singolo caso concreto.

Pertanto, la valutazione del giudice nella commisurazione della pena ha come imprescindibile presupposto la valutazione del legislatore che, a sua volta, deve essere espressione di un corretto esercizio del principio di colpevolezza e di proporzionalità.

Ciò posto, le Sezioni Unite escludono che possa essere conservata, in quanto legittima, sotto il profilo del principio costituzionale di proporzione tra offesa e pena, la pena determinata in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma dichiarata incostituzionale e, quindi, inesistente sin dalla sua origine; e ciò anche nel caso in cui la pena determinata in riferimento alla cornice edittale sostanzialmente mai esistita (in quanto contenuta in una norma dichiarata incostituzionale proprio nella sua parte sanzionatoria) rientri nella cornice edittale ripristinata.

Invero, il ripristino della distinzione tra droghe c.d. pesanti e droghe c.d. leggere ha comportato, necessariamente, che il testo normativo dell'art. 73 del d.P.R. 309 del 1990 sia oggi espressione di un diverso esercizio del principio di proporzione da parte del legislatore, di cui è manifestazione il diverso trattamento sanzionatorio vigente rispetto a quello previsto nella norma incostituzionale. Tale diverso trattamento sanzionatorio presuppone un diverso esercizio del principio di proporzione da parte del legislatore, che finisce per incidere sulla funzione retributiva e rieducativa della pena, inflitta sulla base della norma dichiarata incostituzionale, anche nel caso in cui essa rientri nella nuova cornice edittale. È evidente, infatti, come i diversi parametri incidano sulla valutazione effettuata dal giudice in sede di commisurazione della pena, sicché una volta modificati non è detto che la pena corrisponda al *quantum* di colpevolezza del reo nel caso concreto. In un sistema penale orientato al principio di colpevolezza la sproporzione tra la pena inflitta in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma incostituzionale (nel caso in esame, pena minima = sei anni di reclusione) e quella che, pur rientrando nella

cornice edittale ripristinata, è comunque espressione di un diversa valutazione del rapporto tra pena e offesa (pena massima = sei anni di reclusione) rivela uno squilibrio della sanzione rispetto al *quantum* di colpevolezza accertato nel caso concreto e, quindi, compromette la stessa funzione che la pena dovrebbe costituzionalmente assolvere.

In tale prospettiva, il venir meno per contrarietà alla Costituzione – con efficacia *ex tunc* – della cornice edittale che ha guidato il giudicante nella delicata attività di “misurazione della responsabilità” finisce con il travolgere la stessa pena in concreto inflitta, vale a dire il “risultato finale” di detta misurazione, perché, non essendo più attuale il giudizio astratto di disvalore del fatto (essendosi modificata la forbice sanzionatoria edittale), la misurazione compiuta non traduce più – per effetto del mutamento dei parametri di riferimento – né coerentemente né correttamente il giudizio di responsabilità.

In altri termini, la valutazione di responsabilità del reo non risulta più misurata “legalmente”, perché la risposta punitiva è stata elaborata sulla base di un compasso sanzionatorio incostituzionale, così da risultare alterato lo stesso giudizio di gravità del reato ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen.

Invero, poiché la pena concretamente inflitta esprime la valutazione della responsabilità dell'imputato, essa non può considerarsi ancora legale quando sono venuti meno – per effetto di una pronuncia di incostituzionalità – i parametri edittali che hanno guidato e determinato la sua commisurazione. L'impalcatura costruita dalla Costituzione e dal codice penale per l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio viene così completamente travolta e vanificata per il venir meno proprio di uno dei suoi presupposti fondanti, vale a dire la legalità della cornice edittale.

Nella specie tale illegalità si registra perché si è in presenza di una “successione patologica” di norme, che ha determinato la reviviscenza di un precedente trattamento sanzionatorio di maggior favore per il reo, quale effetto della dichiarazione di incostituzionalità di quello vigente all'epoca di pronuncia della sentenza di condanna.

4.1. L'illegalità della pena nelle sentenze di patteggiamento.

Ripercorsa l'elaborazione giurisprudenziale di legittimità in ordine alla fisionomia del rito speciale, le Sezioni Unite precisano che le affermazioni illustrate al paragrafo precedente sono pienamente valide sia per la pena inflitta a seguito di pronuncia di condanna sia per la pena applicata per effetto di sentenza di patteggiamento, in quanto le peculiarità caratterizzanti la “individuazione” della sanzione in detto rito non comportano deroghe ai principi suindicati.

Nella sentenza è compiutamente dato atto che, secondo la costante giurisprudenza di legittimità, l'imputato, facendo richiesta di applicazione della pena, rinuncia ad avvalersi della facoltà di contestare l'accusa, o, in altri termini, non nega la sua responsabilità ed esonera l'accusa dall'onere della prova; la sentenza che accoglie detta richiesta contiene quindi un accertamento ed un'affermazione implicita della responsabilità dell'imputato, e pertanto l'accertamento della responsabilità non va espressamente motivato (Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 5777, Di Benedetto, Rv. 191134). D'altra parte, la sentenza che applica la pena “patteggiata” non può formare oggetto di ricorso per cassazione per mancanza di motivazione sui presupposti di fatto della responsabilità dell'imputato, poiché la sussistenza di essi viene da lui ammessa in modo implicito, ma univoco, nel momento stesso in cui egli richiede il patteggiamento o aderisce ad analoga richiesta del pubblico ministero (Sez. VI, 21 maggio 1991, n. 8719, Grimaldi, Rv. 188084; Sez. 5, n. 4117 del 20/09/1999, Valarenzo, Rv. 214478).

Le Sezioni Unite sottolineano, quindi, che soprattutto a seguito degli interventi normativi di cui alla legge n. 134 del 2003, deve riconoscersi che il rapporto tra *ius iudicis* e giurisdizione ovvero tra la componente negoziale dell'istituto e il ruolo del giudice, non possa dirsi sbilanciato a favore del primo, nel senso che anche in questo rito l'accertamento che il giudice è chiamato a compiere assume un essenziale rilievo. Non si tratta di un vero e proprio giudizio, ma di un controllo che il giudice compie sull'intero progetto di decisione che deriva dall'accertamento del fatto compiuto dal pubblico ministero e accettato dall'imputato e che trova la sintesi nell'accordo sulla pena. In ogni caso è evidente il divario esistente tra l'accertamento compiuto da una sentenza di

condanna dibattimentale e una sentenza di patteggiamento, in quanto diversa è la regola di giudizio da applicare e differente è lo stesso accertamento condotto dal giudice sulla questione di fatto. La giurisprudenza ha evidenziato come nel patteggiamento non sia richiesto un accertamento positivo della responsabilità penale, ma solo un accertamento negativo della non punibilità, attraverso la constatazione della insussistenza delle cause di proscioglimento di cui all'art. 129, comma 1, cod. proc. pen. Tuttavia, mentre in relazione alla responsabilità il giudice può limitarsi ad un accertamento negativo funzionale alla esclusione della sussistenza di cause di non punibilità, la verifica in ordine alla correttezza della qualificazione giuridica, all'applicazione delle circostanze e alla congruità della pena impone un controllo positivo. In questi ultimi casi, l'estensione del controllo attribuito al giudice è pieno, non sommario e bilancia il contenuto negoziale del rito, come del resto ha affermato la Corte costituzionale nella sentenza n. 313 del 1990 in cui, riconoscendo il ruolo determinante e non notarile del giudice nel controllo della pena nel "patteggiamento", ha fatto esplicito richiamo all'art. 27, terzo comma, Cost., ribadendo il suo collegamento con il *principio di proporzione fra qualità e quantità della sanzione, da una parte, ed offesa, dall'altro*.

È nell'ambito di questo accertamento positivo che può essere fatta valere o rilevata l'illegalità della pena, anche quando derivi — come nel caso in esame — da una successiva dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma cui consegua l'effetto di reviviscenza di norme precedenti.

La sentenza di patteggiamento, infatti, ha ratificato un accordo riguardante una pena che le parti hanno concordato sulla base di criteri edittali incostituzionali, indicando una pena non più proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso. Alla luce della nozione di illegalità della pena sopra elaborata, non può non rilevarsi che l'accordo è oggettivamente viziato, in quanto fondato su una pena a cui le parti sono addivenute utilizzando criteri e limiti edittali incostituzionali, nulla rilevando che la pena applicata rientri nei limiti edittali "rivissuti" per effetto della sentenza di incostituzionalità.

Ciò che determina l'invalidità del patto non è tanto (o solo) l'interesse delle parti, in particolare dell'imputato, ma l'accertamento oggettivo in ordine alla legalità della pena;

accertamento che il giudice e la stessa Corte di cassazione deve fare in presenza di un ricorso riguardante un patteggiamento ratificato con riferimento ad una pena illegale.

Le Sezioni Unite si interrogano, quindi, sulla successiva e distinta questione relativa alla validità dell'accordo che ha condotto all'applicazione di una pena divenuta illegale.

Sul punto richiamano la giurisprudenza che ha sempre ritenuto inammissibile il ricorso per cassazione per motivi concernenti la misura della pena, ma allo stesso tempo ha ritenuto che l'illegalità della pena applicata all'esito del "patteggiamento" rende invalido l'accordo concluso dalle parti e ratificato dal giudice, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza che l'ha recepito, così reintegrando le parti nella facoltà di rinegoziare l'accordo stesso su basi corrette.

Si tratta di un tema affrontato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione in relazione all'ipotesi, più semplice rispetto a quella portata alla cognizione delle Sezioni Unite, dell'accordo che sin dall'origine abbia ad oggetto una pena illegale e che sia recepito in una sentenza non irrevocabile. Invero, solo nell'ipotesi di mero errore materiale o di calcolo la Corte di cassazione ha ritenuto di potere autonomamente rettificare la pena oggetto dell'accordo, peraltro in presenza di elementi tali da consentire la riconoscibilità della reale volontà delle parti (Sez. V, 3 ottobre 2003, n. 44711, Postiglioni, Rv. 227014; Sez. IV, 4 ottobre 2005, n. 45160, Raso, Rv. 232910). Negli altri casi, la illegalità della pena ha sempre implicato l'esclusione della validità dell'accordo concluso fra le parti del processo e ratificato dal giudice, derivando da ciò il corollario secondo cui anche la sentenza sarebbe inficiata, sicché il suo annullamento dovrebbe essere *“senza rinvio in quanto le parti del processo potranno o meno rinegoziare l'accordo su altre basi e nel caso contrario [...] il procedimento dovrà proseguire con il rito ordinario”* (Sez. I, 7 aprile 2010, n. 16766, Ndyae, Rv. 246930).

Nel caso in esame il tema della validità dell'accordo si pone a seguito di "fatti sopravvenuti" che hanno reso illegale una parte del suo oggetto.

Si tratta, allora, di comprendere se l'accordo che abbia originariamente fatto riferimento, quanto al suo oggetto, ad una pena legale, resti o meno valido a seguito di

un fatto sopravvenuto, quale la dichiarazione di illegittimità costituzionale, che renda il suo oggetto non più, almeno in parte, legale.

Le Sezioni Unite rilevano che, volendo utilizzare con tutte le cautele necessarie le categorie civilistiche, il caso sottoposto al loro vaglio non sembra attenersi tanto ai vizi della volontà negoziale – atteso che, al momento in cui il negozio si perfeziona e viene recepito dal giudice, la dichiarazione delle parti e la volontà sottostante non è in nessun modo viziata – né al tema di una possibile rilevanza dei motivi individuali, per i quali la Corte di cassazione si è sempre espressa negativamente, quanto, piuttosto, alla persistente validità dell’oggetto del negozio, cioè alla invalidità strutturale sopravvenuta.

La Corte di cassazione civile in più occasioni si è espressa nel senso di ritenere nullo il contratto – o la singola clausola contrattuale – a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale della norma in applicazione della quale quel contratto o quella clausola siano negoziati (cfr., Sez. Un. Civ., 4 novembre 2005, n. 21095, Rv. 577944; Sez. I civ., 19 maggio 2005, n. 10599, Rv. 582117).

Le Sezioni Unite rilevano che, seguendo una prospettiva civilistica, Sez. III, 3 aprile 2014, n. 21259, Marku Irido, Rv. 259384, premesso che il negozio processuale tra imputato e pubblico ministero è assimilabile a un rapporto bilaterale a prestazioni corrispettive, ha ritenuto che la lettura degli artt. 444 e ss. Cod. proc. pen. Deve essere improntata alla garanzia del trattamento premiale per l’imputato, sotteso all’istituto, e, dunque, alla tutela del suo interesse ad ottenere la più mite delle sanzioni, nell’ambito ovviamente di quella congruità che colui che ratifica l’accordo, ovvero il giudice, ha il compito di verificare e che nel caso in cui la mitigazione del trattamento sanzionatorio subentri come frutto dell’accertamento di una illegittimità costituzionale, non può ritenersi conforme alla concessione della facoltà di patteggiamento della sanzione una scelta interpretativa che opti per una cristallizzazione anteriore al giudicato dell’accordo negoziale, quanto meno se l’imputato manifesta la volontà di fruire del sopravvenuto quadro normativo, cioè di un trattamento che gli era stato negato da una norma incostituzionale. Secondo la Corte è necessario assicurare «il dispiegamento del totale effetto ripristinatorio dell’accertamento della incostituzionalità» e, come nel diritto civile,

il mutamento dello stato dei fatti in cui e per cui il negozio è stato stipulato in una determinata forma e con un determinato regolamento negoziale deve condurre alla risoluzione del contratto stesso che abbia aggravato la posizione di una delle parti.

Il Supremo consesso considera quindi che, seppure attraverso percorsi interpretativi diversificati, l'indirizzo assolutamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità giunge a ritenere che, nel caso di pena divenuta illegale, l'accordo è nullo. Così, Sez. VI, 15 febbraio 2000, n. 6580, Terranova, Rv. 217101, secondo cui al negozio processuale concluso dalle parti ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. Non si applica la normativa che regola la rilevanza dell'errore nei negozi di diritto sostanziale, ma il regime della nullità degli atti processuali. La Corte nell'occasione ha affermato che, qualora in sede di legittimità si rilevi che una clausola dell'accordo concluso dalle parti sia stata pattuita in violazione di legge, la sentenza pronunciata a norma dell'art. 444 cod. proc. pen. Non può essere annullata soltanto sul relativo punto, ma deve esserlo interamente, in quanto l'accordo delle parti non è suscettibile di modifica da parte del giudice (nello stesso senso, Sez. VI, 25 novembre 1993, n. 3560, Ariveri, Rv. 197720; nonché Sez. VI, 1 dicembre 1994, n. 4723, Mollica, Rv. 200630 e Sez. VI, 25 gennaio 1995, n. 5759, Cinnolai, Rv. 201667, aventi ad oggetto sentenze di applicazione della pena *ex art.* 444 cod. proc. pen., in cui si afferma che la pronuncia di incostituzionalità, incidendo sul trattamento sanzionatorio, travolge l'accordo intervenuto tra le parti, in quanto non più rispondente al riferimento normativo considerato per la composizione del rapporto).

Sul tema oggetto della questione in esame è intervenuta, pure, Sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1409/15, Minardi, Rv. 262403, che, dopo aver ribadito l'irrilevanza, in ordine all'accordo sottostante la sentenza di applicazione di pena, dei vizi della volontà — salvo il caso del dolo della controparte — e dei motivi, ha affermato che, in caso di pena divenuta illegale la dichiarazione di consenso e l'accordo sarebbero “revocabili”, in quanto nulli, perché inidonei a legittimare la sentenza giudiziale e che la sentenza non definitiva dovrebbe essere annullata, perché, a sua volta, nulla.

Sulla base della giurisprudenza cui si è fatto riferimento, tenuto conto che nel patteggiamento l'accordo assolve ad una funzione essenziale perché, sulla base del suo

contenuto, l'imputato rinuncia ad una serie di diritti personalissimi e concorda la pena, le Sezioni Unite concludono che, rispetto all'accordo recepito nella sentenza, non assumono rilievo i vizi della volontà e le rivalutazioni di convenienza e che, qualora, rispetto all'accordo, intervenga successivamente un fatto favorevole, nella specie un più mite trattamento sanzionatorio derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale della parte sanzionatoria della norma in virtù della quale è stata convenuta la pena, l'accordo è nullo per sopravvenuta illegalità di una parte del suo oggetto, con l'ulteriore conseguenza che la sentenza che ha recepito l'accordo deve essere annullata senza rinvio.

5. La decisione delle Sezioni Unite in ordine alla rilevabilità d'ufficio della illegalità della pena.

Ciò posto, **le Sezioni Unite**, nel dirimere l'altra questione rimessa dalla Settima Sezione, indicata nel paragrafo 2 *sub a*), **affermano che nel giudizio di cassazione l'illegalità della pena conseguente a dichiarazione di incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio è rilevabile d'ufficio anche in caso di inammissibilità del ricorso, tranne che nel caso di ricorso tardivo.**

Il Supremo Consesso, illustrati gli approdi interpretativi raggiunti dalla giurisprudenza di legittimità sul tema più generale relativo alla rilevabilità d'ufficio *ex art.* 609, comma 2, cod. proc. pen. Della illegalità della pena nel giudizio di cassazione nonché in ordine agli spazi di cognizione riservati alla Corte a fronte di un ricorso inammissibile, rileva che l'ipotesi in esame appare particolarmente contigua a quella della dichiarazione di incostituzionalità della norma incriminatrice, dovendo il reato essere inteso nella sua dimensione globale, considerando tutti gli elementi normativi che lo conformano.

Pertanto, deve riconoscersi che anche l'illegittimità costituzionale limitata alla sola sanzione è destinata ad incidere sul giudicato sostanziale: si tratta pur sempre di una pena la cui esistenza è stata eliminata dall'ordinamento in maniera irreversibile e definitiva, peraltro con effetti *ex tunc*, come se non fosse mai esistita. La sua intrinseca illegalità impone che il giudice dell'impugnazione, ancorché inammissibile, provveda a ripristinare



una sanzione legale, basata, in questo caso, sui criteri edittali ripristinati per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Del resto, che il giudice della cognizione, in presenza di un ricorso inammissibile, debba provvedere alla rideterminazione della pena illegale derivante da pronuncia di incostituzionalità deriva anche dall'osservazione che anche in questo caso si verifica la possibilità che lo stesso intervento può essere posto in essere in sede di esecuzione, come affermato recentemente, seppure in una ipotesi leggermente differente, dalle Sezioni unite. Infatti, in presenza di una dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale diversa da quella incriminatrice, che incida comunque sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, il giudice dell'esecuzione è chiamato a rideterminare la pena in favore del condannato (Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, Rv. 260696/260700).

Le Sezioni Unite individuano, tuttavia, una deroga alla prevalenza della illegalità della pena sul giudicato sostanziale, la quale è rappresentata dal ricorso inammissibile perché tardivamente proposto. In questo caso, infatti, si è in presenza di un gravame sin dall'origine inidoneo a instaurare un valido rapporto processuale, in quanto il decorso del termine derivante dalla mancata proposizione del gravame ha già trasformato il giudicato sostanziale in giudicato formale (Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, Rv. 217266), sicché il giudice dell'impugnazione si limita a verificare il decorso del termine e a prenderne atto. Questa speciale causa di inammissibilità è quindi preclusiva di un'eventuale rimodulazione del trattamento sanzionatorio, anche dinanzi alla declaratoria di incostituzionalità della pena.



CAPITOLO IV

PATTEGGIAMENTO E ILLEGALITÀ DELLA PENA SOPRAVVENUTA DOPO L'IRREVOCABILITÀ DELLA SENTENZA EX ART. 444 COD. PROC. PEN.

(PIETRO SILVESTRI)

SOMMARIO: **1.**Premessa.- **2.** La sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014 ed i suoi effetti. – **2.1.** (segue). I fatti commessi durante la vigenza delle norme incostituzionali e non definitivamente giudicati. – **2.2.** (segue). Gli effetti della disciplina favorevole ristabilita sulle condanne irrevocabili: le questioni rimesse alle Sezioni unite della Corte di cassazione. – **3.** La illegalità della pena derivante dalla sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale. – **4.** La rivisitabilità sanzionatoria del giudicato. – **5.** Illegalità sopravvenuta della pena, dinamica negoziale sottesa alla sentenza di patteggiamento e limiti alla rivisitazione del giudicato. – **6.** Sulle modalità di rideterminazione “in executivis” della pena divenuta illegale dopo l’irrevocabilità della sentenza di patteggiamento. – **6.1.** (segue). I principi affermati dalle Sezioni unite.

1. Premessa.

Nel 2015 sono state rimesse alla cognizione delle Sezioni unite numerose questioni che hanno avuto origine dalla sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 con cui è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale degli articoli 4-*bis* e 4-*vicies ter* del decreto legge 30 dicembre 2005, n. 272 – inseriti, in sede di conversione, dalla legge 21 febbraio 2006, n. 49 (nota come “legge Fini-Giovanardi”) – che avevano radicalmente modificato la normativa in tema di sostanze stupefacenti e psicotrope, contenuta nel d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza).

A seguito della declaratoria di incostituzionalità, la Corte di cassazione ha dovuto affrontare il tema del se le pene inflitte in applicazione delle norme incostituzionali dovessero o meno essere considerate illegali.

Si è trattato di verificare se ed in che termini la pena in concreto inflitta, ove pure rientrante nella ripristinata forbice sanzionatoria, potesse considerarsi non più legale e, in caso di ravvisata illegalità, a chi spettasse il compito di rideterminare la sanzione ed,

eventualmente, entro quali limiti e con quali poteri; la questione si è posta in relazione alle sentenze di condanna ed a quelle di applicazione concordata della pena

2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014 ed i suoi effetti.

Per quanto specificamente d'interesse nella presente sede, l'art. 4-*bis*, del d.lg. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall'art. 1 della l. 21 febbraio 2006, n. 49, - modificando l'art. 73 del Testo unico n. 309 del 1990-, aveva unificato il trattamento sanzionatorio per le condotte illecite di produzione, traffico e detenzione di stupefacenti, così sopprimendo ogni distinzione basata sulla diversa natura delle sostanze droganti. L'originario testo del menzionato art. 73, al contrario, era caratterizzato da una netta distinzione della risposta sanzionatoria a seconda che le condotte illecite avessero avuto ad oggetto le sostanze inserite nelle tabelle I e III (cosiddette "droghe pesanti") ovvero quelle di cui alle tabelle II e IV (cosiddette "droghe leggere").

Il medesimo art. 4-*bis* del citato decreto legge aveva, altresì, provveduto a modificare anche il comma quinto dell'art. 73 del Testo unico, di talché l'ipotesi attenuata del fatto di lieve entità era stata ricondotta ad un delta punitivo unico. L'art. 4-*vicies ter* aveva "coerentemente" modificato il sistema tabellare disciplinato dai previgenti articoli 13 e 14 del Testo unico, raggruppando all'interno di un'unica Tabella tutte le sostanze stupefacenti o psicotrope precedentemente articolate in distinte Tabelle ai sensi degli allora vigenti artt. 13 e 14 d.P.R. 309/1990.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 32 del 2014 – depositata il 25 febbraio 2014 e pubblicata il 5 marzo 2014 – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale – per violazione dell'art. 77, secondo comma, Cost., degli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* d.lg. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito con modificazioni dall'art. 1 della l. 21 febbraio 2006, n. 49, così rimuovendo le modifiche apportate con le norme dichiarate illegittime agli articoli 73, 13 e 14 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

La Corte ha affermato esplicitamente che la disciplina sugli stupefacenti nella formulazione precedente alla novella del 2006 deve tornare ad applicarsi, non essendosi validamente verificato l'effetto abrogativo; in particolare, l'accertato vizio procedurale

per l'assenza del richiesto nesso di interrelazione funzionale tra le disposizioni del decreto legge e quelle inserite dalla legge di conversione per la disomogeneità tra le stesse (art. 77, comma 2, Cost.), ha condotto a ritenere che le disposizioni impugnate fossero state adottate in carenza dei presupposti per il legittimo esercizio del potere legislativo di conversione e, quindi, in quanto inficcate da un vizio radicale nella loro formazione, inidonee a determinare l'abrogazione della precedente normativa.

La dichiarazione di incostituzionalità per vizi di forma di una norma abrogatrice, ha comportato l'inefficacia dell'effetto abrogativo e il conseguente ripristino della norma abrogata.

2.1. (segue). I fatti commessi durante la vigenza delle norme incostituzionali e non definitivamente giudicati.

Va evidenziato che nella parte finale della motivazione della sentenza n. 32 del 2014, la Corte costituzionale ha preso posizione unicamente sugli effetti *in malam partem* della sua decisione e non anche sul come far operare nel sistema quelli *in bonam partem*.

Il richiamo al giudice comune, quale interprete delle leggi, nel governare le conseguenze sui singoli imputati derivanti dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale è circoscritto alla necessità di evitare che quest'ultima incida in modo peggiorativo sulle loro posizioni; nei confronti degli imputati/condannati, quindi, il principio dell'applicazione della norma penale più favorevole serve solo ad escludere che, a seguito della pronuncia ablativa, si applichi una norma "*in peius*" e non invece ad affermare in positivo che il giudice comune deve applicare la "*lex mitior*", oltre il giudicato di condanna.

L'ultimo argomento della Corte è costruito, dunque, "in chiave negativa": per i fatti aventi ad oggetto le droghe "pesanti" il ripristino dell'art. 73 t.u. stup. Nel testo anteriore (da otto a venti anni di reclusione) a quello annullato (da sei a venti di reclusione) non può comportare pene più severe: il giudice comune – in base al principio della *lex mitior* – lo deve impedire, e dovrà di conseguenza applicare ancora la norma dichiarata incostituzionale per le condotte concernenti le sostanze stupefacenti più pericolose.

Per i c.d. “*fatti concomitanti*” alla norma penale favorevole dichiarata in seguito invalida, per i quali il procedimento penale ancora non è definito con sentenza irrevocabile, si è assunto che essi devono beneficiare egualmente del trattamento sanzionatorio di favore, non ai sensi dell’art. 2, comma 4, cod. pen., non essendoci nella specie una successione di leggi, in quanto la pronuncia della Corte opera *ex tunc*, ma sulla base di una finzione giuridica che permette di salvaguardare la garanzia connessa al principio costituzionale di irretroattività (art. 25, comma 2, Cost.) e al principio di legalità convenzionale *ex art. 7 CEDU*, che presuppone la prevedibilità della pena che potrebbe essere inflitta al soggetto in caso di condanna.

In particolare, - riguardo ai procedimenti penali ancora non definiti – per i “*fatti concomitanti*”, ossia per le condotte tenute durante la vigenza della norma dichiarata invalida, si è ritenuto che resti ferma la disciplina incostituzionale se “*in concreto*” più favorevole, “*anche se è come se la stessa non fosse mai esistita*”. Prevale qui la tutela dell’affidamento del singolo sulla base della norma penale “apparentemente” in vigore al momento del fatto, alla luce altresì dell’esigenza di “prevedibilità” della sanzione penale ricavabile dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull’art. 7 CEDU.

2.2. (segue). Gli effetti della disciplina favorevole ristabilita sulle condanne irrevocabili: le questioni rimesse alle Sezioni unite della Corte di cassazione.

In tale contesto, si è posta la questione generale del se, per i fatti commessi durante la vigenza dell’art. 73 t.u. stup. Nella formulazione della legge “Fini-Giovanardi”, che beneficiano di una disciplina sanzionatoria *in mitius* a seguito della sentenza della Corte costituzionale e che sono già stati giudicati con una sentenza definitiva (per le droghe “leggere”), si debba procedere a rideterminare la pena in via esecutiva, e, nel caso ciò si ritenga possibile, chi debba procedere e con quali strumenti e poteri.

Nell’ambito di tale tematica si è posta la specifica questione attinente alla eventuale rideterminazione in sede esecutiva della pena applicata ai sensi degli artt. 444 e ss. Cod. proc. pen.

Su quest'ultima questione sono intervenute le **Sezioni unite della corte di cassazione con la sentenza 26 febbraio 2015, n. 37107, Marcon, Rv. 264857-264858- 264859.**

Si tratta di una pronuncia che deve essere esaminata in stretta relazione a **Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazuoli, Rv. 264205- 206- 207.**

Con la sentenze in questione, le Sezioni unite hanno preso posizione su molteplici questioni; in particolare:

1) Se e sulla base di quali norme, a seguito della sentenza della Corte costituzionale, si debba o meno procedere alla rideterminazione della pena inflitta anche per i fatti accertati con sentenza divenuta irrevocabile;

2) ove si ritenga che si debba procedere alla rideterminazione della pena, se ciò debba essere fatto sempre, ovvero se vi siano ipotesi in cui la pena, nonostante sia inflitta sulla base della norma incostituzionale, debba ritenersi legale anche alla luce dei ripristinati limiti edittali: il che equivale a chiedersi quando la pena inflitta sulla base di una norma dichiarata incostituzionale debba considerarsi illegale;

3) quale sia, in caso di sentenza di patteggiamento, il rilievo da attribuire al meccanismo negoziale sotteso alla applicazione di pena divenuta illegale;

4) se, anche per la sentenza irrevocabile di applicazione delle parti – che si fonda su un accordo fra le parti- si possa procedere alla rideterminazione e, in caso di risposta positivo, come debba procedersi.

3. La illegalità della pena derivante dalla sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Quanto al tema della illegalità della pena derivante dalla sopraggiunta dichiarazione di incostituzionalità, le Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza “Marcon”, nel richiamare i principi contenuti nella sentenza “Jazouli”, cui in questa sede si rinvia, hanno ribadito che la pena determinata o, nel caso del patteggiamento, ratificata dal giudice attraverso un procedimento di commisurazione basato sui limiti edittali previsti dall'art. 73 d.P.R. 309 del 1990, come modificato dalla legge n. 49 del 2006, in vigore al

momento del fatto, ma dichiarato successivamente incostituzionale con la sentenza n. 32 del 2014, è illegale anche se è ricompresa entro i limiti edittali previsti dall'originaria formulazione del medesimo articolo, rivissuto per effetto della stessa sentenza costituzionale.

Si è osservato, infatti, che le nuove comminatorie impongono di riconsiderare la pena in attuazione del principio di proporzionalità al fine di evitare l'applicazione di una pena non corrispondente al "quantum" di colpevolezza, atteso che la pena edittale deve necessariamente corrispondere alla "gravità" del reato, in quanto è costruita sulla "gravità" del fatto e giustificata da essa, nelle sue componenti oggettive e soggettive.

Hanno riaffermato le Sezioni unite che il giudice può esercitare il suo potere discrezionale di commisurazione della pena *“avendo come imprescindibile presupposto la valutazione del legislatore che, a sua volta, deve essere espressione di un corretto esercizio del principio di colpevolezza e di proporzionalità. Sulla base di questi presupposti è stato escluso «che possa essere conservata, in quanto legittima, sotto il profilo del principio costituzionale di proporzione tra offesa e sanzione, la pena determinata in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma dichiarata incostituzionale e, quindi, inesistente sin dalla sua origine» e si è precisato che il diverso trattamento sanzionatorio conseguente al ripristino della distinzione tra droghe c.d. pesanti e droghe c.d. leggere, presuppone «un diverso esercizio del principio di proporzione da parte del legislatore, che finisce per incidere sulla funzione retributiva e rieducativa della pena inflitta sulla base della norma dichiarata incostituzionale, anche nel caso in cui essa rientri nella nuova cornice edittale»”*.

La sproporzione tra la pena inflitta in relazione ad una cornice edittale prevista da una norma incostituzionale (nel caso in esame, pena minima pari a sei anni di reclusione) e quella che, pur rientrando nella cornice edittale ripristinata, è comunque espressione di un diversa valutazione del rapporto tra pena e offesa (pena massima pari a sei anni di reclusione), rivela, secondo la Corte di cassazione, uno squilibrio della sanzione rispetto al *quantum* di colpevolezza accertato nel caso concreto e, quindi, compromette la stessa funzione che la pena dovrebbe costituzionalmente assolvere.

La Corte ha quindi ribadito che l'illegalità di cui si discute ha una natura particolare, non solo perché non attiene ad un errore materiale nella determinazione della quantità o

del tipo di sanzione, ma «perché ciò che è illegale non è la sanzione in sé, quanto l'intero procedimento di commisurazione giudiziale, che si è basato su criteri edittali incostituzionali e quindi mai esistiti, procedimento che ha portato, tra l'altro, all'applicazione di una pena in contrasto con il principio di proporzionalità e di colpevolezza».

4. La rivisitabilità sanzionatoria del giudicato.

Il tema della pena illegale e della necessità di ricondurla nei parametri costituzionali ha indotto le Sezioni unite della Corte di cassazione ad affrontare la questione della rivisitabilità sanzionatoria del giudicato: nella misura in cui si riteneva che la pena applicata per le droghe leggere con la sentenza irrevocabile di “patteggiamento” fosse comunque illegale a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 – anche nel caso in cui fosse rientrata nella nuova cornice edittale – si poneva il problema della necessità o meno di “rivisitare il giudicato”.

Sul tema le Sezioni unite, con la sentenza in esame, hanno ripercorso le tappe più significative che hanno portato la Corte costituzionale e la stessa Corte di cassazione ad affrontare il tema della “intangibilità del giudicato”.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 210 del 24 aprile 2013, ha chiarito come, l'ordinamento nazionale, pur nella consapevolezza del valore del giudicato, che è espressione dell'esigenza di certezza del diritto e di stabilità nell'assetto dei rapporti giuridici, conosca, in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato, ipotesi di flessione della intangibilità della condanna irrevocabile allorquando, rispetto al valore costituzionale ad essa intrinseco, siano prevalenti opposti valori, quanto meno di uguale dignità costituzionale, come, in particolare, la tutela della libertà personale.

Secondo il Giudice delle leggi spetta al giudice comune, e in particolar modo alla Corte di cassazione, il compito di determinare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sopravvenienze ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, e, nell'ipotesi in cui tale determinazione rilevi ai fini della



proposizione di una questione di legittimità costituzionale, spiegarne le ragioni in termini non implausibili.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, recependo l'indicazione della Corte Costituzionale, sono intervenute sul tema con le sentenze “Ercolano” e “Gatto”.

La Corte di cassazione ha affermato che vi sono argomenti che si oppongono all'esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e/o costituzionalmente illegittima, atteso che l'istanza di legalità della pena è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente *sub iudice* e non ostacolata dal dato formale della c.d. “*situazione esaurita*”, non potendosi consentire, in uno Stato democratico di diritto, la esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale. (Sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821/14, Ercolano, Rv. 258649-650- 651).

In tal senso si è ritenuto che la necessità che la restrizione della libertà personale del condannato sia legittimata, durante l'intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, comma 2, art. 25, comma 2), prevale rispetto alla intangibilità del giudicato ed impone di intervenire in quelle situazioni che devono essere emendate “dallo stigma dell'ingiustizia”.

Sono state individuate le fattispecie in cui il principio dell'intangibilità del giudicato soccombe rispetto agli altri valori, a cui il legislatore assicura un primato, e si è fatto riferimento:

- 1) all’*“abolitio criminis”*, in cui è prevista la revoca della sentenza di condanna ([art. 673 c.p.p.](#)) e la cessazione degli effetti penali ([art. 2 c.p., comma 2](#));
- 2) alla dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, ex art. 673 cod. proc. pen.;
- 3) all'incostituzionalità di una norma non nella parte incriminatrice, ma in quella relativa al trattamento penale, e, quindi, all'art. 30, comma 4, della [L. 11 marzo 1953, n. 87](#), secondo cui cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali della sentenza irrevocabile di condanna pronunciata in applicazione della norma dichiarata incostituzionale;

4) all'[art. 2 c.p., comma 3](#), (inserito dalla [L. 24 febbraio 2006, n. 85, art. 14](#)) secondo cui la pena detentiva inflitta con condanna irrevocabile deve essere convertita immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, se la legge posteriore prevede esclusivamente quest'ultima, regola questa che deroga alla previsione di cui al successivo comma quarto dello stesso articolo, che individua nel giudicato il limite all'operatività della "lex mitior".

Con particolare riguardo alla questione relativa alla non eseguibilità del giudicato di condanna nella parte concernente la specie e l'entità della sanzione irrogata (in quanto colpita da sopravvenuta declaratoria d'illegittimità costituzionale), è stato affrontato il tema della individuazione dello strumento processuale idoneo a consentire l'intervento correttivo ed è stata affermata la inapplicabilità dell'[art. 673 cod. proc. pen.](#) (revoca della sentenza per abolizione del reato).

Si è assunto che, riferendosi quest'ultima disposizione alla disciplina generale sostanziale in tema di successione della legge penale nel tempo e di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, essa non può essere interpretata per legittimare un intervento selettivo del giudice dell'esecuzione sul giudicato formale nella sola parte relativa all'aspetto sanzionatorio ad esso interno e riferibile al titolo di reato non attinto da perdita di efficacia.

La non applicabilità dell'[art. 673 cod. proc. pen.](#), tuttavia, non esclude che, in sede di esecuzione, possano venire in rilievo situazioni diverse che, sebbene non considerate nella norma appena indicata, impongano comunque un intervento parziale sul contenuto del giudicato e una sua modifica, come accade, in particolare, per l'operatività dell'[art. 2, comma 3](#), cod. pen., o, appunto, per i casi in cui deve applicarsi il principio di retroattività delle sentenze che dichiarano l'incostituzionalità di una norma non nella parte incriminatrice, ma in quella relativa al trattamento penale, declaratoria che ha forza invalidante "ex tunc", la cui portata, già implicita nell'[art. 136 Cost.](#), è resa esplicita dalla [L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30](#).

Il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata costituzionalmente illegittima – nella parte relativa al trattamento sanzionatorio – è, si

afferma, esso stesso principio di rango sovraordinato – sotto il profilo della gerarchia delle fonti – rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato ed è alla [L. n. 87 del 1953, art. 30](#), che, ai fini che interessano, deve farsi riferimento, avendo tale norma un perimetro operativo più esteso rispetto a quello prescrittivo dell'[art. 673 cod. proc. pen.](#)

Il principio è che nella ipotesi i cui il giudicato sia “aggredibile” nella parte relativa alla specie e alla misura della pena inflitta dal giudice della cognizione “*il giudice dell'esecuzione non deve procedere alla revoca (parziale) della sentenza di condanna, ma deve limitarsi, avvalendosi degli ampi poteri conferitigli dagli artt. 665 e 670 c.p.p., a ritenere non eseguibile la pena inflitta e a sostituirla con quella convenzionalmente e costituzionalmente legittima*”.

Dunque, ad eccezione dei casi in cui sia necessario un nuovo accertamento di merito che imponga la riapertura del processo, l'istituto processuale da utilizzare, incidendo sul titolo esecutivo, per sostituire la pena inflitta con quella conforme alla CEDU e alla Costituzione, è, secondo le Sezioni unite della Corte di cassazione, l'incidente di esecuzione.

A tal fine sono stati riconosciuti ampi margini di manovra alla giurisdizione esecutiva, non essendo i poteri di questa circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma potendo, invece, incidere, in vario modo, anche sul contenuto di esso, allorquando imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano.

Tali affermazioni sono state confermate e sviluppate dalle stesse Sezioni unite della Corte di cassazione, tornate ad occuparsi del tema della rivisitabilità sanzionatoria del giudicato di condanna (Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, P.M. in proc. Gatto, Rv. 260695-696-697-698-699-700).

Con la sentenza “Gatto” si è ribadita la diversità fra gli effetti derivanti dai fenomeni di successione tra norme o di abrogazione di norme rispetto a quelli discendenti dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, sottolineando come, mentre il succedersi di leggi e l'abrogazione di una norma per effetto di una norma successiva siano fenomeni

fisiologici dell'ordinamento giuridico, la dichiarazione di illegittimità costituzionale costituisca, invece, un evento di patologia normativa.

Si tratta di situazioni cui corrispondono diverse conseguenze: mentre l'applicazione della sopravvenuta legge penale più favorevole, che attiene alla vigenza normativa, trova un limite invalicabile nella sentenza irrevocabile, a diverse conclusioni deve giungersi per la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale, che concerne il diverso fenomeno della invalidità. La norma costituzionalmente illegittima, si è affermato viene espunta dall'ordinamento proprio perché affetta da una invalidità originaria, e ciò impone e giustifica la proiezione "retroattiva", cioè sugli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi della intervenuta pronuncia di incostituzionalità, la quale "certifica la definitiva uscita dall'ordinamento di una norma geneticamente invalida".

Quanto alla individuazione della categoria *"degli effetti ancora in corso di rapporti giuridici pregressi"*, nel caso di sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale della norma applicata, il *"rapporto"* deve considerarsi esaurito solo quando gli effetti pregiudizievoli non possano più essere rimossi, cioè solo quando la pena è stata interamente scontata, *"l'esecuzione della pena, infatti, implica esistenza di un rapporto esecutivo che nasce dal giudicato e si esaurisce soltanto con la consumazione o l'estinzione della pena. Sino a quando l'esecuzione della pena è in atto, per definizione il rapporto esecutivo non può ritenersi esaurito e gli effetti della norma dichiarata costituzionalmente illegittima sono ancora perduranti e, dunque, possono e devono essere rimossi"*.

Il giudice dell'esecuzione non può liquidare, con l'evocazione del giudicato irrevocabile, l'istanza di chi gli chiede di controllare la legalità della pena ancora in esecuzione e, di conseguenza, deve rilevare *"che la pena inflitta è stata determinata sulla base di una norma penale sostanziale, dichiarata incostituzionale, che egli ha l'obbligo di "disapplicare"*.

In tale contesto, è stato altresì ribadito il principio secondo cui, per la soluzione delle questioni derivanti dalle declaratorie di incostituzionalità che attengono al solo trattamento sanzionatorio, è necessario fare riferimento all'art. 30, comma 4, della [L. n. 87 del 1953](#), non sussistendo in detta disposizione alcun elemento che induca ad escludere dal suo ambito applicativo la dichiarazione d'illegittimità di una norma sostanziale non incriminatrice.

Ne deriva che “*se, per effetto della sentenza della Corte costituzionale, è venuto meno radicalmente l’illecito penale, cessano l’esecuzione della condanna e tutti gli effetti penali ad essa connessi, situazione espressamente risolta sul piano processuale dall’[art. 673 c.p.p.](#); se è venuta meno la norma applicata per la determinazione della pena inflitta o di parte di essa, deve cessare l’esecuzione della pena o della parte di pena che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale*”.

Nella operazione volta a ricondurre a legalità l’esecuzione di una pena, il giudice della esecuzione può fare uso di poteri valutativi.

Le Sezioni unite, per confutare la tesi secondo cui il giudice della esecuzione non sarebbe titolare di poteri valutativi, hanno espressamente richiamato i principi affermati da Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 4687, Catanzaro, Rv. 232610, in ordine al potere del giudice della esecuzione – in caso di revoca, per intervenuta “*abolitio criminis*”, di precedenti condanne, a suo tempo ostacolo alla concessione della sospensione condizionale della pena per altra condanna – di concedere, nell’ambito dei “*provvedimenti conseguenti*” alla suddetta pronuncia ex art. 673 cod. proc. pen., il beneficio, previa formulazione del favorevole giudizio prognostico richiesto dall’[art. 164, primo comma, cod. pen.](#), sulla base non solo della situazione esistente al momento in cui era stata pronunciata la condanna in questione, ma anche degli elementi sopravvenuti.

Non diversamente, si è fatto riferimento ai poteri di accertamento e di valutazione attribuiti dal legislatore al giudice della esecuzione in materia di concorso formale e reato continuato ([art. 671 cod. proc. pen.](#)), e, più in generale, alla stessa esigenza di razionalità dell’intero sistema processuale, atteso che, una volta “*che la legge processuale demanda al giudice una determinata funzione, allo stesso giudice è conferita la titolarità di tutti i poteri necessari all’esercizio di quella medesima funzione (Sez. U, n. 4687 del 2006, Catanzaro, cit.)*”.

Quanto ai limiti entro i quali il giudice della esecuzione può fare uso di detti poteri valutativi, si è chiarito che il giudice dell’esecuzione deve procedere – non diversamente da quanto è previsto negli artt. [671](#) e [675 c.p.p.](#), - “*nei limiti in cui gli è consentito dalla pronuncia di cognizione, ossia potrà pervenire al giudizio di prevalenza sempre che lo stesso non sia stato precedentemente escluso nel giudizio di cognizione per ragioni di merito, cioè indipendentemente dal*

divieto posto dall'[art. 69 c.p., comma 4](#): in sintesi, le valutazioni del giudice dell'esecuzione non potranno contraddire quelle del giudice della cognizione risultanti dal testo della sentenza irrevocabile”;

Ricostruito lo stato della giurisprudenza, le Sezioni unite con la sentenza “Marcon” hanno affermato sul tema i seguenti principi:

1) per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale di una norma penale sostanziale relativa al trattamento sanzionatorio, è necessario rimuovere gli effetti che dalla norma in questione discendono;

2) tale operazione, investendo principi fondamentali quale quello della libertà personale, impone, ai sensi dell'art. 30, commi 3-4, della l. n. 87 del 1953, di rivisitare il giudicato di condanna in tutti i casi in cui il rapporto esecutivo non sia esaurito;

3) in tali casi il giudicato, da una parte, deve essere “*mantenuto*”, quanto ai profili relativi alla sussistenza del fatto, alla sua attribuzione soggettiva e alla sua qualificazione giuridica, ma, dall'altra, deve essere “*riconformato*”, quanto ai profili sanzionatori;

4) il compito di incidere sul giudicato ai fini indicati spetta al giudice della esecuzione che “*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 (art. 669 c.p.p., art. 670 c.p.p., comma 3, artt. 671, 672 e 673 c.p.p.)*” e che, quindi, può intervenire sia quando l'intervento si risolva in una mera operazione matematica di tipo automatico, sia quando la rimozione dei perduranti effetti derivanti dalla norma dichiarata incostituzionale richieda l'esercizio di poteri valutativi;

5) il limite all'opera di rideterminazione della pena da parte del giudice della esecuzione, che può fare uso di poteri istruttori, è costituito da quanto già accertato dal giudice di cognizione per ragioni di merito, cioè da quanto accertato non facendo applicazione della norma dichiarata incostituzionale.

Ha chiarito le Corte che dalla “flessibilizzazione” del giudicato penale emerge una duplice dimensione: la prima, relativa all'*accertamento del fatto*, realmente intangibile, non essendo consentita, al di fuori delle speciali ipotesi rescissorie, una rivalutazione del fatto oggetto del giudizio, e tendenzialmente posta a garanzia del reo (presunzione di innocenza e divieto di *bis in idem*); la seconda, differente, relativa alla *determinazione della*

pena, che, sprovvista di reale copertura costituzionale (o convenzionale), appare maggiormente permeabile alle “sollecitazioni” provenienti *ab extra* rispetto alla *res iudicata*.

Secondo le Sezioni unite “*se il giudicato sull’accertamento è, e resta, intangibile, non consentendo rivalutazioni del fatto, il giudicato sulla pena è permeabile ad eventuali modifiche del trattamento sanzionatorio, purché in bonam partem, esprimendo un interesse collettivo (alla certezza dei rapporti giuridici esauriti) suscettibile di bilanciamento con altri (sovente più rilevanti) principi costituzionali e convenzionali (libertà personale, legalità della pena, finalità rieducativa, principio di uguaglianza), che, nella loro dimensione individuale, sono prevalenti rispetto alla dimensione collettiva sottesa all’esigenza di certezza dei rapporti giuridici*”.

In tale quadro, dunque, è stata affermata la possibilità di procedere ad una rideterminazione della pena *in executivis* anche allorquando la dichiarazione di incostituzionalità concerna una norma penale diversa da quella incriminatrice.

Sulla base di tali principi, secondo le Sezioni unite, in virtù dell’art. 30, quarto comma, legge n. 87 del 1953, anche la pena applicata su richiesta delle parti in base all’art. 73 d.P.R. 309 del 1990, nella formulazione di cui alla legge n. 49 del 2006, dichiarata successivamente incostituzionale dalla sentenza n. 32 del 2014, deve essere rideterminata in sede esecutiva, in modo tale che le parti e il giudice possano riferirsi al diverso e più mite trattamento sanzionatorio risultante dal rivissuto art. 73 cit. prima della modifica.

5. Illegalità sopravvenuta della pena, dinamica negoziale sottesa alla sentenza di patteggiamento e limiti alla rivisitazione del giudicato.

Stabilito che la pena applicata con sentenza definitiva, divenuta illegale a seguito della dichiarazione di incostituzionalità della norma non incriminatrice, debba essere rideterminata anche *in executivis*, le Sezioni unite hanno affrontato altre due centrali questioni: quella della incidenza nella determinazione della pena ex art. 444 cod. proc. pen. Della dinamica negoziale sottesa a detta sentenza e quella del come il giudice della esecuzione possa rideterminare la pena applicata su richiesta delle parti, divenuta illegale.

Nel caso specifico, i temi della pena illegale, degli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014 sulle sentenze divenute irrevocabili, del potere e dei limiti

per il giudice dell'esecuzione di procedere alla rideterminazione della pena inflitta dalla sentenza che abbia fatto applicazione di una norma dichiarata incostituzionale nella parte sanzionatoria, dovevano essere esaminati dalle Sezioni unite in relazione alla peculiare dinamica negoziale sottesa alla sentenza di applicazione delle parti.

Con riferimento alle sentenze di patteggiamento non ancora irrevocabili, la giurisprudenza assolutamente maggioritaria ritiene che l'illegalità "originaria" della pena comporti l'invalidità dello stesso accordo concluso dalle parti e ratificato dal giudice, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza (tra le tante v., da ultimo, **Sez. V, 19 febbraio 2015, n. 13589, B., Rv. 262943**; Sez. F., 26 agosto 2014, n. 38566, Yossef, Rv. 261468; Sez. V, 23 maggio 2014, n. 24054, Restaino, Rv. 259894; Sez. III, 22 settembre 2011, n. 1883, La Sala, Rv. 251796; Sez. I, 7 aprile 2010, n. 16766, Ndiaye, Rv. 246930; Sez. V, 22 settembre 2006, Braidich, Rv. 236033; cfr., inoltre, Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738, Calibè, Rv. 247841).

Il principio è quello per cui l'applicazione di una pena non legale altera i termini dell'accordo e, quindi, incide sul consenso prestato dall'imputato, con la conseguenza che se è invalida la base negoziale sulla quale l'accordo è maturato, si considera viziata anche la sentenza che lo ha recepito; ne deriva la nullità della pronuncia e l'annullamento – senza rinvio – della sentenza di patteggiamento si giustifica in quanto l'accordo processuale si è formato su una specifica quantificazione della pena e non può presumersi un analogo consenso delle parti in relazione ad una diversa sanzione. Si ritiene che la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen. Deve essere annullata interamente, dal momento che l'accordo delle parti non è suscettibile di modifica da parte del giudice e, soprattutto, vi è la possibilità per le parti di rinegoziare l'accordo.

Tale orientamento ha trovato riconoscimento dalle Sezioni unite anche con riferimento alle sentenze di applicazione concordata di pena non irrevocabili nel caso di illegalità della pena sopravvenuta a seguito della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 (**Sez. un., 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, cit.**).

Con la sentenza "Marcon" la Corte di cassazione ha dovuto invece affrontare la questione relativa al se il principio appena indicato dovesse trovare applicazione anche

con riferimento alle sentenze di patteggiamento divenute irrevocabili prima della sentenza n. 32 del 2014 della Corte costituzionale.

In via generale, ove si fosse valorizzata nella misura massima la tesi della nullità o scioglimento dell'accordo a seguito della intervenuta illegalità della pena e, di conseguenza, della nullità della sentenza, si sarebbe potuto dubitare della stessa validità complessiva del titolo esecutivo e ritenere necessaria la revoca dell'intera sentenza, così come accade nel patteggiamento non irrevocabile.

Le Sezioni unite hanno invece ritenuto di distinguere le due fattispecie: mentre, infatti, nel patteggiamento non irrevocabile l'accordo si forma sulla base di criteri edittali divenuti illegali che determinano un vizio dell'accordo che si trasmette anche alla sentenza, nel caso, invece, di sentenza di applicazione di pena divenuta irrevocabile, proprio la presenza del giudicato formale impedisce che il vizio riguardante la quantificazione illegale della sanzione oggetto dell'accordo si propaghi alla sentenza stessa, cioè al titolo esecutivo che si è già formato.

Secondo la Corte di cassazione *“ciò che deve essere rimesso in discussione non è, quindi, il titolo esecutivo nella sua interezza, ma solo una parte di esso, cioè la quantificazione della pena. Trova un concreto riscontro la definizione del giudicato avente una “duplice dimensione”, in cui risulta flessibile la parte relativa alla determinazione della pena”*.

Sul tema è stata valorizzata la giurisprudenza che, in alcune fattispecie, ha escluso l'effetto rescissorio dell'accordo intervenuto *ex art. 444 cod. proc. pen.*; si è fatto riferimento al caso di applicazione della pena su richiesta in cui per uno dei reati ritenuti in continuazione sopraggiunga *l'abolitio criminis* senza che il giudice del patteggiamento ne abbia tenuto conto nel ratificare l'accordo.

In tal caso si è sostenuto che allo scomputo della relativa pena può provvedere la Corte di cassazione ovvero il giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen. se *l'abolitio criminis* interviene in tale fase – precisandosi che l'annullamento *in parte qua* della sentenza non comporta un effetto rescissorio dell'accordo (Sez. VI, 15 dicembre 1999, n. 356, El Quaret, Rv. 215286; in termini leggermente diversi cfr., Sez. I, 14 ottobre 2007, n. 42407, Melandri, Rv.237969).

Le Sezioni unite hanno recepito la tesi secondo cui, nell'ipotesi di rideterminazione della pena illegale nella sentenza di patteggiamento irrevocabile, il giudice dell'esecuzione non procede alla revoca del titolo esecutivo, non versandosi in una ipotesi applicativa dell'art. 673 cod. proc. pen., ma opera solo una sua «parziale rinnovazione e integrazione per quanto concerne l'entità della pena, con ogni conseguenza di legge» (Sez. I, 4 dicembre 2014, n. 53019 Schettino, Rv. 261581).

Più precisamente, si è chiarito che «la rideterminazione del trattamento sanzionatorio assume una valenza sostitutiva di un titolo esecutivo [...] solo in tale parte non più eseguibile, che andrà pertanto integrato, in punto di entità della pena, dalla decisione emessa in sede esecutiva».

6. Sulle modalità di rideterminazione “in executivis” della pena divenuta illegale dopo l'irrevocabilità della sentenza di patteggiamento.

Nella giurisprudenza di legittimità vi erano due orientamenti.

Secondo un primo indirizzo la rideterminazione della pena avrebbe dovuto essere effettuata con un criterio oggettivo di tipo matematico-proporzionale che la trasponesse all'interno della nuova cornice edittale determinatasi in seguito alla reviviscenza della normativa previgente alla dichiarazione di incostituzionalità di cui alla sentenza n. 32 del 2014.

Secondo tali decisioni, il criterio prescelto avrebbe consentito di salvaguardare «*la volontà negoziale delle parti irrevocabilmente espressa e la susseguente valutazione di congruità della pena concordata espressa dal giudice della cognizione*», in quanto la rideterminazione sarebbe stata effettuata in base ai limiti edittali, minimi e massimi, previsti dalla fattispecie astratta precedente alla dichiarazione di incostituzionalità, ed applicando una pena che, in proporzione, avrebbe dovuto essere corrispondente all'entità della pena applicata in sentenza, aggiungendo al nuovo minimo di pena la stessa percentuale di aumento applicata in sede di cognizione. “*Così, se per la violazione dell'art. 73 d.P.R. 309/1990 risulta essere stata applicata la pena-base di sette anni, con l'aggiunta di un anno rispetto alla pena edittale minima, che all'epoca era di sei anni, occorrerà aggiungere, in proporzione, lo stesso aumento*” (Sez. I,

25 novembre 2014, n. 51844, Riva, Rv. 261331 e Sez. I., 18 novembre 2014, n. 52980, Cassia; nella giurisprudenza di merito, Trib. Bologna, 27 maggio 2014, M.Y.; Trib. Lecce, 17 giugno 2014, A., secondo cui il criterio puramente aritmetico – uro unitarizatao avrebbe preservato maggiormente il giudicato, peraltro limitando il potere discrezionale del giudice dell'esecuzione).

Il secondo orientamento, limitando il contenuto pattizio della sentenza di applicazioni di pena, riteneva che il giudice della esecuzione dovesse rideterminare liberamente la pena in rapporto ai nuovi e diversi parametri edittali, dando conto, ai sensi degli art. 132 e 133 cod. pen., delle modalità di esercizio del potere commisurativo e tenendo conto dei principi generali del sistema sanzionatorio, tra i quali quello per cui non poteva essere aumentata l'afflittività della pena stabilita in sentenza. (cfr. Sez. I, 18 gennaio 2014, n. 52981, De Simone, Rv. 261688; Sez. 1, 4 dicembre 2014, n. 53019, Schettino, Rv. 261581; **Sez. VI, 2 dicembre 2014, n. 1409/15, Minardi, Rv. 262403; nella giurisprudenza di merito** G.i.p. Trib. Perugia, 12 novembre 2014; Trib. Milano, 16 luglio 2014; Trib. Treviso, 18 giugno 2014).

L'orientamento in esame, oltre a rivisitare criticamente la tesi della rideterminazione della pena in termini matematico – proporzionali, affermava il principio secondo cui è attribuito al giudice il compito di collocare il fatto nella figura criminosa e di tarare la pena rispetto ai parametri oggettivi e soggettivi di misurazione; secondo l'impostazione in parola, con riferimento alle sentenze di applicazione di pena divenute irrevocabili, sarebbe spettato al giudice della esecuzione procedere alla rideterminazione della pena *“in termini ormai sottratti alla dinamica negoziale”*, escludendo che rientri nelle attribuzioni del giudice di legittimità la verifica della concreta idoneità del trattamento sanzionatorio, trattandosi di una valutazione in fatto.

6.1. (segue). I principi affermati dalle Sezioni unite.

Le Sezioni unite, non recependo nessuno dei due orientamenti indicati, hanno innanzitutto evidenziato come il criterio proporzionale- matematico, non solo non sarebbe previsto da alcuna norma, ma, in qualche modo, contrasterebbe con i principi

affermati dalle sentenze “Ercolano” e Gatto” che, invece, riconoscono al giudice della esecuzione ampi poteri e margini di movimento.

L’adozione del mero criterio matematico di riduzione, è stato osservato, non sarebbe condivisibile perché non avrebbe in considerazione il fatto che l’originaria valutazione di congruità della pena irrogata (nella commisurazione della sanzione effettuata in sede di giudizio di colpevolezza, ovvero nel giudizio di congruità rimesso al giudice in caso di “patteggiamento”) sarebbe sempre strettamente connessa alla diversa forbice edittale, unica per tutti i tipi di sostanze stupefacenti: un criterio automatico di riduzione proporzionale non terrebbe conto quindi della concreta gravità dei fatti e della personalità del reo in rapporto alla nuova cornice edittale.

Hanno sottolineato le Sezioni unite che l’individuazione della pena base entro i limiti edittali non è mai un’operazione neutra, ma, invece, è sempre condizionata dalla pena in astratto prevista, sicché la valutazione può cambiare col mutare dei limiti edittali previsti dalla legge ed è proprio la necessaria “individualizzazione” del trattamento sanzionatorio nella fase commisurativa (ovvero, in caso di “patteggiamento”, nella fase di valutazione della congruità) che dovrebbe indurre ad escludere ogni automatismo, atteso che, diversamente, vi sarebbe un concreto rischio di applicazione di una pena sganciata *“dall’accertamento del fatto”*.

Allorchè si determina la pena, si afferma, la valutazione sul se partire o meno dal minimo editale, se riconoscere o meno le circostanze attenuanti generiche, se effettuare o meno un certo giudizio di bilanciamento tra le circostanze, non può che risentire della cornice editale entro cui il giudice si muove.

Ne consegue, secondo la Corte, che la trasposizione matematica, in sede esecutiva, dello stesso percorso effettuato dal giudice della cognizione avrebbe come presupposto “ipotetico” quello per cui il giudice della cognizione avrebbe ritenuto congrua una pena individuata nel minimo editale anche se avesse avuto come riferimento la cornice editale ripristinata a seguito della sentenza della Corte Costituzionale.

Hanno spiegato le Sezioni unite, che il rischio insito nella libera determinazione della pena da parte del giudice della esecuzione è quello di applicare al condannato una pena

ex art. 444 cod. proc. pen. Di fatto non concordata, atteso che la modifica unilaterale da parte del giudice assumerebbe il significato di una sostituzione dell'accordo, "situazione che mal si concilia con quanto sopra si è detto a proposito del fatto che in tali casi deve escludersi la revoca della sentenza di patteggiamento. ... Insomma, non può negarsi l'esistenza di una forte distonia in un sistema che consente che ad una pena frutto di un accordo tra le parti si sostituisca, in sede esecutiva, una pena autoritativamente stabilita, senza neppure il previo esperimento di un tentativo di patteggiamento. Inoltre, residuano una serie di incertezze circa i limiti entro cui il giudice dell'esecuzione sarebbe vincolato agli accertamenti effettuati in sede di cognizione, considerando in particolare che generalmente la sentenza di patteggiamento motiva solo sommariamente il percorso logico-giuridico che guida il giudice nelle scelte sanzionatorie e non sempre vengono indicate in modo sufficientemente dettagliato le ragioni relative al fatto e alla personalità dell'agente su cui esso si fonda. In difetto di esplicite ragioni che abbiano portato il giudice della cognizione ad un determinato trattamento sanzionatorio – si consideri che nei casi in cui la pena sia quella minima o prossima al minimo edittale non è previsto un particolare onere motivazionale – può diventare obiettivamente non semplice comprendere se l'accertamento del giudice di cognizione sia stato o meno effettuato in applicazione della norma incostituzionale".

Secondo la Corte di cassazione, invece, è necessario privilegiare un modulo procedimentale che presupponga e valorizzi, anche in sede di esecuzione, l'accordo delle parti, seppure entro certi limiti e condizioni: in assenza di norme specifiche disciplinanti la fattispecie in esame, le Sezioni unite hanno fatto riferimento per rimodellare la pena oggetto della sentenza di patteggiamento irrevocabile, divenuta illegale a seguito della successiva dichiarazione di incostituzionalità, all'art. 188 disp. Att. Cod. proc. pen. (in tal senso nella giurisprudenza di merito, Trib. Torino, 16 settembre 2014, M.; G.i.p. Trib. Milano, 18 novembre 2014, Delaj).

Ha affermato la Corte di cassazione che:

- un'interpretazione estensiva dell'art. 188 cit. trova una piena giustificazione nella sentenza "Ercolano", in cui si è evidenziato che «la giurisdizione, in assenza di interventi legislativi, non può ignorare o eludere il problema e deve farsi carico, una volta preso atto della insussistenza delle condizioni che giustificano l'esecuzione della pena nei confronti del condannato, di

riportare la stessa in una dimensione di legittimità, utilizzando spazi di operatività della normativa vigente, che, benché non chiaramente evidenziati, sono in essa impliciti»;

- in assenza di specifici rimedi, il ricorso analogico alla disposizione in esame consente di intervenire sulla pena illegale della sentenza di patteggiamento irrevocabile, e garantisce alle parti la possibilità di rinnovare l'accordo, rispettando l'essenza stessa dell'istituto dell'applicazione della pena su richiesta;

- seguendo le regole procedurali dell'art. 188 disp. Att. Cod. proc. pen. – in quanto compatibili – il condannato e il pubblico ministero potranno sottoporre al giudice dell'esecuzione un nuovo accordo sulla pena, quantificata in base ai criteri edittali operanti a seguito della sentenza costituzionale n. 32 del 2014;

- la rideterminazione della pena dovrà essere preceduta da una richiesta, proposta, normalmente, dal condannato ed a cui il pubblico ministero può o meno aderire, ma anche di iniziativa dello stesso pubblico ministero, anch'egli interessato, in ragione delle sue funzioni istituzionali, all'eliminazione di una pena illegale;

- in caso di mancato accordo per dissenso del pubblico ministero, il giudice dell'esecuzione potrà comunque accogliere la richiesta, qualora ritenga il dissenso ingiustificato e allo stesso modo, se il pubblico ministero resta inerte, potrà ugualmente accogliere la proposta del condannato, potendo valutarsi la sua inerzia come un implicito dissenso.

Affermati tali principi, la Corte ha inoltre affrontato la questione del se il giudice della esecuzione possa rideterminare la pena in misura diversa da quella indicata nell'accordo – o anche dalla sola parte proponente – oppure se debba respingere la richiesta.

Le Sezioni unite hanno spiegato che, ammessa l'applicazione estensiva dell'art. 188 disp. Att. Cod. proc. pen., deve essere riconosciuto al giudice il potere di valutare la congruità della pena richiesta, avendo la Corte costituzionale confermato, proprio in relazione alla procedura di cui all'art. 188 cit., che al giudice dell'esecuzione spetta non dell'esecuzione spetta non soltanto il potere-dovere di verificare in concreto la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della disciplina del reato continuato, ma

anche di valutare la “congruità” della pena indicata dalle parti ai fini di quanto previsto dall’art. 27, terzo comma, Cost. (Corte cost., sent. n. 37 del 1996).

In relazione a tale tema la Corte ha affrontato la questione relativa al se il giudice della esecuzione, nella valutazione della congruità della sanzione, possa rideterminare la pena in misura diversa da quanto indicato dall’imputato o dalle parti ovvero debba rigettare la richiesta.

Con specifico riferimento all’art. 188 disp. Att. Cod. proc. pen., esistono sul punto orientamenti non omogenei all’interno della giurisprudenza di legittimità.

Secondo un primo, maggioritario, orientamento, quando è richiesta l’applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato in riferimento a più sentenze di patteggiamento, il giudice dell’esecuzione non può fare esercizio degli ordinari poteri valutativi di cui all’art. 671 cod. proc. pen. Ed individuare la pena in misura diversa da quella negoziata fra l’interessato e il pubblico ministero, poiché l’autonoma regolamentazione dettata dall’art. 188 cod. proc. pen. Disp. Att. Consente un intervento modificativo sul giudicato, formatosi a seguito di un negozio processuale fra le parti, soltanto per effetto di una successiva loro pattuizione, salvo il caso di dissenso ingiustificato dell’ufficio requirente (Sez. I, 2 aprile 2014, n. 18233, Costanzo, Rv. 259892; Sez. I, 18 febbraio 2005, n. 12461, Liberti, Rv.231261; Sez. I, 27 marzo 2013, Dumitru, Rv. 256028).

Si afferma che, in caso di applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato in riferimento a più sentenze di patteggiamento, al giudice dell’esecuzione non sarebbe consentito individuare la pena per il reato continuato ai sensi degli artt. 81 cpv. cod. pen. E 671 cod. proc. pen. Secondo le regole generali e gli ordinari poteri valutativi propri, atteso che la norma di cui all’art. 188 disp. Att. Cod. proc. pen. Introdurrebbe un’autonoma disciplina dell’istituto della continuazione allorquando ne sia chiesta l’applicazione in sede esecutiva in riferimento a reati giudicati con più sentenze di applicazione della pena.

L’orientamento richiamato dalla sentenza Costanzo nega che il giudice dell’esecuzione, qualora non aderisca alla commisurazione della pena operata dalle parti

perché ritenuta incongrua per difetto, possa accogliere comunque l'istanza rideterminando però, a propria discrezione, la sanzione per il reato continuato o il concorso formale, e dunque prescindendo dalla determinazione delle parti stesse.

Si sottolinea infatti che il rapporto di “complementarietà logica” esistente tra l'istituto previsto dall'art. 188 citato e la più generale disciplina dell'applicazione della pena di cui all'art. 444 cod. proc. pen., implica per il giudice, così come per la fase della cognizione, il vincolo del rispetto del contenuto dell'accordo negoziato tra le parti stesse, da recepire in pronuncia giudiziale oppure da respingere a fronte della necessità del proscioglimento dell'imputato o della non condivisa qualificazione giuridica del fatto o comparazione tra circostanze, ovvero, ancora, del giudizio d'incongruità della pena. (Sez. III, 17 gennaio 1994, n. 110, P.M. in proc. Badaoui, Rv. 196957; Sez. IV, 19 giugno 2003, n. 35164, P.G. in proc. Di Dio, Rv. 226176; Sez. I, 3 febbraio 2005, n. 9193, Lamkia, Rv. 231215; Sez. III, 14 gennaio 2009, n. 9888, Perrella, Rv. 243097; Sez. IV, 13 gennaio 2013, n. 18669, Pacitto, Rv. 255927).

Secondo altro indirizzo, espresso da Sez. V, 8 giugno 2012, n. 28532, Baratta, Rv. 253307, nell'ipotesi di una istanza di riconoscimento della continuazione fra reati giudicati con distinte sentenze di applicazione di pena su richiesta, il giudice dell'esecuzione può comunque prescindere dal computo indicato dalla parte che promuove l'incidente, se ritenuto incongruo (anche laddove sia stato acquisito il consenso del Pubblico Ministero, ed a fortiori qualora il consenso non vi sia), e determinare la pena complessiva, una volta effettivamente ravvisata identità di disegno criminoso fra i vari addebiti, in base ai criteri generali dettati dall'art. 671 cod. proc. pen., fermo restando il vincolo di non eccedere dai limiti di cinque o due anni di pena detentiva.

Secondo le Sezioni unite, trattandosi nella specie di eliminare una pena incostituzionale, da una lato, deve essere riconosciuto il potere del giudice di valutare la congruità della pena, e, dall'altro, *“deve escludersi che il giudice possa limitarsi a respingere il “patteggiamento”, come avrebbe fatto il giudice della cognizione, in quanto l'effetto sarebbe quello di*

confermare una pena illegale, laddove al giudice dell'esecuzione si chiede, con l'instaurazione dell'incidente, di rimuovere l'illegalità della pena oggetto dell'accordo originario”.

Ha aggiunto la Corte che:

- il potere di rideterminazione diretta da parte del giudice dell'esecuzione è sempre subordinato al previo esperimento di un tentativo di patteggiamento;

- il giudice, nel caso in cui le parti non abbiano raggiunto il nuovo accordo ovvero se ritiene la nuova pena incongrua, ridetermina la pena utilizzando i criteri di cui agli artt. 132 e 133 cod. pen., secondo i canoni dell'adeguatezza e della proporzionalità che tengano conto della nuova perimetrazione edittale;

- *“Questa operazione di “riqualificazione sanzionatoria” presuppone, ovviamente, che il giudice prescindendo dalla volontà delle parti, tuttavia non potrà non considerare, nella sua autonoma rideterminazione, l'accordo sulla pena raggiunto dalle parti nella sentenza di patteggiamento, evitando cioè di eludere la finalità della richiesta che ha avviato l'incidente di esecuzione, che è quella di eliminare la pena illegale e di sostituirla con una che sia il risultato di una valutazione basata su criteri edittali costituzionali. In altri termini.....deve escludersi che per lo stesso fatto, inquadrato nei nuovi limiti edittali scaturiti dalla dichiarazione di incostituzionalità, il giudice possa operare la rideterminazione partendo dalla stessa pena-base individuata in origine, troppo distanti essendo gli orizzonti delle comminatorie edittali previste dell'art. 73 cit. prima e dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 2014, non potendosi considerare di massima gravità lo stesso fatto, per il quale, in precedenza, era stata applicata la pena base minima, se non a costo di realizzare una vera e propria elusione della modifica della pena illegale, che verrebbe di fatto confermata”;*

- può disporre la sospensione condizionale della pena sia nel caso in cui le parti, per sostituire la pena incostituzionale oggetto del patteggiamento, abbiano fatto rientrare il beneficio, in precedenza escluso, nel nuovo accordo, sia quando procede liberamente alla rideterminazione della sanzione; in presenza di una pena nuovamente concordata, il giudice, qualora, pur considerando congrua la pena, ritenga di non applicare la sospensione condizionale della pena, non può respingere il nuovo accordo, ma deve comunque recepirlo escludendo il beneficio.



CAPITOLO V

LA RILEVABILITA' DELLA RETROATTIVITA' IN MITIUS

(MATILDE BRANCACCIO)

SOMMARIO: 1. L'udienza del 26 giugno 2015: le Sezioni unite si pronunciano sui confini del sindacato di legittimità in caso di ricorso inammissibile o intempestivo. – 2. La questione della rilevabilità nel giudizio di cassazione della legge più favorevole sopravvenuta. – 3. Il principio di retroattività della legge più favorevole. – 4. I confini del sindacato di legittimità: *lex mitior* relativa al trattamento sanzionatorio e ricorso inammissibile privo di motivi sul punto.– 5. La soluzione adottata dalle Sezioni unite.- 6. Conclusioni.

1. L'udienza del 26 giugno 2015: le Sezioni unite si pronunciano sui confini del sindacato di legittimità in caso di ricorso inammissibile o intempestivo.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, nell'udienza del 26 giugno 2015, hanno affrontato due questioni strettamente tra loro collegate e riferite ai limiti del sindacato del giudice di legittimità in caso di ricorso inammissibile, nell'ipotesi di pena illegale *ab origine* perché contraria all'assetto normativo vigente al momento di consumazione del reato (Sez. U., 26 giugno 2015, n. 47766, Butera e altro) e in quella, riferita al fenomeno della successione di leggi nel tempo, dell'applicabilità, anche d'ufficio da parte della Corte, della disciplina normativa sopravvenuta più favorevole all'imputato (Sez. U., 26 giugno 2015, n. 46653, Della Fazia). Le due pronunce, per ragioni di opportunità di trattazione e per una loro migliore comprensione, vengono di seguito proposte con un'analisi parallela e parzialmente combinata per mettere in risalto, al di là della specificità dei problemi giuridici affrontati in ciascuna di essa, il comune nucleo essenziale. Si è ribadito che, quando il ricorso per cassazione è *ab origine* affetto da inammissibilità non può considerarsi idoneo ad instaurare un rapporto di impugnazione e, di conseguenza, risultano inibiti i poteri officiosi del giudice, compresa la possibilità di rilevare d'ufficio le cause di non punibilità di cui all'art. 129 cod. proc. pen. Tuttavia, partendo da tale assunto, si sono enucleate alcune ipotesi in cui l'inammissibilità dell'impugnazione non

condiziona l'accertamento del giudice: ciò accade per l'accertamento dell'*abolitio criminis* o per la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice formante oggetto dell'imputazione, deroghe che vengono giustificate dall'eccezionale possibilità di incidere *in executivis* sul provvedimento in relazione al quale si è formato il giudicato formale, così come previsto dall'art. 673 cod. proc. pen.; ovvero ancora per l'incostituzionalità della norma diversa da quella incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio. Le sentenze più rilevanti che, scandendo i progressivi arresti in ordine temporale, vanno citate per seguire il percorso della giurisprudenza di legittimità, soprattutto delle Sezioni unite, sono: Sez. Un., 11 novembre 1994, n. 21/1995, Cresci; Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 15, Piepoli, Rv. 213981; Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, Rv. 217266; Sez. Un., 27 giugno 2001, n. 335421, Cavalera, Rv. 219531/219532; Sez. Un., 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, Rv. 231164; Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, Rv. 260696/260700 e, da ultimo, rilevante per la visione d'insieme che offre sul problema, alla luce di un'analisi dell'intero percorso interpretativo in materia, Sez. Un. 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, Rv. 264207.

Problemi ulteriori, rispetto alle ipotesi sopradette, erano stati proposti, da un lato, sul tema se, nel giudizio di cassazione, in presenza di ricorso inammissibile perché presentato fuori termine, fosse rilevabile d'ufficio l'illegalità della pena *ab origine* contraria all'assetto normativo vigente al momento di consumazione del reato – oggetto del quesito trattato dalle Sez. Un. Butera – dall'altro, in relazione all'applicabilità d'ufficio in sede di legittimità di una disciplina legislativa più favorevole successiva alla consumazione del reato, in presenza di ricorso inammissibile per manifesta infondatezza dovuta alla genericità dei motivi, nessuno dei quali, peraltro, riferito al trattamento sanzionatorio – oggetto del quesito trattato dalle Sez. Un. Della Fazia.

L'esame di quest'ultima sentenza, alla quale è dedicato il presente capitolo della Rassena, condotto in modo parallelo ad un'analisi anche della sentenza Sez. un. Butera, si impone come scelta espositiva più idonea per riuscire ad ottenere il risultato di una migliore comprensione finale degli approdi della giurisprudenza di legittimità in tema di

inammissibilità e limiti del sindacato della Corte di cassazione, contribuendo ad una visione d'insieme di temi particolarmente complessi, nei quali gli aspetti processuali si confrontano con i più importanti principi sostanzialistici.

2. La questione della rilevabilità nel giudizio di cassazione della legge più favorevole sopravvenuta.

Le Sezioni unite sono state chiamate a decidere nell'udienza del 26 giugno 2015 una questione rimessa dalla Terza Sezione (ordinanza del 17 marzo 2015, n. 14961) relativa alla possibilità di rilevare d'ufficio, in sede di legittimità, anche in presenza di ricorso manifestamente infondato, e privo di censure in ordine al trattamento sanzionatorio, gli effetti delle modifiche normative sopravvenute con riguardo alla più mite disciplina prevista in materia di stupefacenti per le fattispecie di lieve entità (per effetto del d. l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in legge 21 febbraio 2014, n. 10, e del d.l. 20 marzo 2014, n. 36, conv. in legge 16 maggio 2014, n. 79).

Con sentenza n. 46653, ricorrente Della Fazia, le Sezioni unite hanno affermato che nel giudizio di cassazione, in presenza di ricorso inammissibile perché manifestamente infondato e privo di motivo riferito al trattamento sanzionatorio, è rilevabile d'ufficio l'applicabilità del nuovo trattamento sanzionatorio più favorevole, conseguente a successione di leggi nel tempo.

Il massimo collegio della Corte di cassazione perviene a tale soluzione antepo-
nendo alla trattazione della questione specificamente sottoposta alcune considerazioni di ordine metodologico su come si svilupperà il ragionamento che, secondo la Corte, pone una serie di problemi di rilievo anche costituzionale: la natura e l'ambito di applicazione dei principi *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*; se questo secondo principio trovi una copertura costituzionale; che cosa si intenda per legalità della pena e, in particolare, se possa ritenersi illegale una pena che rientri nella cornice edittale vigente pur in presenza di modifiche normative che abbiano reso più favorevole il successivo trattamento sanzionatorio applicabile all'imputato. Successivamente a tale ultima questione occorrerà valutare, secondo le Sezioni unite se, esclusa in quest'ultima ipotesi l'illegalità della pena,

sia consentito al giudice di legittimità rilevare d'ufficio, nel caso di ricorso inammissibile, la possibilità di applicare il trattamento sanzionatorio più favorevole.

L'ampia premessa dedicata all'inquadramento anche storico del fondamento e dei caratteri del principio di legalità della pena è utile alla Corte per porre le basi del proprio ragionamento dedicato a valutare se per il nostro ordinamento, in un'ottica interpretativa costituzionalmente orientata, sia possibile "sopportare" che un mutamento legislativo favorevole all'imputato non venga applicato in presenza di una causa di inammissibilità del ricorso per cassazione, nel caso di specie genericamente motivato e privo dello specifico motivo inerente al trattamento sanzionatorio, in un giudizio formalmente non ancora coperto dal giudicato. Si afferma, così, che tale principio fondamentale del diritto penale secondo il quale nessuno può essere punito se non in forza di una legge che abbia previsto l'illecito, è espressamente previsto dall'art. 25, comma 2, Cost. solo in relazione alle previsioni incriminatrici in quanto tali (*nullum crimen*), mentre la sua estensione alla sanzione penale collegata al reato costituisce un'incontroversa costruzione dottrinale e giurisprudenziale, ritenuta dall'Assemblea Costituente superflua (perché già contenuta nel codice penale all'art. 1) e addirittura inopportuna perché avrebbe potuto compromettere la possibilità di applicare il trattamento sopravvenuto più favorevole. Del resto, quanto all'interpretazione pacifica del principio di legalità come riferito anche alla pena, le Sezioni unite fanno notare come sarebbe assurdo stabilire una riserva assoluta di legge per la previsione del reato e poi consentire che la sua punizione avvenga ad arbitrio del giudice o del potere esecutivo; legalità della norma penale incriminatrice e legalità della pena vengono, pertanto, lette in un principio unico poiché qualità e misura della pena non costituiscono dati esterni alla previsione dell'illecito penale bensì elementi dai quali si rivela la stessa natura del fatto incriminato, oltre che la sua gravità. Ecco perché, si è detto in motivazione, il principio di legalità della pena impone che sia soltanto la legge a poter prevedere l'*an* di tale sanzione, nonché a determinarne la tipologia, il contenuto afflittivo e la misura; e tale principio riguarda sia la pena principale che le altre misure incidenti sulla libertà personale e sulla dignità della persona, come recentemente le stesse Sezioni unite hanno avuto modo di affermare in relazione alle pene accessorie

nella sentenza Sez. un. 27 novembre 2014, n. 6240/2015, Basile, Rv. 262327, che ha ritenuto rilevabile dal giudice dell'esecuzione l'applicazione di una pena accessoria illegale *ab origine*, pronuncia opportunamente richiamata dalla motivazione della sentenza Della Fazia.

Successivamente a tale premessa generale, **le Sezioni unite passano ad esaminare il concetto di illegalità della pena, distinguendo una categoria di illegalità tradizionale** (comprensiva delle ipotesi nelle quali la pena determinata in concreto superi o sia inferiore ai limiti stabiliti dalla legge o di quelle nelle quali sia stata applicata una pena che per specie non poteva essere inflitta: è il caso sottoposto alle Sezioni unite nella sentenza del 26 giugno 2015, n. 47766, Butera e altro, con cui si è affermato che nel giudizio di cassazione, in presenza di ricorso inammissibile perché presentato fuori termine, non è rilevabile d'ufficio l'illegalità della pena determinata dall'applicazione di sanzione *ab origine* contraria all'assetto normativo vigente al momento di consumazione del reato); **una categoria di illegalità da incostituzionalità della norma incriminatrice o di quella relativa al trattamento sanzionatorio** utilizzato per determinare la quantità di pena in concreto inflitta (sulla quale si richiamano le pronunce Sez. un. 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, Rv. 260695 e Sez. un. 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, Rv. 264207; quest'ultima, in particolare, avendo affermato la rilevabilità d'ufficio nel giudizio di cassazione dell'illegalità della pena conseguente a dichiarazione di incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio anche in caso di inammissibilità del ricorso, tranne che nel caso di ricorso tardivo; la questione era riferita alla dichiarazione d'incostituzionalità della disciplina sugli stupefacenti ad opera della sentenza n. 32/2014 C.cost.); infine, **una terza categoria di illegalità legata alla successione di leggi più favorevoli**, che si manifesta solo nel caso in cui la modifica migliorativa, “stravolgendo” i parametri di riferimento edittali considerati al momento dell'individualizzazione della misura della pena (e cioè mutandoli in modo decisamente significativo), renda la pena inflitta dissonante rispetto al principio di proporzionalità collegato al disvalore sociale ritenuto dal legislatore attualmente corrispondente ad un determinato reato. **Nel caso sottoposto alle Sezioni unite, tuttavia, la Corte ritiene**

che non si verta in un'ipotesi di pena illegale, che non consegue, si afferma, automaticamente, a qualsiasi modifica *in mitius* della disciplina relativa al trattamento sanzionatorio, ma di una pena che, benché “legale” e rientrante nei parametri normativi tuttora vigenti, è stata irrogata in base a criteri non più corrispondenti al giudizio di disvalore della condotta espresso dal legislatore e, per questo, viola il principio di proporzionalità, alla base di qualsiasi esercizio di potere punitivo attribuito all'autorità giudiziaria. La Corte, peraltro, chiarisce come il giudice di merito, motivando opportunamente ed adeguatamente, potrebbe riconfermare la pena inizialmente inflitta nel caso la ritenesse adeguata al sistema sanzionatorio successivamente introdotto.

3. Il principio di retroattività della legge più favorevole.

Svolte tali considerazioni sul principio di legalità e sulla nozione di illegalità della pena, il massimo collegio di legittimità rileva come il nostro ordinamento preveda uno strumento per regolare il fenomeno della successione di leggi nel tempo, ed è quello previsto dall'art. 2, comma 4, cod. pen., che, seppur di minore efficacia rispetto a quanto avviene nel caso della dichiarazione di incostituzionalità (perché non esperibile nel giudizio di esecuzione), dispone: «Se la legge del tempo in cui fu commesso il reato e le posteriori sono diverse, si applica quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile». Le Sezioni unite distinguono nella disposizione una porzione di principio (l'irretroattività della legge penale sfavorevole) con valore costituzionale non derogabile (art. 25, secondo comma, della Costituzione) da un'altra parte (la retroattività della legge penale più favorevole) che non ha un'analogia copertura costituzionale ben potendo il legislatore (e salvo i casi di leggi eccezionali o temporanee che il quarto comma dell'art. 2 in esame sottrae, per ovvie ragioni, alla disciplina generale) escludere la retroattività della *lex mitior* purché la deroga sia fondata su esigenze meritevoli di tutela che, in un bilanciamento degli interessi in gioco, possano prevalere sull'esigenza della incondizionata retroattività della legge più favorevole. Dunque, il principio di retroattività della legge penale più favorevole è derogabile dal

legislatore per esigenze di bilanciamento con interessi rilevanti e meritevoli di tutela, purchè tale bilanciamento superi il vaglio di ragionevolezza in riferimento al principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost.: la verifica deve avere ad oggetto la giustificazione, in termini di ragionevole bilanciamento con gli altri interessi rilevanti in gioco, della disparità di trattamento tra coloro che hanno commesso il reato prima del mutamento normativo ovvero successivamente. Le Sezioni unite precisano che tali arresti interpretativi, frutto dell'elaborazione della Corte costituzionale ed in particolare della sentenza n. 393 del 2006 C. cost., sono stati tenuti fermi dal giudice delle leggi (cfr. sentenza n. 236/2011) anche successivamente ad un orientamento che sembra più rigido da parte della Corte EDU nell'interpretazione della necessaria retroattività della *lex mitior*, rappresentato dalla sentenza Grande Camera 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

4. I confini del sindacato di legittimità: *lex mitior* relativa al trattamento sanzionatorio e ricorso inammissibile privo di motivi sul punto.

La pronuncia Della Fazio prosegue per passaggi successivi la sua analisi della questione controversa sottoposta esaminando, infine, i poteri di sindacato della Corte di cassazione nel rilevare la sopravvenuta vigenza di una legge più favorevole da applicarsi, per le ragioni generali già premesse, nel caso di inammissibilità del ricorso; non senza prima segnalare che, nell'ipotesi della successione di leggi riferita al comma 5 dell'art. 73 D.P.R. n. 309/1990, della quale si deve occupare, non vi è stata alcuna deroga legislativa al principio di retroattività delle disposizioni *in mitius* sicchè, secondo la Corte, a questo principio va attribuita la massima estensione (si cita, per il fondamento dell'opzione di massima espansione al principio in parola, l'introduzione del comma 3 dell'art. 2 cod. pen., ad opera della legge 24 febbraio 2006, n. 85). Le Sezioni unite non nascondono la complessità del problema dell'inquadramento reciproco delle categorie "inammissibilità – irrevocabilità – giudicato", così giustificando la diversità delle risposte date dalle sezioni semplici, e la difficoltà di individuare una soluzione unica convincente. Il ragionamento parte dall'opzione generale secondo cui in presenza di un ricorso inammissibile non è, di regola, consentito entrare nel merito delle questioni perché sulla

regiudicanda si è formata una preclusione costituita dal giudicato, del quale la sentenza traccia una sintesi del percorso evolutivo dell'interpretazione di tale concetto: da principio intangibile ed assoluto, simbolo dell'affermazione dell'autorità dello Stato, nell'accezione del codice Rocco, il giudicato è divenuto principio finalistico del processo, che assolve ad una funzione pratica di razionalità dell'ordinamento impedendo la pendenza prolungata dei procedimenti, ed assicura l'osservanza del principio costituzionale di ragionevole durata del processo di cui al comma 2 dell'art. 111 Cost.. Non riconosciuto a livello costituzionale, il giudicato ha subito negli anni un processo erosivo del suo carattere di stabilità dovuto alla prevalenza accordata alla tutela dei diritti fondamentali della persona, in particolare con riferimento all'intangibilità del trattamento sanzionatorio: si citano i passaggi giurisprudenziali più significativi nelle sentenze Sez. U. 26 settembre 2001, n. 624/2002, Pisano, Rv. 220443 (che ha esteso la revisione delle sentenze di condanna all'ipotesi di prova già esistente nel processo ma non valutata dal giudice); Sez. I, 1 dicembre 2006, n. 2800/2007, Dorigo, Rv. 235447 (che ha consentito al giudice di legittimità di superare il giudicato quando la Corte EDU abbia accertato violazione delle regole del giusto processo); n. 113 del 2011 C. cost. (che ha consentito la revisione del processo quando si tratti di conformare la sentenza di condanna alle sentenze definitive della Corte EDU); Sez. U. 24 ottobre 2013, n. 18821/2014, Ercolano, Rv. 258649; in tema di pena illegale e vincolo recessivo del giudicato (per incostituzionalità di una norma che abbia comunque contribuito a determinare il trattamento sanzionatorio o per illegalità della pena *ab origine*), le Sezioni unite citano, tra le altre: Sez. I, 24 febbraio 2011, n. 19361/2012, Teteh Assic, Rv. 253338, oltre alle già ricordate Sez. Un. Gatto, Sez. U. Jazouli e Sez. U. Basile. Si segnala, tuttavia, l'esistenza di un limite a tale processo erosivo, costituito dalla sentenza n. 230/2012 C. cost. che ha escluso che il mutamento giurisprudenziale in favore del condannato possa condurre alla rimozione di una precedente sentenza di condanna.

Da tale analisi del percorso interpretativo giurisprudenziale sul giudicato e muovendo dalla considerazione della funzione rieducativa della pena garantita a livello costituzionale, sulla quale si innestano necessariamente il rispetto di

principi di proporzionalità della sanzione (si richiama C. cost. n. 105/2014), anche avuto riguardo a mutamenti legislativi favorevoli all'imputato, **e di individualizzazione** di essa, il cui principale riferimento è inevitabilmente collegato alla gravità del reato desunta anche dai parametri edittali di riferimento, **le Sezioni unite fanno derivare l'esistenza di un obbligo, per il giudice della cognizione, di rimuovere la situazione di violazione di un principio fondamentale dell'ordinamento qual è quello a vedersi punito in virtù della norma più favorevole succedutasi nel tempo.** Posto tale obbligo, **la sentenza ritiene che esso sussista anche per il giudice di legittimità quando il ricorso sia da ritenersi inammissibile e/o quando, per carenze verificatesi nella sua difesa tecnica o personale, esso non presenti alcun motivo riguardante la pena né alcuna critica alla sua determinazione** (nel caso di specie avvenuta ad opera del giudice del rinvio), nonostante significativi mutamenti normativi che, dopo la pronuncia della sentenza impugnata, hanno rimodulato favorevolmente il trattamento sanzionatorio (e la stessa natura della fattispecie del comma 5 dell'art. 73 D.P.R. n. 309/1990, che ha mutato la sua configurazione da circostanza attenuante a reato autonomo). **L'inammissibilità alla quale si fa riferimento in sentenza coinvolge tutte le cause di invalidità dell'impugnazione** (originarie e non, omologate quanto alle conseguenze di impedire l'instaurazione di un valido rapporto processuale ed inibire i poteri officiosi del giudice, secondo l'opzione consolidata della giurisprudenza di legittimità, via via sempre più sedimentatasi: cfr. Sez. Un., 11 novembre 1994, n. 21/1995, Cresci; Sez. Un., 30 giugno 1999, n. 15, Piepoli, Rv. 213981; Sez. Un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, Rv. 217266; Sez. Un., 27 giugno 2001, n. 335421, Cavalera, Rv. 219531/219532; Sez. Un., 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, Rv. 231164; Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, Rv. 260696/260700), **tranne quella del ricorso proposto oltre il termine di previsto per l'impugnazione.** Ed infatti, **da ultimo, anche Sez. Un. 26 febbraio 2015, n. 33040, Jazouli, Rv. 264207, ha ribadito che nel giudizio di cassazione l'illegalità della pena conseguente a dichiarazione di incostituzionalità di norme riguardanti il trattamento sanzionatorio è rilevabile d'ufficio anche in caso di inammissibilità**

del ricorso (coerentemente a quanto affermato già da Sez. U. Bracale, Sez. Un. De Luca e Sez. U. Gatto), **tranne che nel caso di ricorso tardivo** (espressamente sull'esclusione del ricorso intempestivo tra le cause di inammissibilità sulle quali prevale l'estinzione del reato per remissione di querela, si veda anche Sez. U. 26 febbraio 2004, n. 24246, Chiasserini, Rv. 227681). Ciò perché **nell'ipotesi di ricorso tardivamente proposto, si è in presenza di una impugnazione sin dall'origine inidonea a instaurare un valido rapporto processuale, in quanto il decorso del termine derivante dalla mancata proposizione della impugnazione ha già reso irrevocabile la sentenza** (secondo la miglior interpretazione dell'art. 648, comma 2, cod. proc. pen., accolta da ultimo da Sez. U. 26 giugno 2015, n. 47766, Butera e altro), **trasformando il giudicato sostanziale in giudicato formale**, sicché il giudice dell'impugnazione si limita a verificare il decorso del termine e a prenderne atto. Questa speciale causa di inammissibilità è quindi preclusiva di un'eventuale rimodulazione del trattamento sanzionatorio, anche dinanzi alla declaratoria di incostituzionalità della pena. A maggior ragione **tale causa di inammissibilità è l'unica utile ad impedire l'applicabilità in sede di legittimità della legge più favorevole sopravvenuta, ai sensi del comma 4 dell'art. 2 cod. pen., secondo quanto desumibile dalla sentenza Della Fazia, unitamente a quella, espressamente citata, della totale mancanza dell'impugnazione** (ma le due categorie, quella dell'omessa impugnazione e quella dell'impugnazione fuori termine, si fondono l'una nell'altra, non potendo immaginarsi, se non paradossalmente, un'omissione di impugnazione *sine die* quanto al termine per definirla, che, pertanto, non può che essere quello in cui scadono i termini per l'impugnazione tempestiva). **In tal senso deve leggersi l'affermazione contenuta in motivazione della sentenza in commento**, con cui si sostiene che *“l'art. 2 richiede esclusivamente – per la sua applicazione – che la sentenza impugnata non sia divenuta irrevocabile e dunque (salvo il caso di omessa impugnazione) che non sia stata pronunciata la sentenza che dichiara inammissibile o rigetta il ricorso. Solo con questa decisione la sentenza impugnata diviene irrevocabile per l'inequivoco disposto contenuto nel secondo periodo del comma 2 dell'art. 648 cod. proc. pen.”* **Allo stesso modo, anche il principio di diritto enunciato in sentenza non può che**

leggersi, coerentemente con tale ricostruzione, nel senso della rilevanza d'ufficio dell'applicabilità della disciplina sopravvenuta più favorevole in caso di ricorso inammissibile *“per qualunque ragione”*, fatta salva l'ipotesi di ricorso intempestivo o di omessa impugnazione (nel senso reciprocamente definitorio già chiarito) che di per sé danno luogo al fenomeno dell'irrevocabilità della sentenza e della formazione del giudicato formale, a partire dal decorso del termine per impugnare ed a prescindere da qualsiasi incidenza di eventuali successive pronunce di inammissibilità. **Del resto, le Sezioni unite, nell'udienza del 26 giugno 2015 hanno avuto modo di affrontare in modo unitario le questioni, tra loro necessariamente collegate**, della rilevanza d'ufficio in caso di ricorso inammissibile della pena illegale *ab origine*, perché contraria all'assetto normativo vigente al momento di consumazione del reato **(nella sentenza Butera)**, e della rilevanza d'ufficio in caso di ricorso inammissibile dell'applicabilità della norma sopravvenuta più favorevole ai sensi dell'art. 2, comma 4, cod. pen. **(nella sentenza Della Fazia)**. **Le due pronunce, insistono sullo stesso tema dei limiti al sindacato della Corte di legittimità nel caso di ricorso inammissibile e devono, pertanto, leggersi in una sola ottica interpretativa che si integra reciprocamente, disegnando un'unica disciplina dei confini oltre i quali, pur in presenza di diritti meritevoli di tutela da parte dell'imputato, tuttavia la preclusione del giudicato formale ne impedisce in modo insuperabile l'effettivo esplicarsi: tali confini coincidono, come detto, con il decorso dei termini per l'impugnazione, incorrendosi altrimenti nel paradosso, richiamato dalla sentenza Butera, secondo cui la presentazione di un atto di impugnazione fuori termine sarebbe sempre sufficiente ad impedire la formazione del giudicato formale.** In argomento, la sentenza Butera considera che l'interpretazione contraria a quella cui si aderisce in motivazione – secondo cui l'art. 648, comma 2, cod. proc. pen. Dovrebbe leggersi nel senso che, nel caso sia stata proposta impugnazione tardiva, la irrevocabilità della sentenza interviene solo con l'inutile decorso del termine per proporre impugnazione avverso la pronuncia che dichiara la inammissibilità – oltre a difettare di base testuale, mostra tutti i suoi limiti là dove si consideri l'ipotesi di una impugnazione

largamente tardiva, che comporterebbe, accettando la tesi difensiva, il venir meno dell'irrevocabilità della sentenza e l'obbligo di sospensione dell'esecuzione di una sentenza da tempo ormai definitiva.

5. La soluzione adottata dalle Sezioni unite.

Alla luce di tali molteplici considerazioni, deve affermarsi che le Sezioni unite, nella pronuncia Della Fazia, ritengono, **nell'ipotesi di successione di leggi nel tempo, che l'applicabilità del nuovo trattamento sanzionatorio più favorevole è rilevabile d'ufficio in sede di legittimità anche in caso di ricorso inammissibile e con cui non vengano proposti motivi riguardanti il trattamento sanzionatorio**, poiché la finalità rieducativa della pena ed il rispetto dei principi di uguaglianza e proporzionalità impongono di rivalutare la misura della sanzione precedentemente individuata sulla base di parametri edittali modificati in termini di minor gravità dal legislatore. Un'ultima affermazione, necessaria per risolvere il caso di specie, è svolta dal supremo collegio quanto alla rilevanza dell'estinzione dei reati per prescrizione in caso di giudizio di rinvio, sancendosi che, **nel giudizio di rinvio conseguente ad annullamento parziale della sentenza per la sola determinazione del trattamento sanzionatorio non è consentito dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione, essendosi ormai formato il giudicato sulla affermazione di responsabilità** (si citano, richiamando la giurisprudenza conforme sul principio della preclusione derivante dall'annullamento con rinvio, Sez. II, 17 ottobre 2013, n. 44949, Abenavoli, Rv. 257314; Sez. VI, 6 ottobre 2013, n. 45900, Di Bella, Rv. 257464; Sez. VI, 8 marzo 2013, n. 28412, Nogherotto, Rv. 255608; Sez. II, 3 aprile 2013, n.19690, Del Bergiolo, Rv. 256377; Sez. II, 9 febbraio 2010, n. 8039, Guerriero, Rv. 246806; Sez. IV, 27 gennaio 2010, n. 24732, La Serra, Rv. 248117. Si vedano, altresì, Sez. U. 19 gennaio 1994, n. 4460, Cellerini, Rv. 196886 e Sez. U. 26 marzo 1997, n. 4904, Attinà, Rv. 207640).

I principi di diritto enucleati nella sintesi proposta dalla massimazione ufficiale meritano di essere richiamati a conclusione dell'analisi condotta sin qui, per chiarezza espositiva e una migliore lettura di una sentenza sicuramente complessa, in virtù

dell'innestarsi reciproco e continuo, nel ragionamento motivazionale, di temi sostanziali e processuali, coinvolgendo inscindibilmente, da un lato, alcuni principi fondamentali del nostro sistema penale, dall'altro la struttura consolidata del giudizio di legittimità.

Si sono così delineate le seguenti affermazioni:

- Il diritto dell'imputato, desumibile dall'art. 2, comma 4, cod. pen., di essere giudicato in base al trattamento più favorevole tra quelli succedutisi nel tempo, comporta per il giudice della cognizione l'obbligo di rimuovere le situazioni in cui tale principio fondamentale dell'ordinamento risulti violato, applicando la lex mitior anche nel caso in cui la pena inflitta con la legge previgente rientri nella cornice edittale sopravvenuta, in quanto la finalità rieducativa della pena ed il rispetto dei principi di uguaglianza e di proporzionalità impongono di rivalutare la misura della sanzione, precedentemente individuata, sulla base dei parametri edittali modificati dal legislatore in termini di minore gravità.

- In tema di successione di leggi nel tempo, il principio di retroattività delle legge penale più favorevole, sancito dall'art. 2, comma 4, cod. pen., non avendo rilevanza costituzionale, è derogabile dal legislatore per esigenze di bilanciamento con interessi rilevanti e meritevoli di tutela, purchè tale bilanciamento superi il vaglio di ragionevolezza in riferimento al principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost. (In motivazione, la Corte ha chiarito che la verifica, in termini di ragionevolezza, deve avere ad oggetto la giustificazione della disparità di trattamento tra coloro che hanno commesso il reato prima del mutamento normativo ovvero lo hanno commesso successivamente).

- In tema di successione di leggi nel tempo, la Corte di cassazione può, anche d'ufficio, ritenere applicabile il nuovo e più favorevole trattamento sanzionatorio per l'imputato, anche in presenza di un ricorso inammissibile, con il quale non siano stati proposti motivi riguardanti tale trattamento, disponendo, ai sensi dell'art. 609 cod. proc. pen., l'annullamento sul punto della sentenza impugnata pronunciata prima delle modifiche normative "in melius".

6. Conclusioni.

All'esito dell'analisi sin qui svolta, devono trarsi alcune considerazioni conclusive.

Può così affermarsi che le pronunce Butera e Della Fazia, risolvendo questioni tra loro connesse, mostrano un nucleo centrale comune, costituito dalla unitaria ricostruzione del tema dell'inammissibilità nel giudizio di cassazione, dalle preclusioni

alle quali dà luogo e dalle ipotesi di cedevolezza dell'opzione sostanzialistica adottata da tempo dalla giurisprudenza di legittimità – che vuole il ricorso per cassazione *ab origine* affetto da inammissibilità inidoneo ad instaurare un rapporto di impugnazione sicchè, di conseguenza, risultano inibiti i poteri officiosi del giudice – in caso di accertamento dell'*abolitio criminis* o per la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice formante oggetto dell'imputazione (deroghe che vengono giustificate dall'eccezionale possibilità di incidere *in executivis* sul provvedimento in relazione al quale si è formato il giudicato formale, così come previsto dall'art. 673 cod. proc. pen.); ovvero ancora per l'incostituzionalità della norma diversa da quella incriminatrice, incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio. A tali ipotesi deve ora essere aggiunta quella di applicabilità del trattamento sanzionatorio più favorevole conseguente ad un fenomeno di successione di leggi nel tempo, possibile in casi di ricorso inammissibile per qualunque motivo, tranne quello del ricorso intempestivo, perché proposto oltre il termine previsto per l'impugnazione. In tale evenienza, concordemente, le Sezioni unite Butera e Della Fazia, nella lettura combinata che si è offerta, in particolare nel commento della seconda delle due pronunce, disegnano, in una sola ottica interpretativa che si integra reciprocamente, un'unica disciplina dei confini oltre i quali, pur in presenza di diritti meritevoli di tutela da parte dell'imputato, tuttavia la preclusione del giudicato formale ne impedisce in modo insuperabile l'effettivo esplicarsi: tali confini coincidono con il decorso dei termini per l'impugnazione, incorrendosi altrimenti nel paradosso, richiamato dalla sentenza Butera, secondo cui la presentazione di un atto di impugnazione fuori termine sarebbe sempre sufficiente ad impedire la formazione del giudicato formale.



TERZA PARTE

QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE



SEZIONE I

DIRITTO DI DIFESA E INVALIDITA' PROCESSUALI

CAPITOLO I

IL DIRITTO DI FARSI ASSISTERE DA DIFENSORE DI FIDUCIA IN OCCASIONE DELL'ESAME ALCOOLIMETRICO

(MATILDE BRANCACCIO)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa alle Sezioni unite: le conseguenze della violazione dell'obbligo di dare avviso ai sensi dell'art. 114 disp. att. cod. proc. pen. da parte della polizia giudiziaria. - 2. La soluzione adottata. - 2.1. Le motivazioni della sentenza delle Sezioni unite. - 3. Una nuova e collegata questione rimessa alle Sezioni unite: il sequestro preventivo d'urgenza d'iniziativa della polizia giudiziaria e l'obbligo previsto dall'art. 114 disp. att. cod. proc. pen.

1. La questione rimessa alle Sezioni unite: le conseguenze della violazione dell'obbligo di dare avviso ai sensi dell'art. 114 disp. att. cod. proc. pen. da parte della polizia giudiziaria.

All'inizio del 2015 le Sezioni unite sono state chiamate a sciogliere un nodo interpretativo da tempo presente nella giurisprudenza di legittimità, e che molta eco aveva avuto anche in dottrina, in tema di deducibilità della nullità conseguente al mancato avviso all'indagato-conducente di un autoveicolo della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia al momento dell'esame alcool/metrico. Prendendo spunto dal quesito proposto al supremo collegio della Corte di cassazione, il contrasto di orientamenti rilevato aveva ad oggetto la questione del *"se la nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all'esame alcool/metrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., possa ritenersi non più deducibile, a norma dell'art. 182, comma 2, cod. proc. pen., se non eccepita dal diretto interessato prima del compimento dell'atto; ovvero, se di tale eccezione debba considerarsi onerato il solo difensore, quale sia in tale ipotesi il momento oltre il quale si verifica la conseguenza della non deducibilità della nullità"*. L'ordinanza di rimessione della IV sezione penale, del 26 settembre 2014, aveva indicato il cd. *alcoholtest* come la prova "regina" a fondamento della

responsabilità del conducente di veicoli che presenti un livello alcolico superiore alle soglie considerate dal comma 2 dell'art. 186 cod. strada - la prima delle quali, di cui alla lett. *a*), costituente illecito amministrativo e le altre due, di cui alle lettere *b*) e *c*), costituenti una contravvenzione penale; nell'ordinanza si era osservato, altresì, che l'avvertimento della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, da dare all'interessato nel caso in cui si intenda procedere a un simile *test*, si ricava dall'art. 114 disp. att. cod. proc. pen. (rubricato appunto "Avvertimento del diritto all'assistenza del difensore"), dato che l'esame in questione rientra nella previsione dell'art. 354 cod. proc. pen. ("Accertamenti urgenti sui luoghi, sulle cose e sulle persone") e che ad esso il difensore dell'indagato ha facoltà di assistere, a norma dell'art. 356 dello stesso codice ("Assistenza del difensore"), cui si riferisce, appunto, il citato art. 114. Le Sezioni unite, ricostruendo la questione secondo le indicazioni proprio dell'ordinanza di rimessione, rilevano che, in base all'orientamento giurisprudenziale consolidato, il mancato avvertimento di cui all'art. 114 disp. att. cod. proc. pen. dà luogo a una nullità a regime intermedio, che, ai sensi dell'art. 182, comma 2, cod. proc. pen., deve essere eccepita dalla parte, a pena di decadenza, prima del compimento dell'atto oppure, se ciò non è possibile, immediatamente dopo. E' in ordine alla esatta individuazione del limite temporale entro il quale è proponibile l'eccezione che, invece, si è registrata una diversità di orientamenti. Deve sottolinearsi come emerge dall'analisi della sentenza e dei termini del contrasto che le pronunce alle quali riferirlo siano state emesse non soltanto in relazione al tema specifico dell'alcoltest, ma anche in riferimento all'analogo problema che si pone nell'ambito della perquisizione o del sequestro. D'altro canto, anche la qualificazione della nullità in parola come rientrante nel *genus* di quelle a regime intermedio, è stata confermata in una variegata casistica afferente molteplici fattispecie e spiegata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione con riferimento alla disciplina prevista per i cd. "atti a sorpresa" (come perquisizione e sequestro) ovvero "accertamenti urgenti" (come l'alcoltest) proprio ponendo l'accento sulla circostanza che, per la legittimità di essi, non è previsto che il difensore abbia diritto al preavviso, ma solo che vi sia avviso, formulato alla persona sottoposta ad indagini, della facoltà di farsi assistere

da un difensore di fiducia, che ha diritto, quindi di assistere al compimento dell'atto, senza però che questo debba essere sospeso o rinviato per consentire al difensore stesso di assistervi (così espressamente in motivazione Sez. III, 11 ottobre 2006, n. 41625, Moldoveanu e altro, Rv. 235545).² Successivamente, la giurisprudenza di legittimità ha affermato in modo costante la qualificazione della nullità derivante dal mancato avviso ex art. 114 disp. att. cod. proc. pen. come a regime intermedio, sebbene, come detto, con orientamenti differenti, riscontrabili per gruppi di pronunce tra quelle di seguito indicate, in relazione al momento della rilevabilità ed alle relative forme processuali, orientamenti oggetto del contrasto rimesso alle Sezioni unite.³ Il massimo collegio di legittimità individua le **differenti linee interpretative sul tema:**

-secondo una prima linea interpretativa individuata dalla pronuncia, posto che l'eccezione deve essere sollevata, a pena di decadenza, prima del compimento dell'atto ovvero immediatamente dopo, essa può e deve essere formalizzata dallo stesso interessato (sottoposto ad *alcoholtest*), non essendovi ragione per subordinare l'eccezione all'intervento del difensore, dato che essa non implica particolari cognizioni di ordine tecnico rientranti nelle specifiche competenze professionali del difensore.

-altro orientamento sul tema affida, invece, la proponibilità dell'eccezione esclusivamente al difensore, considerando che il sottoposto all'esame alcoolimetrico, proprio perché non a conoscenza di tale garanzia di assistenza, non potrebbe sollevare l'eccezione né prima del compimento dell'atto né immediatamente dopo. Il difensore,

² In tal senso, tra le prime pronunce, Sez. V, 7 luglio 1999, n. 10478, Dolce e altri, Rv. 214466 e, prima ancora, Sez. I, 6 giugno 1997, n. 4017, Pata, Rv. 207858; Sez. VI, 9 dicembre 1993, n. 2705 del 1994, Severini, Rv. 198240[28]; Sez. VI, 10 novembre 1992, n. 3971 del 1993, Godina, Rv. 193451; Sez. VI, 23 ottobre 1992, n. 11908, Torcaso, Rv. 192917; Sez. I, 30 giugno 1992, n. 3124, Ritrecina, Rv. 191920.

³ Le sentenze sono davvero numerosissime, tutte qualificano come a regime intermedio la nullità in commento: Sez. IV, 2 giugno 2000, n. 8052, Griggio e altro, Rv. 216866; Sez. IV, 26 luglio 2002, n. 32192, Mascalonzi, Rv. 222195; Sez. III, 7 novembre 2002, n. 8112 del 2003, Agliolo, Rv. 223777; Sez. V, 2 aprile 2003, n. 20271, Annibaldi, Rv. 224775; Sez. IV, 25 settembre 2003, n. 42715, Giannandrea, Rv. 227303; Sez. I, 21 maggio 2004, n. 24733, Defina, Rv. 228509; Sez. III, 28 settembre 2004, n. 42896, Pellizzer, Rv. 229894; Sez. III, 12 luglio 2005, n. 33517, Rubino, Rv. 233164; Sez. III, 25 ottobre 2005, n. 9630 del 2006, Arcidiaco, Rv. 234041; Sez. IV, 18 settembre 2006, n. 2584, Bradaschia, Rv. 236007; Sez. IV, 8 maggio 2007, n. 27736, Nania, Rv. 236934; Sez. IV, 14 marzo 2008, n. 15739, Alberti, Rv. 239737; Sez. V, 9 ottobre 2008, n. 44538, Elefante, Rv. 241904; Sez. III, 14 maggio 2009, n. 26588, Di Sturco, Rv. 244370; Sez. IV, 4 novembre 2009, n. 45622, Maci, Rv. 245797; Sez. IV, 4 novembre 2009, n. 45621, Moretti, Rv. 245462; Sez. I, 4 febbraio 2010, n. 8107, Gravagna, Rv. 246382; Sez. II, 23 marzo 2011, n. 13392, Mbaye, Rv. 250046; Sez. II, 12 aprile 2011, n. 19100, Syll Mouhamadou, Rv. 250191; Sez. III, 13 aprile 2011, n. 18068, Gulino, Rv. 250382; Sez. V, 9 febbraio 2012, n. 7654, Masella, Rv. 252171; Sez. III, 28 marzo 2012, n. 14873, Rispo, Rv. 252397; Sez. IV, 19 settembre 2012, n. 38003, Avventuroso, Rv. 254374; Sez. IV, 11 ottobre 2012, n. 44840, Tedeschi, Rv. 254959; Sez. IV, 4 giugno 2013, n. 36009, Pg ed altro, Rv. 255989; Sez. IV, 4 luglio 2013, n. 31358, Rrotani, Rv. 256213; Sez. IV, 9 luglio 2013, n. 42667, Belloni, Rv. 257191; Sez. IV, 11 marzo 2014, n. 13999, Pittiani, Rv. 259693.

tuttavia, avrebbe l'onere di proporla subito dopo la sua nomina, ovvero entro il termine di cinque giorni che l'art. 366 cod. proc. pen. concede al difensore per l'esame degli atti, senza che gli sia consentito attendere il primo successivo atto del procedimento;

-infine in base ad **altra esegesi**, che pure parte dalla non esigibilità della proponibilità dell'eccezione da parte del diretto interessato all'accertamento urgente, deve invece considerarsi tempestiva l'eccezione di nullità sollevata con il primo atto successivo del procedimento, ad esempio in sede di richiesta di riesame o, come nell'ipotesi sottoposta al giudizio della Corte, con l'atto di opposizione a decreto penale di condanna.

Le Sezioni unite rilevano come la Quarta Sezione mostri di preferire un'opzione che parta dal presupposto che solo il difensore possa proporre l'eccezione di mancato avviso, ma che tuttavia ella abbia inteso investire le Sezioni unite rilevando orientamenti differenti e contrastanti in sede di legittimità.

2. La soluzione adottata.

Le Sezioni unite, con la decisione 29 gennaio 2015, n. 5396, Bianchi, Rv. da 263023-263026, hanno risolto il contrasto sullo specifico punto affermando che:

La nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all'esame alcoolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto degli artt. 180 e 182, comma secondo, secondo periodo, cod. proc. pen., fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado. (Rv. 263023)

Seguendo il percorso delineato dalle massime ricavate dalla sentenza Bianchi, tale principio è stato affermato poiché:

Nel caso in cui la nullità dell'atto derivi da un mancato avviso di una garanzia difensiva, alla cui conoscenza l'avviso stesso è preordinato, la sua deducibilità, da parte dell'indagato o dell'imputato che vi abbia assistito, non è soggetta ai limiti previsti dall'art. 182 comma secondo, cod. proc. pen. (Rv. 263026).

Ed inoltre, in termini generali, considerato che:

La parte su cui grava l'onere di eccepire, ex art. 182 comma secondo cod. proc. pen., la nullità di un atto al quale assiste è solo il difensore - ovvero il pubblico ministero -, in nessun caso l'indagato o l'imputato né altra parte privata, in quanto l'ordinamento processuale privilegia la difesa tecnica rispetto all'autodifesa, che non è mai consentita in via esclusiva, ma solo in forme che si affiancano all'imprescindibile apporto di un esperto di diritto abilitato alla professione legale. (Rv. 260324)

Nel ritenere tali principi in tema di deducibilità della nullità a regime intermedio in parola, il supremo collegio ha, altresì, chiarito che l'obbligo ex art. 114 disp. att. cod. proc. pen. non sussiste per gli accertamenti cd. preliminari della polizia giudiziaria:

La polizia giudiziaria non ha l'obbligo di dare avviso della facoltà di nominare un difensore di fiducia alla persona sottoposta agli accertamenti qualitativi non invasivi e alle prove previsti dall'art. 186, comma terzo, cod. strada, in quanto gli stessi hanno funzione meramente preliminare rispetto a quelli eseguiti mediante etilometro e, come tali, restano estranei alla categoria degli accertamenti di cui all'art. 354 cod. proc. pen. (Rv. 263025).

2.1. Le motivazioni della sentenza delle Sezioni unite.

Le Sezioni unite si determinano nell'affermare i principi richiamati nel paragrafo precedente sulla base di una precisa motivazione che parte anzitutto dalla dichiarata riferibilità dell'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., mediante i richiami degli artt. 356 e 354 cod. proc. pen., agli accertamenti sul tasso alcolemico (si cita per la ricostruzione della sequenza normativa la sentenza Sez. un., 27 settembre 1995, n. 1299, in motivazione).

Quindi, si sofferma ad individuare tali accertamenti come quelli che sono effettuati dagli organi della polizia stradale (individuati dall'art. 12, commi 1 e 2, del medesimo codice) sull'analisi dell'aria espirata con l'impiego di un apposito apparecchio (etilometro) secondo le metodologie previste dall'art. 379 del Regolamento di esecuzione e di attuazione del codice della strada (d.P.R. 16 dicembre 1992, n. 495), preoccupandosi di escludere espressamente dal loro novero i cd. accertamenti preliminari pure consenti alla polizia giudiziaria nei confronti del conducente; questi ultimi, non invasivi ed effettuati anche attraverso apparecchi portatili, hanno natura discrezionale e preliminare

all'acquisizione di elementi indiziari riferibili alle fattispecie di guida in stato di ebbrezza contemplate dall'art. 186, comma 2, cod. strada, sicchè, per tale loro natura, non rientrano in quelli presi in considerazione dall'art. 354 cod. proc. pen. e per i quali è dovuto l'avvertimento *ex art. 114 cit.* In proposito, si fa notare come la giurisprudenza di legittimità (Sez. IV, 12 febbraio 2008, n. 10850, Rizzi, Rv. 239404; nella stessa linea, Sez. IV, 26 gennaio 2011, n. 16553, Pasolini, Rv. 250310) abbia definito già per il passato tali accertamenti come aventi carattere meramente “esplorativo” e, pertanto, non sottoposti all'obbligo di avviso *ex art. 114 disp. att. cod. proc. pen.*, dovuto solo nel caso in cui sia già desumibile dalle circostanze del fatto un possibile stato di ebbrezza del conducente del veicolo.

Viene poi trattata la questione specifica della deducibilità della nullità per mancato avviso *ex art. 114 disp. att. cod. proc. pen.*, essendo pacifico che, nel caso sottoposto al giudizio delle Sezioni unite, tale obbligo di avviso fosse sussistente, essendo emersi indizi dello stato di ebbrezza a carico del conducente da sottoporre ad alcoltest.

Si conferma, così, la natura di nullità a regime intermedio di quella conseguente all'omesso avviso *ex art. 114 cit.* e la sua deducibilità, ai sensi dell'art. 180 cod. proc. pen. (richiamato dal secondo periodo dell'art. 182, comma 2, cod. proc. pen.) entro il termine della deliberazione della sentenza di primo grado se verificatesi prima del giudizio come nel caso di specie. Si esclude, di contro, la possibilità di applicare il diverso regime di deducibilità di cui all'art. 182, comma 2, primo periodo, cod. proc. pen., in quanto la norma si riferisce alle ipotesi in cui la parte assiste all'atto nullo e le Sezioni unite ritengono che tale riferimento alla “parte” non possa mai riguardare l'indagato, destinatario della garanzia di essere messo a conoscenza di facoltà difensive che si presume egli possa non avere, bensì riguardi solo il difensore o il pubblico ministero. In altre parole, l'indagato, secondo la Corte, non potrebbe mai ritenersi che assista all'atto nullo perché, secondo una valutazione legale, egli non era a conoscenza della facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia, essendo irrilevanti conoscenze accidentali di ciò che la legge consentiva (si cita, conforme sul punto, tra le altre, Sez. III, 12 luglio 2005, n. 33517, Rubino, in motivazione). Egli, quindi, non poteva eccepire la nullità *ex art. 114*

disp. att. cod. proc. pen. né prima del compimento delle operazioni di *alcoholtest* né, per le stesse ragioni, immediatamente dopo, sicchè il termine di deducibilità non può che essere quello ultimo per la fase del giudizio di primo grado previsto nella pronuncia della sentenza. Quanto al concetto di “parte” su cui grava l’onere di eccepire una qualsiasi nullità, le Sezioni unite collegano tale riferimento, come detto, unicamente alle parti in senso tecnico – difensore o pubblico ministero – e giammai all’indagato di persona nè ad altra parte privata, in quanto soggetti che non hanno, o potrebbero solo accidentalmente avere, conoscenze tecnico-processuali idonee ad apprezzare una violazione della legge processuale: in tal senso, peraltro, si richiama la giurisprudenza costituzionale, in particolare le sentenze nn. 120 del 2002 e 162 del 1975, relative proprio a censurati casi di non deducibilità di nullità conseguente alla mancata attivazione dell'imputato di persona. Nella stessa linea viene collocata anche la sentenza Sez. un., 16 luglio 2009, n. 39060, Aprea. Si richiama, altresì, il principio espresso in termini generali in differente ambito da Sez. VI, 13 dicembre 2001, n. 392, Eddif, Rv. 220996, secondo cui l'ordinamento processuale si fonda sulla necessaria assistenza di un difensore nel corso del procedimento, e privilegia la difesa tecnica rispetto all'autodifesa, la quale non è mai consentita in via esclusiva, ma solo in forme che si affiancano all'imprescindibile apporto di un esperto di diritto abilitato alla professione legale.

Tanto affermato, le Sezioni unite ritengono espressamente non condivisibili le affermazioni giurisprudenziali secondo cui la nullità conseguente all'omesso avviso *ex art.* 114 disp. att. cod. proc. pen. sarebbe “sanata” (*rectius*, non più deducibile) se non dedotta dall'interessato all'accertamento prima ovvero immediatamente dopo il compimento dell'atto «*non ricorrendo facoltà processuali comportanti cognizioni tecniche professionali proprie del difensore*» (cfr. Sez. IV, 4 giugno 2013, n. 36009, Martelli, Rv. 255989; e nello stesso senso, Sez. IV, 11 marzo 2014, n. 1399, Pittiani, in motivazione), le quali, da un lato, fanno dipendere la esigibilità dell'assolvimento di un onere dell'indagato di sollevare di persona eccezioni di natura processuale da quello che la Suprema Corte definisce “*un impalpabile criterio discretivo circa la complessità-semplività delle cognizioni tecniche implicate*”, e, dall'altro, non danno alcuna contezza di come una tale deduzione potrebbe essere mai esercitata da un

soggetto che non abbia "assistito" all'atto nullo, proprio in ragione di un mancato avviso che la legge impone che al medesimo sia dato sul presupposto che l'interessato può ignorare la facoltà implicata.

Sulla base di tutte le considerazioni sopradette, pertanto, le Sezioni unite escludono che una qualsiasi nullità debba essere personalmente eccepita, a pena di decadenza, dal soggetto indagato o imputato, non solo nell'immediatezza dell'atto nullo ma anche successivamente, poiché tale soggetto non ha, o si presume per postulato legale che non abbia, le conoscenze tecniche indispensabili per apprezzare che l'atto o il mancato atto sia non rispettoso delle regole processuali, e per di più che egli debba attivarsi per eccepire ciò, entro certi termini, a pena di decadenza. Inoltre, si esclude che possa valere un termine di deducibilità della nullità in commento ancorato al momento immediatamente successivo alla nomina del difensore, come facevano alcune pronunce prese in esame⁴, ovvero alla scadenza del termine di cinque giorni dal deposito dell'atto di indagine ex art. 366 cod. proc. pen. (come pretendevano altre sentenze⁵) ovvero ancora a quello del compimento del primo atto successivo del procedimento (in tale ultimo senso si esprimevano Sez. IV, 4 novembre 2009, n.45622, Maci, Rv. 245797; Sez. IV, 4 novembre 2009, n. 45621, Moretti, Rv. 245462). Il termine di deducibilità, come già rilevato, è individuato, pertanto, in quello della deliberazione della sentenza di primo grado, ai sensi del combinato disposto degli artt. 180 e 182, comma 2, secondo periodo cod. proc. pen.

Nel caso sottoposto alle Sezioni unite, si ritiene che l'eccezione di nullità per mancanza dell'avviso ex art. 114 disp. att. cod. proc. pen. sia stata tempestivamente dedotta poichè il difensore, che non ha ricevuto alcun avviso di deposito dell'atto con il quale erano state seguite le operazioni di *alcoholtest*, l'ha eccepita già con la memoria depositata poco dopo la nomina e con altra successiva, e comunque con l'atto di opposizione al decreto penale, atto che equivale alla sentenza di primo grado, cui si

⁴ Sez. IV, 04 luglio 2013, n. 31358, Rrotani, Rv. 256213; Sez. IV, 11 ottobre 2012, n. 44840, Tedeschi, Rv. 254959; oltre alle già citate Sez. IV n. 36009, Martelli, e n. 13999, Pittiani.

⁵Sez. III, 28 marzo 2012, n. 14873, Rispo, Rv. 252397; Sez. II, 12 aprile 2011, n. 191001, Syll, Rv. 250191; Sez. II, 23 marzo 2011, n. 13392, Mbaye, Rv. 250046

riferisce come termine ultimo l'art. 180 cod. proc. pen., richiamato, come detto, dall'art. 182, comma 2, secondo periodo, cod. proc. pen.

3. Una nuova e collegata questione rimessa alle Sezioni unite: il sequestro preventivo d'urgenza d'iniziativa della polizia giudiziaria e l'obbligo previsto dall'art. 114 disp. att. cod. proc. pen.

Deve segnalarsi in questa sede come sia attualmente rimessa alle sezioni unite una nuova, ulteriore e collegata questione rispetto a quella già decisa da Sez. un. Bianchi: con ordinanza del 7 luglio 2015, depositata il 28 settembre 2015, infatti, la Terza sezione della Corte di cassazione ha ritenuto sussistente un contrasto giurisprudenziale anche con riferimento all'operatività dell'obbligo di avviso ex art. 114 disp. att. cod. proc. pen. in relazione al sequestro preventivo disposto d'urgenza dalla polizia giudiziaria.

La questione è stata rimessa all'udienza del 28 gennaio 2016 delle Sezioni Unite con il seguente quesito formulato dall'Ufficio del Massimario, Servizio penale:

“Se, in caso di sequestro preventivo disposto di iniziativa dalla polizia giudiziaria, questa abbia l'obbligo, a pena di nullità, di dare avviso all'indagato presente al compimento dell'atto della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, nonché, in caso affermativo, se tale nullità determini anche l'invalidità del decreto di sequestro preventivo emesso dal g.i.p. dopo la convalida del provvedimento di urgenza.”

Deve segnalarsi in proposito che effettivamente si fronteggiano sul tema due diverse opzioni interpretative, tanto che si può rappresentare l'esistenza di un vero e proprio contrasto in merito, segnalato in numerose relazioni dall'ufficio del Massimario penale presso la Corte di cassazione.

Secondo un primo orientamento l'obbligo di avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia non opera con riferimento al sequestro preventivo disposto d'iniziativa dalla polizia giudiziaria. In tal senso **Sez. III, 19 febbraio 2015, n. 13605, Cavallaro, Rv. 262862**; Sez. III, 17 ottobre 2013, n. [45321](#), Messina, Rv. 257421; Sez. III, 23 ottobre 2012, n. [45850](#), Abrogato, Rv. 253854; Sez. I, 4 maggio 2012, n. [25849](#), Bellinvia, Rv. 253082; Sez. IV, 7 luglio 2010, n. [37937](#), Marchi, Rv. 248443; Sez.

IV, 16 luglio 2009, n. [42512](#), Olivieri, Rv. 245778; Sez. III, 4 ottobre 2002, n. [40970](#), Calcagni, Rv. 222789; Sez. III, 7 aprile 1999, n. [1266](#), Carletti L., Rv. 213751. In particolare, la pronuncia n. [45850](#) del 2012, Abrogato, ha sostenuto, tra l'altro, in motivazione che l'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., riguardante l'avvertimento del diritto all'assistenza del difensore, non è stato modificato dal legislatore al momento dell'introduzione dell'art. 321, comma 3 *bis*, cod. proc. pen., dimostrando di riconoscere diversa natura tra gli atti di cui all'art. 356 cod. proc. pen., richiamati dalla disposizione di attuazione, e i sequestri previsti dall'art. 321 cod. proc. pen., stante il ruolo di garanzia svolto dal giudice in relazione a questi ultimi, che attua un immediato e automatico controllo sull'operato dei verbalizzanti e sul mantenimento del vincolo. La citata decisione [Olivieri](#) del 2009, inoltre, ha messo in risalto l'assenza di qualsiasi disposizione normativa che preveda, o dalla quale possa ricavarsi, l'obbligo del previo avviso al difensore di fiducia dell'indagato dell'esecuzione del sequestro disposto dal giudice, nonché l'insussistenza dell'obbligo per la polizia giudiziaria di avvisare l'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia per l'inapplicabilità al sequestro preventivo delle norme di cui agli artt. 356, 364 cod. proc. pen. e 114 disp. att. cod. proc. pen. in tema di sequestro probatorio, anche in ragione delle differenti esigenze cautelari riconnesse all'ipotesi del sequestro preventivo rispetto alla finalità di assicurare le fonti di prova alla base del sequestro probatorio. Solo per questa ultima tipologia di sequestri, pertanto, vi sarebbe necessità di disporre un presidio di garanzia quale è l'avviso ex art. 114 disp. att. cod. proc. pen. Tuttavia, proprio tale ultima pronuncia non è correttamente citata dai richiami tradizionali come espressiva dell'orientamento che nega la riferibilità della disposizione di cui all'art. 114 cit. anche al sequestro preventivo d'urgenza disposto d'iniziativa dalla polizia giudiziaria, poiché in motivazione è espressamente indicata tale ipotesi tra quelle, invece, alle quali detto presidio di garanzia va esteso. Deve, inoltre, rammentarsi come non tutte le pronunce elencate nel novero delle adesioni alla tesi in esame abbiano pronunciato il principio di diritto per fattispecie di sequestro urgente d'iniziativa, bensì in tema di sequestro preventivo adottato direttamente dal g.i.p. (così la sentenza Bellinvia e quella Calcagni).

Opposto orientamento, che pure si registra nella giurisprudenza della Suprema Corte, invece ritiene necessario l'avviso anche per il sequestro preventivo che in situazioni d'urgenza venga disposto d'iniziativa dalla polizia giudiziaria. In questo senso, tra le molte, Sez. III, 11 marzo 2014, n. 40361, Montagno Bozzone, Rv. 261358; Sez. III, 4 aprile 2012, n. [36597](#), Giarletta, Rv. 253569; Sez. III, 27 aprile 2005, n. [20168](#), Fazzio, Rv. 232244. In tali ipotesi, disciplinate in via eccezionale dall'art. 321, comma 3 *bis*, cod. proc. pen., si afferma verificarsi, in sostanza, la medesima situazione prevista per il sequestro probatorio, con conseguente incongruenza della soluzione che esclude l'obbligo dell'avviso ex art. 114 disp. att. cod. proc. pen.

La mancanza di espressi richiami normativi in tal senso è spiegata con la constatazione che il sequestro preventivo era originariamente previsto solo come atto del giudice, mentre invece, successivamente, si è avuta l'introduzione della possibilità che ad esso procedesse eccezionalmente la polizia giudiziaria, per l'intervento legislativo operato con il d. lgs. n. 12 del 1991. Tale opzione interpretativa più garantista che riconosce la necessità dell'avviso anche in caso di sequestro preventivo sembra essere la più adeguata al rispetto del fondamentale ed inviolabile principio costituzionale del diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. (così, nel dare atto dell'orientamento in parola, si esprime la pur contraria pronuncia già richiamata).

Viene proposta nel quesito alle Sezioni unite anche l'ulteriore e necessariamente collegata questione (trattata dalle pronunce iscritte nel secondo orientamento) delle conseguenze dell'eventuale nullità sul decreto di sequestro di convalida emesso dal giudice per le indagini preliminari. Anche in tal caso si riscontrano differenti accenti interpretativi tra sentenze che propendono per il non propagarsi degli effetti della nullità sul decreto del g.i.p. (cfr. sentenza n. 40361/2014, cit.) ed altre che, invece, ritengono che la nullità derivante dall'omesso avviso ex art. 114 disp. att. cod. proc. pen. si traduca anche in nullità del decreto del giudice.

L'ordinanza della Terza sezione penale, peraltro, non manca di osservare come la questione tocchi da vicino i temi già affrontati dalla sentenza delle Sezioni unite Bianchi.



CAPITOLO II

IL DIRITTO DEL DIFENSORE DI FIDUCIA DELL'IMPUTATO ALL'AVVISO DI FISSAZIONE DI UDIENZA

(ASSUNTA COCOMELLO)

SOMMARIO: 1. Premessa: il concetto di difesa tecnica e le ipotesi di nullità ad esso connesse. - 2. Natura assoluta o relativa della nullità? Gli orientamenti in contrasto e la prospettiva dell'ordinanza di rimessione. - 3. La sentenza delle Sezioni Unite Maritan: il diritto dell'imputato di scegliere il suo difensore.

1. . Premessa: il concetto di difesa tecnica e le ipotesi di nullità ad esso connesse.

Sullo sfondo della pronuncia delle Sezioni Unite, del 26 marzo 2015, n. 24630, Maritan, Rv. 263598, che si esaminerà nei successivi paragrafi, si intrecciano il tema della interpretazione del concetto di difesa tecnica nel nostro ordinamento - alla luce del dettato di cui all'art. 6, comma 3 CEDU - con quello, assai spinoso, della natura, assoluta o relativa, di ipotesi di nullità connesse all'esercizio di tale diritto, stante la necessaria regressione del procedimento nell'ipotesi in cui sia riconosciuta la natura assoluta dell'invalidità e la conseguente insanabilità della stessa.

Sul tema, la giurisprudenza di legittimità è stata più volte chiamata ad individuare soluzioni capaci di conciliare la ragionevole durata del processo con la tutela sostanziale delle garanzie dell'imputato, nel tentativo di coniugare garanzie e speditezza del procedimento, anche in considerazione del fenomeno del cosiddetto "abuso del processo", termine con il quale la dottrina e la giurisprudenza tendono a stigmatizzare tattiche difensive speculari all'espansione della durata del processo, al fine di condurre lo stesso verso l'atto abortivo della prescrizione.

La sentenza in esame, come vedremo, opera una scelta netta sul valore assoluto ed imprescindibile della difesa tecnico-fiduciaria e sulla non cedevolezza di tale garanzia, neanche a fronte di altri principi fondamentali quali l'efficienza processuale e la ragionevole durata del processo.

2. Natura assoluta o relativa della nullità? Gli orientamenti in contrasto e la prospettiva dell'ordinanza di rimessione.

Nell'anno corrente, in particolare, le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sulla natura della nullità conseguente all'omesso avviso dell'udienza al difensore di fiducia dell'imputato, tempestivamente nominato, nei casi in cui tale presenza sia prevista, dal legislatore, come necessaria. In termini più generali, è stato richiesto al Supremo Collegio di chiarire se la nullità assoluta prevista dall'art. 179, co. 1, lett. b) c.p.p. riguardi soltanto la celebrazione di un'udienza senza "alcun" difensore o anche quella dell'udienza svolta alla presenza di "altro" difensore, diverso da quello nominato dall'imputato e, per mero errore, non regolarmente avvisato.

Sul punto, infatti, si agitava nella giurisprudenza di legittimità un radicato ed annoso contrasto, caratterizzato da due opposti orientamenti.

Un primo indirizzo affermava che l'omessa notifica dell'avviso dell'udienza al difensore di fiducia dovesse ritenersi causa di nullità assoluta ed insanabile, in quanto l'ipotesi di mancanza di difesa tecnica prevista dall'art. 179, comma 1 c.p.p. non si verificava soltanto nel "caso estremo" del dibattimento svolto in assenza di "qualunque" difensore, ma anche nel caso in cui il difensore di fiducia, non presente perché non avvisato, veniva sostituito dal difensore d'ufficio.

Un secondo indirizzo, invece, qualificava la predetta invalidità come nullità a regime intermedio, con la conseguente possibilità della sanatoria in difetto di mancata tempestiva eccezione ad opera della parte privata assistita o del difensore nominato d'ufficio, ritenendo che, con la locuzione "assenza del suo difensore" la norma in esame si riferisse in modo promiscuo ed indistinto tanto al difensore d'ufficio quanto a quello di fiducia.

L'ordinanza rimettente, inoltre, aderendo espressamente a tale secondo orientamento, precisava che, in ossequio al principio di tassatività delle nullità, poichè l'inosservanza delle disposizioni concernenti l'avviso al difensore di fiducia dell'imputato e la sua partecipazione all'udienza "non sono oggetto di una specifica previsione sanzionatrice",

l'invalidità in parola doveva essere ricondotta nel novero di quelle contemplate dall'art. 178, co. 1, lett. c) c.p.p.

In particolare, i giudici della rimessione, ponevano in evidenza come l'opzione ermeneutica della “proliferazione” delle nullità assolute oltre i casi tassativamente contemplati dalle norme, estendendo l'intrinseca insanabilità del vizio oltre le reali ipotesi di “radicalità della patologia”, contraddicesse l'essenza stessa del processo e ne compromettesse gli equilibri, aprendo il varco “alla opportunistica scelta delle parti sull'an e sul quando far valere l'invalidità in funzione del pronostico della decisione”, in contraddizione con i canoni di economia ed efficienza processuali del principio costituzionale della ragionevole durata del processo, sancito dall'art. 111 Cost, secondo comma, ultimo inciso, il quale comporta, anche a carico della difesa, l'essenziale onere dell'esercizio dei relativi diritti “nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge”.

Tuttavia i Giudici della Prima Sezione, pur ritenendo di dover qualificare l'invalidità in esame quale nullità generale a regime intermedio, in considerazione del radicato contrasto giurisprudenziale rimettono il ricorso, ai sensi dell'art. 618, co. 1, c.p.p., alle Sezioni unite.

3. La sentenza delle Sezioni Unite Maritan: il diritto dell'imputato di scegliere il suo difensore.

La sentenza delle Sezioni Unite del 26 marzo 2015 n.24630, Maritan, Rv. 263598, sul punto, ha affermato che è assoluto il regime giuridico delle nullità conseguenti all'omesso avviso dell'udienza camerale al difensore di fiducia tempestivamente nominato e che è, altresì, irrilevante che l'udienza si sia tenuta alla presenza di un difensore d'ufficio.

Nella soluzione della questione controversa, la pronuncia delle Sezioni Unite si muove seguendo un percorso ermeneutico del tutto peculiare rispetto agli orientamenti in contrasto, soffermandosi sull'interpretazione del concetto di difesa tecnica ed in particolare delle norme contenute nel titolo VII del libro I del codice di rito.

Preliminarmente essa pone in evidenza come le differenti conclusioni cui pervengono i due opposti orientamenti, trovino ragione nella affermata o negata, “equipollenza tra il

difensore d'ufficio e quello nominato di fiducia". In particolare osserva la pronuncia in esame, l'orientamento che sostiene la natura assoluta della nullità conseguente alla assenza del difensore di fiducia, tempestivamente nominato e non avvisato, ritiene che non esista equipollenza tra difensore di fiducia e quello d'ufficio, non potendosi privare la persona interessata di scegliere un avvocato di sua fiducia e di preparare tempestivamente la sua difesa, con la conseguenza che tale nullità non potrà essere sanata dalla presenza in udienza di altro difensore nominato in sostituzione di quello di fiducia.

Diversamente, l'orientamento contrario sostiene che con la locuzione "assenza del suo difensore", la norma in esame faccia riferimento "indistinto e promiscuo" tanto al difensore di fiducia quanto a quello d'ufficio, poiché l'assenza rilevante è, genericamente, quella del professionista che assicura la difesa tecnica a prescindere dalla specifica qualità che egli riveste, atteso che "nel disegno del codice le due figure sono equiparate e riconducibili ad una difesa unitaria" e anche il difensore d'ufficio ha l'obbligo di assolvere con diligenza minima i suoi doveri istituzionali ed è, pertanto, tenuto a verificare l'omessa citazione del difensore di fiducia.

Nell'aderire espressamente al primo dei due orientamenti esegetici, le Sezioni Unite chiariscono che il concetto di "assenza" contenuto nell'art. 179, co. 1, lett b) - dal quale devono ritenersi esclusi i casi in cui la legge, pur connotando di obbligatorietà l'avviso del difensore, rimette alla discrezionalità di quest'ultimo la scelta di essere presente o meno - si riferisce "alla situazione dell'avvocato che dovrebbe essere presente e non lo è", quindi "al difensore già nominato la cui mancata partecipazione è ascrivibile all'omissione dell'avviso a lui dovuto". Infatti l'espressione "suo difensore" evoca la presenza di un "rapporto preesistente finalizzato ad assicurare la difesa tecnica all'interessato, che funge da parametro di riferimento per verificare la legittimità del pregresso iter procedimentale".

Ne consegue che il concetto di assenza non concerne soltanto l'assoluta mancanza di difesa tecnica, ma si riferisce anche alla partecipazione all'espletamento dell'atto "di un difensore diverso da quello nominato", che sia rimasto assente per non essere stato

avvisato nei modi stabiliti dalla legge, sia se si tratti di nomina di fiducia effettuata dall'imputato che di nomina d'ufficio effettuata dal giudice.

Dall'affermazione di tale principio di diritto, il Supremo Collegio, fa discendere il corollario dell'illegittimità di una designazione officiosa, in presenza di una pregressa e tempestiva nomina fiduciaria, della quale erroneamente non si sia tenuto conto ai fini della notifica del prescritto avviso di fissazione dell'udienza, non essendo consentito al giudice ovviare alla mancata inderogabile presenza dell'avvocato mediante la nomina di un difensore d'ufficio ed, in caso di assenza di quest'ultimo, di un avvocato immediatamente reperibile ai sensi dell'art. 97, co. 4, c.p.p.

Le Sezioni Unite, pertanto, in una prospettiva convenzionalmente orientata, precisano che la difesa tecnica costituisce, oltre che un diritto, una garanzia dell'ordinamento, atteggiandosi a “libertà di scegliere un difensore di fiducia”, riconducendo tale principio al dettato dell'art. 6, co. 3 lett. c) Cedu che sancisce espressamente il diritto dell'imputato ad avere un “difensore di sua scelta”.

In tale prospettiva, pertanto, la sentenza in esame offre un'ampia interpretazione delle disposizioni in materia di diritto di difesa, in particolare dei rapporti tra difensore d'ufficio e difensore di fiducia e, non da ultimo, di quelle concernenti le ipotesi di sostituzione del difensore nominato.

Le Sezioni Unite, infatti, evidenziano come emerga dalla interpretazione logico-sistematica degli artt. 96 e 97 c.p.p., da un lato l'atteggiarsi della nomina fiduciaria quale “paradigma normativo di riferimento della disciplina”, dall'altro la sussidiarietà della difesa d'ufficio, che si pone non quale alternativa, bensì come ipotesi subordinata alla reale mancanza del difensore di fiducia o al suo venire meno, non potendosi ritenere che, ai fini del rispetto del dettato normativo, sia comunque sufficiente la presenza di un qualsiasi legale, anche a prescindere dalle specifiche opzioni dell'interessato, e che esista, in tal senso, piena equipollenza tra il difensore di fiducia e quello d'ufficio.

Inoltre, in ossequio al principio della immutabilità e delle garanzie di effettività della stessa, la sentenza pone in evidenza come la nomina di un sostituto, ai sensi art. 97, co. 4, c.p.p., presupponga in ogni caso – ovvero sia in ipotesi di difensore di fiducia che di

difensore d'ufficio - un regolare avviso al “titolare del diritto di difesa” e sia consentita soltanto nelle ipotesi tassativamente elencate dalla norma, assolutamente insuscettibili di una interpretazione estensiva, in ossequio alla ratio della norma che, lungi dal rappresentare una soluzione “formale” per l'adempimento di un obbligo previsto dal legislatore ai fini della regolarità di passaggi procedurali, tende ad assicurare l'effettività del diritto di difesa intesa, anche, come possibilità di adeguata attività preparatoria della stessa.

La pronuncia in esame il valore assoluto della difesa tecnica, quale strumento per invertere i principi del giusto processo, ponendo, tuttavia in evidenza, come essa sia rappresentata, in primo luogo, dalla nomina fiduciaria effettuata dall'imputato nell'esercizio del suo diritto di “scelta delle modalità della difesa” e, solo in assenza di quest'ultima, dalla nomina di un difensore d'ufficio, legittimamente eseguita dal giudice nei casi tassativamente previsti, nonché concretamente esercitata in condizioni che non si riducano all'adempimento di una mera formalità, ma tali da rendere effettivo il contraddittorio e garantire la parità delle parti alla luce dei principi del giusto processo.

È pertanto palesemente illegittimo il comportamento tenuto dal giudice nella fattispecie relativa al ricorso oggetto di rimessione, poiché lesivo del diritto dell'imputato di scegliere “le modalità della propria difesa riconosciuto anche dall'art. 6, co. 3, lett. c) Convenzione europea dei diritti dell'uomo che sancisce espressamente il diritto dell'imputato di avere un difensore di sua scelta”. Né, a fronte di tali affermazioni, concludono le Sezioni unite, può ritenersi che i principi dell'efficienza processuale e della ragionevole durata del processo, che nel caso di specie pur avrebbero consentito al procedimento di non regredire, possano costituire parametro per giustificare forme di compressione delle garanzie fondamentali dell'imputato e del detenuto, prime tra tutte l'effettività e l'immutabilità del diritto di difesa.



CAPITOLO III

ASTENSIONE DEGLI AVVOCATI E DIRITTO AL RINVIO DELL'UDIENZA CAMERALE

(VITTORIO PAZIENZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I termini del contrasto e l'ordinanza di rimessione. – 3. La decisione delle Sezioni unite. - 4. Le pronunce più recenti.

1. Premessa.

Nella *Rassegna* relativa alle pronunce emesse dalla Corte di cassazione nel 2014, ampio spazio era stato riservato alla problematica delle conseguenze derivanti, nel processo penale, dall'adesione del difensore ad un'agitazione proclamata dagli organismi di categoria: un "livello di attenzione" strettamente correlato alla rilevanza dei ripetuti interventi delle Sezioni unite, che, nell'arco di poco più di un anno, hanno espresso - con tre diversi interventi - alcuni importanti principi sulla natura giuridica dell'astensione, sull'ambito applicativo dell'istituto, sulla valenza da attribuire alle disposizioni del codice di autoregolamentazione dettate in materia, sul rapporto tra tali disposizioni ed il codice di rito.

Basti qui ricordare, da un lato, le prime fondamentali affermazioni di Sez. un., 30 maggio 2013, n. 26711, Ucciero, Rv. 255346, che - occupandosi incidentalmente del tema nell'ambito di un procedimento relativo all'applicazione di una misura cautelare personale - aveva conferito "*natura di normativa secondaria alla quale occorre conformarsi?*" alle disposizioni contenute nel vigente codice di autoregolamentazione, superando quindi il consolidato orientamento volto a conferire a tali disposizioni una valenza meramente interna, e conseguentemente escludendo (proprio su tale base normativa) la possibilità, per il difensore, di astenersi nei procedimenti relativi a misure cautelari.

D'altro lato, viene in rilievo Sez. un., 27 marzo 2014, n. 40187, Lattanzio, Rv. 259926-259928, che non solo ha ribadito la valenza di normativa secondaria delle disposizioni del codice di autoregolamentazione (precisando che ad esse il giudice deve ritenersi soggetto, ai sensi dell'art. 101 Cost.), ma ha anche attribuito all'astensione la natura di

vero e proprio diritto di rilievo costituzionale, chiarendo che il bilanciamento tra quest'ultimo *“e i contrapposti diritti e valori costituzionali dello Stato e dei soggetti interessati al servizio giudiziario, è stato realizzato in via generale, secondo le indicazioni della sentenza n. 171 del 1996 della Corte costituzionale, dal legislatore con la legge n. 146 del 1990 (e successive modifiche) e dalle fonti secondarie ivi previste, alle quali è stata dalla legge attribuita la competenza in materia, mentre al giudice spetta normalmente il compito di accertare se l'adesione all'astensione sia avvenuta nel rispetto delle regole fissate dalle competenti disposizioni primarie e secondarie, previa loro corretta interpretazione”* (su tali basi, il Supremo consesso ha escluso – salvo che in situazioni eccezionali – la possibilità per il giudice di disporre la prosecuzione del giudizio, in presenza di una rituale dichiarazione di adesione all'astensione di categoria, al fine di soddisfare *“esigenze di giustizia”* non considerate dal codice di autoregolamentazione).

Due giorni prima della sentenza Lattanzio, la Quarta sezione della Suprema corte ha sollecitato un ulteriore intervento sul tema delle Sezioni unite, chiamate questa volta a pronunciarsi sul contrasto giurisprudenziale – sviluppatosi dopo le affermazioni di principio contenute nella sentenza Ucciero - relativo alla sussistenza dell'obbligo, per il giudice procedente, di disporre il rinvio del procedimento camerale a partecipazione non necessaria del difensore, in presenza di una tempestiva dichiarazione di adesione di quest'ultimo ad un'astensione ritualmente proclamata dagli organismi di categoria.

A tale quesito, il Supremo consesso ha dato risposta con la sentenza **30 ottobre 2014, n. 15232/2015, p.o. in proc. Tibo e altro, Rv. 263021-263022.**

Nelle pagine seguenti, verranno esaminati i termini del predetto contrasto e l'articolata soluzione proposta dalle Sezioni unite, volta a differenziare l'ipotesi di astensione del difensore dell'imputato da quella in cui, ad esercitare tale diritto, sia il difensore della persona offesa. Si farà altresì cenno ad alcune successive pronunce delle Sezioni semplici, dalle quali emerge un panorama interpretativo non del tutto uniforme, soprattutto quanto all'individuazione degli oneri comunicativi gravanti sul difensore aderente all'astensione.

2. I termini del contrasto e l'ordinanza di rimessione.

Secondo un primo indirizzo assolutamente consolidato fino al 2013, e ribadito dalla Suprema corte anche dopo la sentenza Ucciero (cfr. ad es. Sez. III, 5 gennaio 2014, n. 11545, Mbengue), doveva ritenersi radicalmente esclusa l'ammissibilità, nei procedimenti camerali, di una richiesta di rinvio per astensione, essendo in tali procedimenti inapplicabili le disposizioni in tema di legittimo impedimento del difensore (tale impianto argomentativo era stato esplicitamente avallato anche da risalenti pronunce delle Sezioni unite: cfr. Sez. un., 27 giugno 2006, n. 31461, Passamani, Rv. 341146).

A tale orientamento, si è progressivamente contrapposta una diversa linea interpretativa (inaugurata da Sez. VI, 24 ottobre 2013, n. 1826/2014, Rv. 258334-258336) secondo cui l'astensione non può essere in alcun modo ricondotta nell'alveo del legittimo impedimento, come del resto già chiaramente e ripetutamente chiarito dalle sentenze concernenti la sospensione del corso della prescrizione: non potrebbe perciò ammetterai, secondo tale orientamento, una “discrasia interpretativa” per cui, da un lato, si esclude che l'astensione costituisca legittimo impedimento ai fini del calcolo della sospensione della prescrizione e, dall'altro, si afferma l'irrilevanza dell'astensione nei procedimenti camerali per l'inapplicabilità, ad essi, delle norme sul legittimo impedimento. Inoltre, tale diversa linea interpretativa (successivamente ribadita, tra le altre, da Sez. III, 19 marzo 2014, n. 19856, Pierri, Rv. 259439-259440) ha espressamente fatto leva sulla valenza di normativa secondaria conferita dalla sentenza Ucciero al codice di autoregolamentazione, il quale, nel disciplinare l'astensione forense dalle udienze penali, non pone alcuna distinzione tra le udienze a partecipazione obbligatoria del difensore e quelle a partecipazione facoltativa.

In tale contesto, come già accennato, la questione è stata rimessa alle Sezioni unite dalla Quarta sezione con ordinanza del 25 marzo 2014, n. 18575, relativa peraltro ad una fattispecie alquanto peculiare: infatti, nel corso dell'udienza camerale conseguente all'opposizione all'archiviazione formulata dalle persone offese, il Gip – aderendo al tradizionale indirizzo imperniato sull'inapplicabilità alle udienze camerali delle disposizioni in tema di legittimo impedimento - aveva rigettato la richiesta di rinvio per

astensione formulata dai difensori delle oppoventi, mentre il difensore dell'imputato – dopo il rigetto del Gip - aveva revocato la propria iniziale adesione alla protesta, ed aveva chiesto e ottenuto di discutere la causa. L'ordinanza di archiviazione era stata successivamente impugnata dai difensori delle persone offese, che invece, nella predetta udienza, avevano tenuto ferma la loro decisione di astenersi.

3. La decisione delle Sezioni unite.

Come già accennato in premessa, le Sezioni unite hanno aderito al secondo e più recente orientamento, affermando il principio secondo cui, anche nelle udienze camerali a partecipazione non necessaria del difensore, il giudice è tenuto a disporre il rinvio del procedimento in presenza di una rituale dichiarazione di adesione del difensore ad un'astensione di categoria legittimamente proclamata, configurandosi altrimenti una nullità a regime intermedio ai sensi degli artt. 178, lett. c), e 180, cod. proc. pen. Il Supremo consesso ha altresì dettato alcune indicazioni ulteriori – di rilievo dirimente nella fattispecie concreta (cfr. *supra*, § 2) – per l'ipotesi in cui il diritto di astenersi venga esercitato dal difensore della persona offesa.

Nella motivazione, le Sezioni unite hanno anzitutto evidenziato la necessità di affrontare la questione alla luce non solo dell'evoluzione normativa scaturita dagli interventi della Corte costituzionale (sentt. n. 114 del 1994 e n. 171 del 1996) - con particolare riguardo alle modifiche apportate alla legge 12 giugno 1990, n. 146 (sul diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali) dalla legge 11 aprile 2000, n. 83 – ma anche del vigente codice di autoregolamentazione emanato su tali basi.

In questa prospettiva, il Supremo consesso ha inteso poi riaffermare i principi già sanciti, alla luce di uno scenario normativo così radicalmente mutato, dalle precedenti sentenze Ucciero e, soprattutto, Lattanzio. È stata in particolare ribadita:

- a) la natura non di mera libertà, ma di vero e proprio diritto avente un sicuro fondamento costituzionale, che deve essere riconosciuta all'astensione forense;
- b) la riconduzione nell'ambito del "diritto oggettivo" delle norme contenute nel codice di autoregolamentazione dichiarato idoneo dalla Commissione di garanzia, norme

fissate da una specifica fonte normativa, cui il legislatore primario ha attribuito la specifica competenza a disciplinare la materia dell'astensione;

c) la già avvenuta integrale regolazione di quest'ultima da parte del legislatore e delle fonti secondarie, che hanno così realizzato un compiuto bilanciamento tra il diritto ad astenersi e gli altri diritti e valori di rilievo costituzionale (diritto di difesa e di azione, interesse dello Stato ad evitare la prescrizione, ecc.);

d) la riserva al giudice, invece, della valutazione relativa alla conformità degli atti, costituenti concreto esercizio del diritto ad astenersi, rispetto alla normativa primaria e secondaria predetta, correttamente interpretata;

e) la possibilità per il giudice di compiere, in detta fase, un “bilanciamento indiretto” degli interessi in gioco, attraverso un'interpretazione adeguatrice e costituzionalmente orientata delle norme primarie e secondarie, ovviamente con i limiti costituiti dalla lettera della disposizione e dalla ratio della soluzione normativa;

f) la possibilità di ipotizzare un bilanciamento giudiziale solo in ipotesi eccezionali, quali il venir meno della vigenza delle fonti secondarie, o l'emersione di diritti e valori costituzionali ulteriori (non riconducibili cioè a quelli per i quali è già normativamente avvenuto il bilanciamento).

Così ricostruito il quadro normativo di riferimento, le Sezioni unite hanno osservato che l'attuale codice di autoregolamentazione – così come la regolamentazione provvisoria previgente - contiene un chiaro riferimento alla facoltà di astenersi anche nelle udienze in cui la presenza non è obbligatoria (art. 3, comma 1): facoltà che deve quindi ritenersi “*indubitabile*”.

Sono state quindi esaminate e disattese, sulla scorta dei principi ricordati, le argomentazioni contenute nelle numerose pronunce aderenti al contrario orientamento. A tal fine, le Sezioni unite hanno tra l'altro richiamato l'indirizzo in tema di sospensione del corso della prescrizione, ormai del tutto pacifico, stando al quale l'astensione non rientra tra i casi di legittimo impedimento: con la conseguente impossibilità – a meno di non ricadere in una “*evidente discrasia interpretativa*” – di motivare il rigetto dell'astensione

facendo leva sull'inapplicabilità, nelle udienze camerale non partecipate, delle disposizioni in tema di legittimo impedimento.

Quanto poi alle conseguenze derivanti dalla violazione del diritto all'astensione, le Sezioni unite hanno precisato trattarsi di una nullità a regime intermedio, avuto riguardo alla natura facoltativa, e non obbligatoria, della presenza del difensore (laddove invece la sentenza Lattanzio, emessa in una fattispecie in cui la violazione del diritto riguardava un'udienza a partecipazione necessaria quale quella dibattimentale, aveva ritenuto configurabile una nullità assoluta).

Come già accennato in precedenza, le Sezioni unite hanno peraltro ritenuto che, nella fattispecie concreta, la decisione del Gip fosse immune da censure.

Si è infatti precisato che, se è vero che l'art. 3 del codice di autoregolamentazione riconosce espressamente anche al difensore della persona offesa (pur se non costituita parte civile) il diritto di astenersi, è anche vero che la predetta disposizione non regola espressamente l'ipotesi in cui, tra i difensori dell'imputato o indagato e quelli della parte privata, si registrino posizioni diverse, quanto all'adesione alla protesta di categoria.

Ad avviso del Supremo consesso, tale lacuna deve essere colmata in via interpretativa, affermando il principio per cui la dichiarazione di astensione del difensore della persona offesa, pur se ritualmente proposta, non dà diritto al rinvio *“qualora il difensore dell'imputato o dell'indagato non sia comparso (non esprimendo quindi alcun consenso al rinvio, nemmeno implicito) o comunque non abbia a sua volta proposto analoga richiesta di rinvio per astensione”*.

A sostegno di tali conclusioni, è stata valorizzata l'irrilevanza, nel processo penale, sia del legittimo impedimento del difensore di parte civile (art. 420-ter), sia dell'assenza delle parti private diverse dall'imputato, che non determina la sospensione o il rinvio del dibattimento né la nuova fissazione dell'udienza preliminare (art. 23 disp. att. cod. proc. pen.). Inoltre, è stata ritenuta *“decisiva”* la considerazione per cui, in caso di astensione del solo difensore della persona offesa, *“non opererebbe la sospensione dei termini di prescrizione e di custodia cautelare, ossia non opererebbero i ‘contrappesi’ (gli istituti e le disposizioni in grado di salvaguardare gli altri diritti e principi suscettibili di essere lesi dall'astensione...) che bilancerebbero il diritto del difensore ad astenersi”*.

4. Le pronunce più recenti.

I principi espressi dalle Sezioni unite sono stati espressamente recepiti da diverse sentenze delle Sezioni semplici (v. ad es., con riferimento alla nullità conseguente al mancato differimento dell'udienza camerale relativa a giudizio abbreviato in grado d'appello, **Sez. V, 26 giugno 2015, n. 45739, Occioni; Sez. VI, 6 maggio 2015, n. 34864, Santillo; Se. VI, 22 settembre 2015, n. 47500, Rodriguez**).

Alcune pronunce hanno poi tratto precise implicazioni dall'affermazione della natura intermedia della nullità in questione, ove concerne udienze camerale a partecipazione non necessaria. V. in particolare, da ultimo, **Sez. II, 10 novembre 2015, n. 46310, Coviello**, secondo cui la nullità conseguente al rigetto dell'istanza di rinvio per astensione deve ritenersi sanata qualora non venga immediatamente eccepita dal difensore presente (nella specie: il sostituto), ed il processo venga regolarmente trattato dopo l'ordinanza di rigetto. In senso analogo, v. **Sez. III, 19 maggio 2015, n. 37357, Angeletti; Sez. III, 26 marzo 2015, n. 27557, Colombo, Rv. 264018**. In argomento, deve essere inoltre segnalata **Sez. II, 9 luglio 2015, n. 32990, Apruzzese, Rv. 264662**, secondo la quale *“la nullità a regime intermedio derivante dall'omesso rinvio dell'udienza, in caso di dichiarata adesione, da parte uno dei due difensori dell'imputato, alla astensione dalle udienze proclamata dagli organismi di categoria, è sanata qualora l'altro difensore, non aderente all'astensione, non sia comparso e non abbia, quindi, eccepito il predetto vizio prima della deliberazione della sentenza d'appello”*.

Diverse decisioni hanno invece valorizzato l'altro principio, ripetutamente espresso dalle Sezioni unite, secondo cui spetta comunque al giudice procedente verificare che il diritto di astensione sia esercitato nel rispetto della normativa primaria e secondaria: v. tra le altre **Sez. III, 30 aprile 2015, n. 40762, Caburrosso** (che ha ritenuto immune da censure il rigetto dell'istanza di rinvio per adesione ad un'astensione proclamata senza il necessario preavviso di 10 giorni, al di fuori dei casi previsti dall'art. 2, comma 7, legge 12 giugno 1990, n. 146, e senza l'indicazione della durata). In senso conforme, cfr. anche **Sez. V, 12 maggio 2015, n. 25501, Corona; Sez. VI, 27 gennaio 2015, n. 11638, Guerrieri, Rv. 262973**.

Si registra invece una persistente difformità di vedute in ordine all'esatta individuazione degli oneri comunicativi sussistenti a carico del difensore che intenda astenersi da un'udienza camerale a partecipazione non necessaria.

Secondo un primo indirizzo, manifestatosi anche prima dell'ultimo intervento delle Sezioni unite (v. ad es. Sez. VI, 16 aprile 2014, n. 18753, Adem, Rv. 259199), l'esigenza di evitare un uso strumentale dell'astensione impone di ritenere che il difensore, nel formulare la richiesta di rinvio, debba manifestare espressamente non solo la propria adesione, ma anche la propria intenzione di partecipare all'udienza. V. in tal senso **Sez. VI, 9 giugno 2015, n. 25272, Petrosino**, secondo cui spetta appunto al giudice verificare, tra l'altro, la presenza di una volontà espressa di partecipazione; **Sez. II, 15 gennaio 2015, n. 18681, Recupero, Rv. 263771** (secondo la quale l'obbligo di disporre il rinvio postula una manifestazione univoca della volontà di presenziare); da ultimo, **Sez. VI, 27 ottobre 2015, n. 45464, Ruggeri**, che ha annullato una sentenza d'appello emessa con rito abbreviato in assenza del difensore, nonostante questi avesse non solo formalizzato la propria adesione all'astensione, ma anche *“manifestato in maniera univoca la volontà di presenziare”*.

In consapevole contrasto con tale orientamento, si è peraltro verso affermato (**Sez. VI, 12 novembre 2015, n. 47285, Marrone**), che anche la trasmissione di una rituale dichiarazione di adesione all'astensione impone il rinvio dell'udienza, non essendo in particolare necessario che il difensore manifesti anche una sua univoca volontà di presenziare. A sostegno dell'assunto, è stato evidenziato che il codice di autoregolamentazione, come da ultimo interpretato dalle Sezioni unite, richiede unicamente una rituale manifestazione della volontà di aderire all'astensione: e ciò in quanto *“il principio affermato dalle Sezioni Unite muove dall'assunto che l'adesione sia legittima in quanto rispettosa dei limiti e delle modalità individuate dal codice di autoregolamentazione, cui spetta di assicurare il bilanciamento degli interessi potenzialmente confliggenti, cosicché il rispetto di quei limiti e di quelle modalità, a prescindere dal tipo di procedimento, deve ritenersi di per sé sufficiente, senza che possa spostarsi l'analisi sul versante dell'abuso del processo e che possano ravvisarsi pericoli di non esatto bilanciamento degli interessi”*. Nello stesso senso, v. anche **Sez. II, 22 ottobre 2015, n.**



45158, Pezzini, Rv. 265041, secondo la quale è “*sufficiente che il difensore comunichi, nelle forme e nei termini stabiliti dal medesimo art. 3, comma 1, la volontà di astensione, perché l'udienza sia rinviata, in quanto con la suddetta comunicazione il difensore, sia pure implicitamente, manifesta «anche la sua volontà di essere presente all'udienza a partecipazione facoltativa»*”.



CAPITOLO IV

IL DIRITTO DEL DIFENSORE AL RINVIO PER CONCOMITANTE IMPEGNO PROFESSIONALE

(FRANCESCA COSTANTINI)

SOMMARIO: 1. Il principio affermato. 2. L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in tema di impedimento del difensore per concorrenti impegni professionali. 3. Le argomentazioni delle Sezioni unite.

1. Il principio affermato.

Le Sezioni unite con la sentenza del **18 dicembre 2014, n. 4909/2015, Torchio, Rv. 262912**, hanno affermato il principio di diritto secondo il quale *“l'impegno professionale del difensore in altro procedimento costituisce legittimo impedimento che dà luogo ad assoluta impossibilità a comparire, ai sensi dell'art. 420 ter, comma 5, cod. proc. pen., a condizione che il difensore: a) prospetti l'impedimento non appena conosciuta la contemporaneità dei diversi impegni; b) indichi specificamente le ragioni che rendono essenziale l'espletamento della sua funzione nel diverso processo; c) rappresenti l'assenza in detto procedimento di altro codifensore che possa validamente difendere l'imputato; d) rappresenti l'impossibilità di avvalersi di un sostituto ai sensi dell'art. 102 cod. proc. pen. sia nel processo a cui intende partecipare sia in quello di cui chiede il rinvio”*.

Alla cognizione delle Sezioni unite era stata sottoposta la diversa questione relativa alla operatività o meno, in caso di rinvio del processo per concomitante impegno professionale del difensore, del limite temporale di sessanta giorni di sospensione del termine di prescrizione del reato, previsto dall'art. 159 comma 1, n. 3 cod. pen.

Ai fini della risoluzione di tale distinta questione interpretativa, sulla quale si era sviluppato un contrasto all'interno delle Sezioni semplici, il Supremo consesso ha preso le mosse proprio dall'analisi della natura del diritto al differimento dell'udienza su istanza del difensore professionalmente impegnato in altro procedimento, assumendo una centrale rilevanza, agli effetti del calcolo della prescrizione del reato, stabilire se il rinvio del processo conseguente ad un concomitante impegno professionale del difensore debba ritenersi dovuto ad un legittimo impedimento ai sensi dell'art. 486 cod. proc. pen.

ovvero ad una mera “richiesta” del difensore.

2. L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in tema di impedimento del difensore per concorrenti impegni professionali.

Al fine di meglio comprendere le ragioni fondanti le conclusioni enunciate con la decisione in esame appare opportuno ripercorrere sinteticamente le tappe della giurisprudenza di legittimità sul tema dell'impedimento professionale del difensore.

Invero, sin dall'entrata in vigore del nuovo codice di rito si era posto il problema se la disciplina dettata dall'art. 486 cod. proc. pen. in tema di legittimo impedimento potesse trovare applicazione anche in caso di concorrente impegno professionale del difensore. Il timore che la norma potesse prestarsi ad abusi e strumentalizzazioni per fini dilatori aveva indotto parte della giurisprudenza ad affermare che l'assoluta impossibilità di comparire non può identificarsi nell'esigenza professionale di assistere diversi imputati poiché, dovendo essere tale impossibilità assoluta, non può riferirsi ad un procedimento e non ad altri, altrimenti sarebbe relativa, in quanto frutto della libera scelta di difendere un assistito piuttosto che un altro (Sez. II, 15 maggio 1991, n. 9385, Vindice, Rv. 188187; Sez. VI, 25 giugno 1991, n. 12206, De Martino, Rv. 188999; Sez. V, 12 marzo 1992, n. 5164, Marchese, Rv. n. 190074). Secondo altro orientamento, di contro, la scelta dell'impegno da assolvere, e di quello di cui chiedere eventualmente il rinvio, doveva ritenersi rimessa al difensore, e a lui soltanto, e pertanto il giudice avrebbe dovuto privilegiare la scelta difensiva provvedendo alla sospensione o al rinvio del dibattimento (Sez. III, 15 gennaio 1991, n. 2066, Colnaghi, Rv. 186434). Si registrava poi una posizione intermedia per cui la concomitanza di impegni professionali di tipo giudiziario può configurarsi come legittimo impedimento a comparire per il difensore solo quando questi fornisca la prova dell'antecedenza della notificazione dell'avviso relativo ad uno degli impegni stessi rispetto ad altri, così assicurandosi una obiettiva applicazione della previsione normativa, pur non potendosi escludere l'operatività di criteri sussidiari come l'importanza dell'impegno sopravvenuto ovvero ragioni particolari come la vicinanza del termine di prescrizione.

Tale contrasto giurisprudenziale era stato composto dalla sentenza Sez. Un., 27 marzo 1992, n. 4708, Fogliani, Rv. 190828, sulla base del principio secondo il quale perché l'impegno professionale del difensore in altro procedimento possa essere assunto quale legittimo impedimento che dà luogo ad assoluta impossibilità a comparire ai sensi dell'art. 486, comma 5, cod. proc. pen. è necessario che il difensore prospetti l'impedimento e chieda il rinvio non appena conosciuta la contemporaneità dei diversi impegni e che non si limiti a comunicare e documentare l'esistenza di un contemporaneo impegno professionale in altro processo, ma esponga le ragioni che rendono essenziale l'espletamento della sua funzione in esso per la particolare natura dell'attività a cui deve presenziare, l'assenza in detto procedimento di altro codifensore che possa validamente difendere l'imputato, l'impossibilità di avvalersi di un sostituto ai sensi dell'art. 102 cod. proc. pen. sia nel processo a cui si intende partecipare sia in quello di cui si chiede il rinvio. Si affermava in tale arresto che il giudice di quest'ultimo processo deve valutare accuratamente, bilanciando le esigenze di difesa dell'imputato da un lato e quelle di affermazione del diritto e della giustizia dall'altro, le documentate deduzioni difensive, anche alla luce della eventuale necessità di un rapido esaurimento della procedura trattata, per accertare che l'impedimento non sia funzionale a manovre dilatorie o non possa nuocere all'attuazione della giustizia. Il provvedimento di accoglimento o di reiezione dell'istanza deve essere, conseguentemente, motivato secondo criteri di logica (nel caso di specie la Suprema corte, in applicazione dell'enunciato principio, ha ritenuto legittima la reiezione dell'istanza di rinvio proposta dal difensore solo al mattino dell'udienza di trattazione, nonostante dovesse conoscere da tempo l'impedimento e dalla quale risultava esclusivamente la contemporaneità degli impegni).

La Corte, dunque, respingendo le due tesi estreme prospettate dalla giurisprudenza, ha precisato che non può ritenersi che l'impegno professionale del difensore in altro procedimento non costituisca di per sé un impegno assoluto valutabile ai sensi dell'art. 486, comma 5 cod. proc. pen. tenuto conto dei principi ispiratori del nuovo codice in base ai quali le parti devono trovarsi su un piano di parità in ogni stato e grado del processo e, essendosi voluto realizzare un processo di parti, la difesa non può essere

ridotta ad una mera formale presenza di un tecnico del diritto ma si deve concretare in un'attività di effettiva partecipazione. Si deve comunque escludere che l'ordinamento rimetta al solo difensore la scelta di quale procedimento trattare e di quale rinviare, rendendolo così arbitro assoluto e consentendogli di influire sull'andamento e l'esito dei procedimenti attraverso il conferimento di una funzione sostanzialmente interdittiva. La Corte ha, conseguentemente, ritenuto che il giudice a cui è stato richiesto il rinvio abbia il potere-dovere di valutare e comparare le esigenze difensive e quelle pubbliche, affinché non si realizzino né impunità né anticipate liberazioni pericolose per la sicurezza collettiva né pretestuosi ritardi nella definizione dei processi.

Tali conclusioni sono state successivamente confermate da Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 29529, De Marino, Rv. 244109, che hanno affermato il principio per cui *“nel caso di istanza di rinvio per concomitante impegno professionale del difensore, spetta al giudice effettuare una valutazione comparativa dei diversi impegni al fine di contemperare le esigenze della difesa e quelle della giurisdizione, accertando se sia effettivamente prevalente l'impegno privilegiato dal difensore per le ragioni rappresentate nell'istanza e da riferire alla particolare natura dell'attività cui occorre presenziare, alla mancanza o assenza di un codifensore nonché all'impossibilità di avvalersi di un sostituto a norma dell'art. 102 cod. proc. pen.”*.

La Corte, allineandosi alla precedente pronuncia del Supremo consesso ha escluso che potesse assumere rilevanza ai fini del rinvio dell'udienza una mera scelta del difensore precisando che la rilevanza dell'impegno difensivo, per assumere l'efficacia impeditiva postulata dalla norma, deve presentare i caratteri non solo della absolutezza ma anche della obiettività, in quanto la priorità della esigenza difensiva nel procedimento pregiudicante deve trarre alimento non dalla soggettiva *opinio* del difensore, ma da specifiche circostanze di fatto che consentano di far ritenere temporalmente cedevole l'assistenza difensiva nel procedimento pregiudicato; sempreché non sussistano, ovviamente, contrarie ragioni di urgenza, che il giudice deve valutare nel necessario bilanciamento fra le contrapposte esigenze.

Nel solco delle indicazioni tracciate dalle pronunce delle Sezioni unite della suprema Corte, si è posta la giurisprudenza delle Sezioni semplici che ne ha confermato e

ulteriormente precisato e sviluppato il contenuto con riferimento alle diverse situazioni prospettatesi.

Si è, dunque, pacificamente ritenuto che la concomitanza dell'impegno in un altro procedimento può essere riconosciuta quale legittimo impedimento a comparire in udienza, quando siano dimostrate non solo l'esistenza dell'impegno, ma anche le ragioni che rendono indispensabile l'espletamento delle funzioni difensive in tale procedimento, in relazione sia alla particolare natura dell'attività cui occorre presenziare che alla mancanza o assenza di un altro codifensore ed all'impossibilità di avvalersi di un sostituto, mentre è del tutto irrilevante, a tal fine, il mero criterio cronologico della conoscenza prioritaria dell'impegno ritenuto prevalente. Si tratta di indicazioni che devono ritenersi, unitamente alla tempestività della comunicazione, quali vere e proprie condizioni di ammissibilità dell'istanza di rinvio, con la conseguenza che in mancanza di esse il giudice non è in grado di valutare nel merito l'assolutezza del dedotto impedimento (tra le altre, Sez. IV, 15 ottobre 2003, n. 46044, Paciello Rv. 226725; Sez. VI, 1 ottobre 2003, n. 49540, Amoruso, Rv. 227824; Sez. V, 11 ottobre 2007, n. 43062, Melosso, Rv. 238499).

Ulteriore presupposto affinché l'impegno alternativo possa assumere rilievo ai fini del rinvio è stato poi individuato dalla giurisprudenza nell'impossibilità di designare un sostituto in entrambi i procedimenti, escludendosi l'esistenza di una discrezionalità del difensore in ordine a tale nomina (Sez. III, 28 novembre 2000, n. 308, Salmoni, Rv. 218157; Sez. I, 26 febbraio 2001, n. 19794, Aldovardi, Rv. 219136; Sez. III, 5 novembre 2002 n. 247, Di Lorenzo, Rv. 223004, nonché Sez. II, 1 dicembre 2003, n. 48771, Tortora, Rv. 227693).

Sulla stessa scia si collocano altre più recenti pronunce secondo le quali, anzi, integra un preciso dovere del difensore indicare le ragioni per cui gli è impossibile farlo, nonché i motivi che impongono la sua presenza nell'altro processo, in relazione alla particolare natura dell'attività che deve svolgervi al fine di dimostrare che l'impedimento non sia funzionale a manovre dilatorie (Sez. III, 8 aprile 2014, n. 19458, Abbati, Rv. 259757; Sez.



V, 6 novembre 2013, n. 7418/14, Anelli, Rv. 259520 e Sez. V, 28 ottobre 2010, n. 41148, Cutrale, Rv. 248905).

In tal senso si è espressa la giurisprudenza largamente prevalente con un orientamento ormai consolidato. Spetta poi al giudice effettuare una valutazione comparativa dei diversi impegni al fine di contemperare le esigenze della difesa e quelle della giurisdizione, accertando se sia effettivamente prevalente quello privilegiato dal difensore (Sez. VI, 8 marzo 2012, n. 11174, Giovanelli, Rv. 252191).

3. Le argomentazioni delle Sezioni unite.

Seguendo, dunque, gli insegnamenti delle citate sentenze delle Sezioni unite Fogliani e De Marino, ai fini del differimento dell'udienza, l'impegno professionale deve non solo essere prontamente comunicato, ma anche adeguatamente motivato e documentato in relazione alla essenzialità e non sostituibilità del difensore nell'altro processo e ciò al fine di consentire al giudice cui si chiede il rinvio di esercitare il potere-dovere di valutare e comparare le esigenze difensive con quelle di un regolare e continuativo svolgimento dell'attività giudiziaria, al fine di evitare strumentali ritardi nella celebrazione dei processi. Sarà pertanto compito del giudice valutare la legittimità dell'impegno e procedere ad un bilanciamento tra le esigenze di difesa e quelle di affermazione del diritto e della giustizia. Tuttavia in giurisprudenza era rimasto comunque controverso se la fattispecie in esame fosse riconducibile al concetto di "legittimo impedimento a comparire" anche ai fini della sospensione del termine di prescrizione del reato.

Tale dubbio si era, infatti, posto a seguito della modifica apportata dalla legge n. 251 del 2005, all'art. 159 cod. pen. che nel nuovo testo, distingue la sospensione del procedimento o del processo penale dovuta a ragioni di impedimento delle parti e dei difensori da quella su richiesta dell'imputato o del suo difensore, prevedendo, soltanto con riguardo alla prima, che l'udienza non possa essere differita oltre il sessantesimo giorno successivo alla prevedibile cessazione dell'impedimento, dovendosi avere riguardo in caso contrario al tempo dell'impedimento aumentato di sessanta giorni.

Sul punto si era sviluppato un primo orientamento secondo il quale l'impedimento del difensore per contemporaneo impegno professionale non costituisce un'ipotesi di impossibilità assoluta a partecipare all'attività difensiva e quindi, pur dando luogo ad un legittimo rinvio dell'udienza, non fa scattare i limiti di durata della sospensione della prescrizione di cui all'art. 159, comma 1, n. 3) cod. pen. Si sosteneva infatti che in tale ipotesi non sarebbe configurabile un impedimento in senso tecnico del difensore ma una deliberata scelta, ancorché legittima, fatta valere attraverso la richiesta di rinvio. (Sez. I, 14 ottobre 2008, n. 44609, Errante, Rv. 242042; Sez. II, 29 marzo 2011, n. 17344, Ciarlante, Rv. 250076; Sez. II, 3 luglio 2009, n. 41269, Tatavitto; Sez. III, 19 dicembre 2011, n. 13941, Scintu; Sez. VI, 8 giugno 2011, n. 26071, S.A.M.; Sez. II, 5 novembre 2013, n. 2194/14, Palisto e Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 11874, Farina).

A fronte di tale impostazione ermeneutica si registravano, tuttavia, anche pronunce di segno opposto in cui la Suprema Corte ha affermato che anche il concomitante impegno professionale del difensore può costituire legittimo impedimento.

Si precisava in tali arresti che certamente la mera concomitanza di altri impegni professionali non integra di per sé un legittimo impedimento, altrimenti si rimetterebbe alla scelta discrezionale del difensore quale dei due procedimenti privilegiare, tuttavia, qualora l'impedimento sia stato non soltanto comunicato tempestivamente, ma documentato anche in riferimento all'essenzialità e non sostituibilità della presenza del difensore in altro processo il giudice del processo di cui si chiede il rinvio deve effettuare un bilanciamento tra l'interesse difensivo e l'interesse pubblico all'immediata trattazione del procedimento (presenza di imminenti cause estintive, esaurimento dei termini di fase della custodia cautelare e situazioni analoghe) e qualora a seguito di tale rigorosa verifica si accerti la sussistenza di idonei elementi in ordine alla indispensabilità della presenza del difensore nell'altro procedimento, si determina una assoluta impossibilità a comparire cui consegue l'applicazione del limite temporale di cui all'art. 159 cod. pen. e l'impossibilità di tenere conto, ai fini del calcolo della sospensione del termine di prescrizione del periodo eccedente quello fissato *ex lege* (Sez. Feriale, 13 agosto 2014, n. 46817, Cipolla,

Rv. 260550, le Sez. III, 7 maggio 2014, n. 37171, Di Mauro, Rv. 260106, Sez. IV, 18 dicembre 2013, n. 10926/14, La China, Rv. 258618).

Le Sezioni unite hanno aderito a tale ultimo indirizzo affermando che il concomitante impegno professionale del difensore costituisce legittimo impedimento, che dà luogo ad impossibilità assoluta a comparire in tutti i casi in cui ricorrano proprio quelle condizioni individuate dalla elaborazione giurisprudenziale al fine di delimitare l'istituto e garantire che la priorità del diverso impegno rispetto al procedimento da differire non dipenda da una valutazione discrezionale del difensore ma da oggettive circostanze pienamente valutabili dal giudice. A favore di tale opzione militerebbero inoltre ragioni di ordine tecnico e sistematico nonché di tenuta costituzionale. Nella pronuncia si rammenta, infatti, che proprio le incertezze giurisprudenziali in merito alla natura giuridica dell'istituto dell'impedimento per concomitante impegno professionale del difensore avevano già determinato un intervento della Corte costituzionale in relazione al tema dei possibili abusi cui esso si poteva prestare determinando una paralisi processuale senza meccanismi di sindacato da parte del giudice in ordine all'oggetto dell'impegno addotto dal difensore.

Nell'occasione il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 178 del 1991, aveva enucleato alcuni fondamentali principi circa l'interpretazione dell'art. 486, comma 5 cod. proc. pen., poi riversato nell'art. 420 *ter*, comma 5 dello stesso codice, affermando, non solo che *“la norma denunciata non preclude al giudice una valutazione comparativa per agevolare l'esercizio della giurisdizione”*, ma anche che un giudizio di priorità può essere compiuto dal giudice *“secondo canoni di ragionevolezza in sede di esame comparativo delle situazioni messe a confronto”*, effettuando un apprezzamento diretto a stabilire la legittimità della richiesta. Né tale valutazione potrebbe essere ostacolata dalla mancanza di criteri e principi prefissati e selettivi, *“dovendosi anche tener conto che tali canoni andranno sempre più ad arricchirsi in conseguenza di una più prolungata pratica giurisprudenziale, in sede di applicazione concreta della norma denunciata”*.

La Corte, dunque, ritenendo applicabile la disposizione di cui all'art. 468 cod. proc. pen. al concorrente impegno professionale del difensore, aveva nel contempo rimesso

alla giurisprudenza il compito di individuare i criteri di valutazione della legittimità della richiesta di differimento atteso che *“la norma denunciata, d'altronde, riferendosi ad un impedimento legittimo del difensore, ovviamente presuppone, da parte del giudice dinanzi al quale viene fatto valere l'impedimento, un apprezzamento diretto a stabilire la legittimità della richiesta”*.

Ad avviso delle Sezioni unite, dunque, il Giudice delle leggi, già all'indomani della entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, aveva inquadrato l'ipotesi del concomitante impegno professionale del difensore tra i casi in cui – salvo l'accertamento dei relativi presupposti - il dibattimento doveva essere sospeso o rinviato per assoluta impossibilità di comparizione del difensore per legittimo impedimento. Anzi, a ben guardare, il riferimento al diverso regime che invece caratterizzava la disciplina prevista dal codice abrogato - sul punto del tutto silente - stava chiaramente a denotare come, nella prospettiva coltivata dalla Corte costituzionale, proprio l'impedimento professionale fosse la ipotesi paradigmaticamente evocata dal legislatore, considerata la centralità del ruolo difensivo in un processo ispirato al modello accusatorio e nell'ambito del quale la difesa tecnica - anche per ciò che atteneva alla scelta dei riti alternativi - doveva essere assicurata in termini di reale effettività.

Conseguentemente la Corte, in linea di continuità con la citata sentenza Fogliani, ritenuta completamente della linea interpretativa tracciata dai giudici della Consulta, ha ribadito che la contemporaneità degli impegni del difensore è evento estraneo rispetto alla sua volontà non potendo certo egli orientare i giudici dei due diversi procedimenti a rinviare l'udienza alla stessa data, apparendo evidente in tal caso l'oggettiva impossibilità di ricondurre l'assenza del difensore ad una mera “scelta” allorché egli si trovi nella situazione, certamente non a lui addebitabile, di dover decidere a quale dei diversi impegni difensivi assolvere. In tal caso pertanto il difensore sarà tenuto solo a comprovare, sul presupposto dell'oggettiva impossibilità fisica di assicurare la presenza nello stesso tempo in due luoghi diversi e tra loro incompatibili, la ragione di un impedimento assoluto, che radica un diritto al rinvio.

Dovrà tempestivamente prospettare la contemporaneità dei diversi impegni, indicare le ragioni che rendono essenziale la sua partecipazione al diverso procedimento,

rappresentare l'assenza in detto procedimento di altro codifensore nonché l'impossibilità di avvalersi di un sostituto in entrambi i procedimenti. In presenza di tali condizioni, il giudice, dovrà accertare se sia effettivamente prevalente il diverso impegno rappresentato, proprio in quanto esso, per assumere l'efficacia impeditiva richiesta dalla norma, deve presentare anche la caratteristica della obiettività, nel senso che la priorità della esigenza difensiva nel procedimento pregiudicante deve trovare il suo fondamento non nella soggettiva opinione del difensore, ma deve risultare ancorata a specifiche circostanze: sempreché non sussistano, ovviamente, contrarie ragioni di urgenza, che il giudice deve valutare con ponderata delibazione, nel necessario bilanciamento fra le contrapposte esigenze. Viceversa, in mancanza di tali condizioni, non può ritenersi sussistente il legittimo impedimento e quindi neppure un "diritto al rinvio" della causa, pur potendo il giudice, contemperando le esigenze della difesa con quelle della giurisdizione, concedere il rinvio secondo il suo prudente apprezzamento - tenendo conto delle esigenze organizzative dell'ufficio giudiziario, dei diritti e delle facoltà per le altre parti coinvolte nel processo, dei principi costituzionali di ragionevole durata ed efficienza della giurisdizione - così qualificando la richiesta di differimento non come legittimo impedimento ma come mera richiesta di rinvio per assicurare all'imputato di essere assistito dal difensore che meglio conosce la vicenda processuale.

La soluzione raggiunta dalla Suprema corte pare allora essere logico corollario del percorso ermeneutico intrapreso in materia, già all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della stessa Corte di cassazione che, avendo provveduto a riempire di contenuto la disposizione di cui all'art. 486 cod. proc. pen. (ora 420 *ter*), delineando specifici criteri selettivi nonché i presupposti in base ai quali il difensore può chiedere e ottenere il rinvio, rimettendone comunque la verifica ed il vaglio all'organo giudicante, ha reso vieppiù inevitabile la sussumibilità della fattispecie in esame nell'istituto del legittimo impedimento.



SEZIONE II

ATTI DEL PROCEDIMENTO

CAPITOLO I

LE NOTIFICHE TELEMATICHE

(GIUSEPPE MARRA)

SOMMARIO: 1. La sentenza Nedzvetskyi delle Sezioni Unite. 1.1 Il quadro normativo di riferimento. 1.2. La decisione delle Sezioni Unite. 2. Le sentenze delle Sezioni semplici sulla posta certificata.

1. La sentenza Nedzvetskyi delle Sezioni Unite.

La vicenda giunta alla cognizione delle Sezione Unite prende origine dal ricorso per cassazione proposto dall'indagato Nedzvetskyi Dmytru avverso l'ordinanza, emessa dal Tribunale di Torino, sezione del Riesame, in data 21-22 marzo 2014, che respingeva l'appello proposto dal predetto indagato nei confronti dell'ordinanza del G.I.P. dello stesso Tribunale di rigetto dell'istanza di revoca della misura della custodia cautelare, applicata al Nedzvetskyi con ordinanza del 20 gennaio 2014, perché gravemente indiziato dei reati di cui agli artt. 628, comma 1, e 582 c.p.

Tra i vari motivi di ricorso, il ricorrente lamentava, ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b), cod. proc. pen., la violazione degli artt. 2, 3 e 111 Cost., in relazione agli artt. 293 e 309 c.p.p., nonché in relazione all'art. 16, commi 4, 9 e 11, del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

Nello specifico, rilevava che il decreto di fissazione dell'udienza dell'appello cautelare dinanzi al Tribunale del Riesame era stato notificato al difensore dell'indagato esclusivamente in via telematica, mediante lo strumento della posta elettronica certificata (P.E.C.), nonostante l'art. 16, comma 9, lett. *c-bis*), del d.l. n.179 del 2012, così come modificato dall'art. 1, comma 19, della legge 24 dicembre 2012, n.228, prevedesse che tale modalità di notificazione potesse essere impiegata, con riferimento ai procedimenti penali e per le notifiche dirette a soggetti diversi dall'imputato, soltanto a decorrere dalla data del 15 dicembre 2014.

La violazione della disposizione di legge da ultimo richiamata avrebbe arrecato una grave lesione del diritto di difesa del soggetto sottoposto alla misura cautelare, considerato che la notifica al difensore a mezzo P.E.C. era stata effettuata prima della data del 15 dicembre 2014 fissata dalla legge e che il difensore non era poi comparso nell'udienza camerale fissata per discutere dell'appello di cui sopra.

Con ordinanza del 10 aprile 2014, la Seconda Sezione della Corte di Cassazione riteneva che *“con il motivo di ricorso sopra indicato sia stata sollevata una questione di diritto meritevole di essere valutata e decisa dalle Sezioni unite penali della Suprema Corte”*.

Dopo aver ripercorso l'evoluzione normativa che si era registrata in tema di norme sulle notificazioni per via telematica nel procedimento penale a persona diversa dall'imputato, la Seconda Sezione evidenziava come in giurisprudenza era stata data un'unica risposta alla questione in una recente decisione (Sez. II, 9 luglio 2014, n.32430, Nedzvetskyi, Rv.260243) che, peraltro, riguardava la medesima misura cautelare portata all'attenzione delle Sezioni Unite.

1.1. Il quadro normativo di riferimento.

Al fine di comprendere più facilmente la questione in esame appare necessario descrivere *in primis* lo sviluppo del quadro normativo riferibile alle notifiche effettuate a persone diverse dall'indagato/imputato a mezzo posta elettronica certificata (P.E.C.).

La prima norma da prendere in considerazione è l'art. 51 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, modificato dall'art. 4, comma 3 lett. a), del decreto legge 29 dicembre 2009, n. 193 convertito con modificazioni nella legge 22 febbraio 2010, n. 124, che prevedeva : *“1. A decorrere dal quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana dei decreti di cui al comma 2, negli uffici giudiziari indicati negli stessi decreti, le notificazioni e le comunicazioni di cui al primo comma dell'articolo 170 del codice di procedura civile, la notificazione di cui al primo comma dell'articolo 192 del codice di procedura civile e ogni altra comunicazione al consulente sono effettuate per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata di cui all' articolo 16 del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185 , convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2 .*

Allo stesso modo si procede per le notificazioni e le comunicazioni previste dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151, comma 2, del codice di procedura penale. La notificazione o comunicazione che contiene dati sensibili e' effettuata solo per estratto con contestuale messa a disposizione, sul sito internet individuato dall'amministrazione, dell'atto integrale cui il destinatario accede mediante gli strumenti di cui all' articolo 64 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

2. Con uno o piu' decreti aventi natura non regolamentare, da adottarsi entro il 1° settembre 2010, sentiti l'Avvocatura generale dello Stato, il Consiglio nazionale forense ed i consigli dell'ordine degli avvocati interessati, il Ministro della giustizia, previa verifica, accerta la funzionalita' dei servizi di comunicazione, individuando gli uffici giudiziari nei quali trovano applicazione le disposizioni di cui al comma 1.

3. A decorrere dalla data fissata ai sensi del comma 1, le notificazioni e comunicazioni nel corso del procedimento alle parti che non hanno provveduto ad istituire e comunicare l'indirizzo elettronico di cui al medesimo comma, sono fatte presso la cancelleria o segreteria dell'ufficio giudiziario”.

In attuazione delle previsioni contenute nel richiamato art. 51 del d.l. n. 112 del 2008, il Ministro della Giustizia emanava il decreto ministeriale 12 settembre 2012 avente ad oggetto l'”avvio delle comunicazioni e notificazioni per via telematica presso il Tribunale e la Procura di Torino – settore penale-“.

Con tale decreto, in vigore dal successivo 1 ottobre 2012, il Ministro della Giustizia, accertata la funzionalità dei servizi di comunicazione previsti dall'art. 51, comma 2, del d.l. n. 112 del 2008 per il Tribunale e la Procura della Repubblica di Torino, autorizzava perciò presso gli Uffici giudiziari in questione l'esecuzione per via telematica delle notificazioni a persona diversa dall'imputato, a norma degli artt. 148, comma 2 bis, 149, 150 e 151, comma 2, cod. proc. pen.

A distanza di pochi giorni dalla data del 1 ottobre 2012 il quadro normativo di riferimento descritto mutava a seguito della emanazione del citato d.l. n.179 del 2012, in vigore dal 20 ottobre 2012, cioè dopo che il Tribunale e la Procura della Repubblica di Torino già stavano procedendo, in forza del predetto decreto ministeriale 12 settembre 2012, alla notificazione degli atti per via telematica. L'art. 16, commi 4 e ss. del d.l. n.179

del 2012, prevedeva, secondo un'impostazione del tutto sovrapponibile alla normativa preesistente, che *"Nei procedimenti civili le comunicazioni e le notificazioni a cura della cancelleria sono effettuate esclusivamente per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni [...] allo stesso modo si procede per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2 -bis, 149, 150 e 151 comma 2 del codice di procedura penale"*.

In merito al *dies a quo* di efficacia delle nuove procedure, con specifico riferimento al settore penale, il comma 9 lett. d) dell'art. 16 stabiliva che le disposizioni relative alla notifica telematica avrebbero acquistato efficacia *"a decorrere dal quindicesimo giorno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana dei decreti di cui al comma 10 per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2-bis, 149, 150 e 151 comma 2 del codice di procedura penale, e per gli Uffici giudiziari diversi dai tribunali e dalle corti d'appello"*. Pertanto anche la nuova disposizione subordinava la possibilità di notificazioni mediante P.E.C. all'emanazione da parte del Ministro della Giustizia di decreti aventi natura non regolamentare attestanti l'idoneità degli Uffici giudiziari a svolgere quel tipo di comunicazioni telematiche.

Veniva poi sancita l'esplicita e formale abrogazione dei commi da 1 a 4 dell'art. 51 del previgente d.l. n.112 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge n.133 del 2008, cioè, quelle norme che, come detto, già prevedevano la possibilità di effettuare la notificazione degli atti per via telematica nel processo penale a persona diversa dall'imputato, pur sempre previa adozione da parte del Ministro della Giustizia di un decreto attestante l'idoneità dei singoli uffici giudiziari ad effettuare le notifiche a mezzo P.E.C.

Peraltro va sottolineato che diversamente dai procedimenti civili, per i procedimenti penali la norma non statuiva nulla per gli Uffici (come il Tribunale e la Procura della Repubblica di Torino) per i quali, in attuazione dell'art. 51 del d.l. n.112 del 2008 (da quel momento abrogato), il Ministro della Giustizia aveva già emesso il decreto ministeriale che, attestando la idoneità funzionale dei servizi di comunicazione, consentiva di procedere alla notificazione degli atti a persone diverse dall'imputato per via telematica.

Perciò riepilogando si può affermare che l'art. 16 del d.l. n.179 del 2012, in particolare, da un lato abrogava le disposizioni previste ai commi da 1 a 4 dell'art. 51 del d.l. n.112 del 2008, ma, dall'altro riproduceva, in chiara continuità normativa, il contenuto delle norme abrogate, subordinando quindi nuovamente l'efficacia delle disposizioni relative alle notificazioni per via telematica nel processo penale alla adozione dei decreti ministeriali che attestassero l'idoneità funzionale dei singoli uffici, senza però prevedere nulla quanto ai procedimenti penali, per gli uffici che, in relazione al meccanismo normativo delineato dall'art. 51 del d.l. n.112 del 2008, potevano a quella data già effettuare per via telematica le notificazioni nel processo penale alle persone diverse dagli imputati.

L'intervento del legislatore non si era però arrestato; infatti l'art. 1, comma 19 punto 1 lett. a) e b), della legge n. 228 del 2012, (legge di stabilità per l'anno 2013) modificava il comma 9 dell'art. 16 del d.l. n.179 del 2012, convertito, con modificazioni, nella legge n. 221 del 2012, di cui si è appena detto, cioè la norma che aveva individuato il momento dal quale le disposizioni che prevedevano le notificazioni telematiche avrebbero acquistato efficacia.

In forza della legge n.228 del 2012, dunque, l'efficacia delle norme che prevedevano le notificazioni per via telematica nei procedimenti penali a persona diversa dall'imputato - a norma degli articoli 148 comma 2 bis, 149, 150 e 151 comma 2 cod. proc. pen. - era differita, in generale, per i Tribunali e le Corti di appello, al 15 dicembre 2014.

Una disciplina transitoria era poi prevista solo con riferimento ai procedimenti civili, ma non anche con riguardo ai procedimenti penali.

La questione che emergeva a seguito dell'ultimo intervento legislativo segnalato era se, per effetto della modifica dell'art. 16, comma 9, del d.l. n.179 del 2012, e, quindi, dell'introduzione del termine fissato a decorrere dal 15 dicembre 2014, l'efficacia delle norme che prevedevano la possibilità di procedere alla notificazione degli atti in via telematica a persona diversa dall'imputato era stata per tutti gli uffici giudiziari differita alla scadenza del termine indicato, ovvero se, per gli uffici giudiziari per i quali il decreto

ministeriale attuativo non regolamentare era già stato emesso non solo prima della previsione di detto termine, ma, addirittura, anteriormente all'entrata in vigore del d.l. n. 179 del 2012 (come appunto il Tribunale e la Procura della Repubblica di Torino), le notificazioni per via telematica potessero essere eseguite già prima del decorso del termine del 15 dicembre 2014.

1.2. La decisione delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite, con la **sentenza 26 giugno 2015, n.32243, Nedzvetskyi, Rv.264864**, massimata nei seguenti termini: *“Anche dopo l'entrata in vigore del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, sono valide le notificazioni per via telematica a persona diversa dall'imputato o indagato eseguite, ai sensi del D.L. 25 giugno 2008, n. 112 e relativa conversione in legge, dagli Uffici giudiziari già autorizzati dal decreto 1 ottobre 2012 del Ministro della Giustizia (In motivazione la Corte ha chiarito che per gli Uffici giudiziari già autorizzati non trova applicazione l'art. 16, comma nono, lett. c-bis del D.L. n. 179 del 2012, che fa decorrere dal 15 dicembre 2014 l'efficacia delle norme relative alle notificazioni per via telematica)”*, hanno affrontato la questione *in primis* dando conto delle opzioni interpretative offerte dalle uniche due sentenze che si sono pronunciate sull'argomento

La prima decisione richiamata è quella della Sez. II, 9 luglio 2014, n.32430, Nedzvetskyi, Rv. 260243, in cui è stato affermato il principio di diritto così massimato: *“Le disposizioni relative alle notificazioni per via telematica a persona diversa dall'imputato, previste dal d.l. 28 ottobre 2012, n. 179 – convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221 – entrano in vigore il 15 dicembre 2014, previa adozione da parte del Ministro della Giustizia del decreto attestante la idoneità funzionale dei servizi di comunicazione dei singoli Uffici giudiziari. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto non valide le notificazioni effettuate per via telematica dal Tribunale di Torino, ufficio giudiziario per il quale l'idoneità funzionale dei servizi di comunicazione era già stata attestata con decreto in data 12 settembre 2012 del Ministro della Giustizia emesso - ai sensi dell'art. 51 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133 - prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 179 del 2012)”*.

Nel caso di specie il difensore, con ricorso per cassazione, aveva eccepito l'illegittimità delle notifiche compiute per via telematica degli avvisi di deposito dell'ordinanza del Tribunale della libertà di Torino del 7 marzo 2014 che aveva dichiarato inammissibile l'istanza di riesame perché proposta tardivamente.

In particolare, era stato dedotto che il decreto del 12 settembre 2012 con il quale il Ministro della Giustizia, dando attuazione all'art. 51 del d.l. n. 112 del 2008, aveva accertato la idoneità funzionale degli impianti dei servizi di comunicazione presso il Tribunale e la Procura della Repubblica di Torino per le notificazioni per via telematica a persona diversa dall'imputato, non poteva più considerarsi vigente per effetto dell'abrogazione del predetto art. 51 ad opera del successivo d.l. n. 179 del 2012, che, all'art. 16, avrebbe stabilito che le disposizioni riguardanti le notifiche per via telematica sarebbero entrate in vigore a decorrere dal 15 dicembre 2014.

La Corte di Cassazione annullava con rinvio la decisione impugnata, ritenendo nulle le notificazioni effettuate per via telematica al difensore ed escludendo che, al momento in cui i due avvisi furono notificati al difensore, fossero efficaci per gli Uffici giudiziari di Torino le norme che disciplinano la notificazione degli atti per via telematica.

Per giungere a tale conclusione la Corte valorizzava l'art. 1, comma 19, della legge n. 228 del 2012 che *“ha modificato l'art. 16, comma 9, del d.l. n. 179 del 2012 introducendo la lettera c-bis) secondo cui le disposizioni dei commi precedenti relative alle notificazioni degli atti per via telematica nel processo penale nei confronti di persona diversa dall'imputato, sarebbero entrate in vigore solo a decorrere dal 15 dicembre 2014”*

Le Sezioni Unite hanno poi richiamato la sentenza **Sez. VI, 12 dicembre 2014, n. 24882/2015, Cutri**.

In quel giudizio la Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla validità della notifica dell'avviso di fissazione dell'udienza di riesame di un'ordinanza custodiale, eseguita dal Tribunale di Torino per via telematica al difensore dell'indagato prima del 15 dicembre 2014, riteneva invece rituale la notificazione in questione, con ciò ponendosi in consapevole contrasto con la sentenza n. 32430/2014, sopra evidenziata.

La Corte rilevava come, dalla complesso sviluppo normativo registratosi in tema di efficacia delle norme sulle notificazioni per via telematica alle persone diverse dall'imputato, dovesse essere recepita l'interpretazione secondo cui legge n. 228/2012, che aveva per ultimo introdotto il termine del 15 dicembre 2014, riguardasse i soli uffici per i quali, a differenza di quelli torinesi, non era mai stato emesso il decreto ministeriale attestante la idoneità funzionale degli impianti di comunicazione esistenti.

Secondo la Corte, quindi, per gli uffici torinesi, le norme sulla notificazione degli atti per via telematica sarebbero state efficaci già prima del decorso del 14 dicembre 2014.

Aggiungeva la Corte che, pur prescindendo dal tema della vigenza della efficacia delle norme sulle notificazioni telematiche nel processo penale, la possibilità per gli uffici, come quelli torinesi, di procedere alle notificazioni in questione poteva farsi discendere direttamente dall'art. 148, comma 2 bis, cod. proc. pen., come interpretato in termini ampi dalle Sezioni Unite, 28 aprile 2011, n.28451, Pedicone, Rv. 250121.

Le Sezioni Unite hanno aderito all'opzione interpretativa per ultimo riferita, precisando, in primo luogo, che i decreti ministeriali, con i quali la competente autorità amministrativa ha accertato e certificato l'idoneità degli impianti esistenti in determinati uffici giudiziari, non sono atti a contenuto normativo, ma hanno natura dichiarativa e funzione ricognitiva ed accertativa.

Fatta questa premessa la Suprema Corte ha opinato circa l'effettiva portata della abrogazione operata dal comma 11 dell'art. 16 del d.l. n.179 del 2012 (convertito dalla legge n.221 del 2012) dei commi 1, 2, 3, 4 dell'art. 51 del d.l. n.112 del 2008 (convertito dalla legge n.133 del 2008) in relazione alle attestazioni di idoneità derivanti dai decreti ministeriali. Nella motivazione si legge che se era indubbio che il decreto ministeriale del 12 settembre 2012, che aveva sancito l'idoneità degli impianti degli uffici giudiziari di Torino, era stato emanato in forza di una disposizione normativa (nel caso di specie, l'art. 51 sopra richiamato) poi espressamente abrogata, era però altrettanto vero che "*l'esito di tale accertamento costituisce un dato di fatto che rispecchia una situazione del mondo fenomenico che non appare passibile di abrogazione*". Infatti la Corte ha ricordato che "*l'abrogazione può riguardare la sfera precettiva del dover essere, non quella, appunto fenomenica, dell'essere. E se non può*

esservi dubbio che un decreto ministeriale a contenuto regolamentare non possa sopravvivere al testo legislativo per la cui attuazione è stato emanato o dal quale comunque è legittimato (simul stabunt, simul cadent, ovviamente), appare difficile sostenere che un impianto giudicato idoneo (e tale dichiarato con atto amministrativo dalla competente autorità), perda tale idoneità – si intende se non siano sopraggiunte cause esterne che su di essa possano avere inciso - perché la fonte normativa che, a suo tempo, aveva autorizzato la predetta autorità all'accertamento sia stata abrogata".

La successiva argomentazione utilizzata dalle Sezioni Unite, sulla falsariga di quanto affermato dalla sentenza della Sesta Sezione di cui sopra, ha posto al centro dell'interpretazione l'art. 148 comma 2-bis cod. proc. pen., norma che attribuisce all'autorità giudiziaria il potere di disporre che "notificazioni e gli avvisi ai difensori siano eseguiti con mezzi tecnici idonei". In forza di tale previsione normativa la Corte ha rilevato che non vi è ragione di escludere tra i "mezzi tecnici idonei" gli strumenti atti alla trasmissione telematica quando essi siano in grado di fornire prova della trasmissione stessa e della avvenuta ricezione, garanzie che il sistema della P.E.C. è certo capace di assicurare. E dunque, ha concluso la sentenza delle Sezioni Unite, che "...se pure non fossero mai state emanate le disposizioni normative sopra più volte richiamate (d.l. n.112/2008 convertito dalla legge n.133/2008, d.l. n.179/2012, convertito dalla legge n.245/2012, legge n.221/2012), già la ricordata disposizione del vigente codice di rito avrebbe consentito (a far tempo dall'introduzione del comma 2-bis nell'art. 148, vale a dire sin dal 2001) la notifica al difensore tramite P.E.C."

Da queste argomentazioni la Suprema Corte ha perciò potuto affermare che il Tribunale di Torino e la Procura della Repubblica presso quel Tribunale ben potevano procedere, a far data dal giorno 1° ottobre 2012, alle notificazioni ed alle comunicazioni tramite P.E.C. a tutti i soggetti diversi dall'indagato/imputato, e quindi anche al difensore dello stesso.

2. Le sentenze delle Sezioni semplici sulla posta certificata

La Cassazione ha poi affrontato con una serie di pronunce il tema generale dell'uso della posta elettronica certificata (P.E.C.) per comunicazioni e notificazioni, sia sotto il

profilo dell'idoneità legale del mezzo nei casi controversi, sia con riguardo ai soggetti legittimati ed ai casi consentiti.

In ordine alla prima problematica si segnala la sentenza **Sez. IV, 3 dicembre 2014, n.9892/2015, Bibaj, Rv.262453** massimata nei seguenti termini : “ *In tema di avviso al difensore per l'udienza di convalida, una volta accertata l'adeguatezza del mezzo usato, con riguardo al tempo disponibile e all'insussistenza di strumenti di comunicazione alternativi, è irrilevante la circostanza della mancata conoscenza da parte del difensore dell'avviso medesimo. (Fattispecie in tema di notificazione a mezzo di posta elettronica certificata)* “. Nel ricorso per cassazione il difensore dell'imputato aveva eccepito la nullità dell'avviso dell'udienza avanti al Tribunale del Riesame, di cui aveva avuto notizia solo il giorno prima, adducendo che nessuna notifica era stata ricevuta alla luce “*di contingenti problemi alla linea telefonica/internet del suo studio legale*”. La Cassazione rigettava il ricorso, rilevando che già il Tribunale del Riesame aveva affermato che era “*comprovata la ricezione della notifica del suddetto avviso da parte del difensore del prevenuto a mezzo P.E.C.*”. Ricorrendone l'*eadem ratio* si confermava perciò un consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di avviso di udienza di convalida comunicata a mezzo telefono con messaggio lasciato alla segreteria telefonica, secondo cui, una volta accertata l'adeguatezza del mezzo utilizzato, resta irrilevante la mancata conoscenza effettiva della comunicazione da parte del destinatario, atteso che corrisponde ad un preciso onere del difensore quello di assicurarsi una perfetta funzionalità dell'apparecchio di cui è dotato il proprio studio professionale e di ascoltare e/o leggere le comunicazioni in entrata (in questi termini : S.U., 30 ottobre 2002, n.39414, Arrivoli, Rv.222554).

Di interesse anche la sentenza **Sez.I, 25 settembre 2015, n.45403, Gilardi**, nel cui procedimento era stato eccepito dal difensore dell'indagato la nullità della notifica a mezzo P.E.C. del decreto di fissazione dell'udienza avanti al Tribunale del Riesame, in quanto l'avviso era stato inviato privo di firma digitale, mancando l'annotazione “*con coccarda*” a margine dell'atto notificato.

La Cassazione respingeva il suddetto motivo di ricorso rilevando che il ricorrente aveva confuso tra formazione digitale di un provvedimento (nel caso in esame il decreto

di fissazione dell'udienza, che invece era stato formato in cartaceo e presente negli atti processuali) e comunicazione a mezzo posta elettronica di tale provvedimento (ossia l'avviso del decreto di fissazione). Il Collegio affermava che la possibilità di notificare al difensore a mezzo P.E.C. l'avviso dell'udienza in camera di consiglio era già prevista dall'art. 148, comma 2 bis, c.p.p., anche a prescindere dalle successive norme (il d.l. n.179/2012), che hanno imposto le notifiche esclusivamente in via telematiche, precisando che in tali casi non era stato previsto alcun obbligo di allegare in copia autentica a mezzo firma digitale il relativo decreto.

Quanto all'impossibilità di utilizzare la P.E.C. ad opera delle parti private si richiama la sentenza **Sez. I, 28 gennaio 2015, n.18235, Livisianu, Rv. 263189**, la cui massima ha affermato il seguente principio : *“Nel processo penale, alle parti private non è consentito effettuare comunicazioni e notificazioni mediante l'utilizzo della posta elettronica certificata. (Fattispecie relativa ad istanza di rimessione in termini avanzata a mezzo PEC dal difensore di fiducia dell'imputato).”*

Nella decisione la Cassazione perciò ha affermato che l'utilizzo della P.E.C. era stato consentito, a partire dal 15 dicembre 2014, solo per le notificazioni per via telematica da parte delle cancellerie nei procedimenti penali a persona diversa dall'imputato – a norma degli articoli 148 comma 2 bis – 149 – 150 e 151 comma 2 cod. proc. pen.

La sentenza si segnala peraltro perché ha precisato, elencandoli, per quali atti è possibile utilizzare la P.E.C.; si afferma sul punto che : *“ Allo stato, la forma della notifica via PEC è deputata a sostituire forme derogatorie dell'ordinario regime delle notifiche, ponendosi come alternativa privilegiata rispetto alle comunicazioni telefoniche, telematiche e via telefax attualmente consentite in casi determinati e nei confronti di specifiche categorie di destinatari. Si tratta de: a) le comunicazioni richieste dal pubblico ministero ex art. 151 c.p.p.; b) le notificazioni e gli avvisi ai difensori disposte dall'Autorità giudiziaria (giudice o pubblico ministero), "con mezzi tecnici idonei", secondo il dettato dell'art. 148 c.p.p., comma 2 bis; c) gli avvisi e le convocazioni urgenti disposte dal giudice nei confronti di persona diversa dall'imputato, per le quali è stata finora consentita la notifica a mezzo del telefono confermata da telegramma (ovvero, in caso di impossibilità, mediante mera comunicazione telegrafica dell'estratto), da eseguirsi ai recapiti corrispondenti ai luoghi di cui all'art. 157, commi primo e secondo e nei confronti del destinatario o di suo convivente (art. 149 c.p.p.); d) le*

notificazioni di altri atti disposte dal giudice sempre nei confronti di persona diversa dall'imputato, mediante l'impiego di mezzi tecnici che garantiscano la conoscenza dell'atto (art. 150 c.p.p.). “

In ordine poi ai limiti di utilizzo della P.E.C. derivanti da specifiche tipologie di atto processuale da comunicare, si segnala infine la sentenza **Sez. V, 5 marzo 2015, n.24332, Almaru, Rv. 263900**, così massimata : “ *È inammissibile l'impugnazione cautelare proposta dal P.M. mediante l'uso della posta elettronica certificata (c.d. PEC), in quanto le modalità di presentazione e di spedizione dell'impugnazione, disciplinate dall'art. 583 cod. proc. pen. - esplicitamente indicato dall'art. 309, comma quarto, a sua volta richiamato dall'art. 310, comma secondo, cod. proc. pen. - e applicabili anche al pubblico ministero sono tassative e non ammettono equipollenti, stabilendo soltanto la possibilità di spedizione dell'atto mediante lettera raccomandata o telegramma, al fine di garantire l'autenticità della provenienza e la ricezione dell'atto, mentre nessuna norma prevede la trasmissione mediante l'uso della PEC* ”. In questo caso la Cassazione, facendo un parallelismo con la presentazione dell'impugnazione a mezzo telefax, ha richiamato un consolidato filone giurisprudenziale (per ultimo si veda : **Sez. I, 20 marzo 2015, n.16356, Piras, Rv. 263321**), che fa perno sul principio di tassatività delle modalità di proposizione dell'impugnazione fissate dal codice di rito. Nella motivazione si è evidenziato peraltro che la P.E.C., così come avviene per il fax, garantisce la riferibilità della provenienza del file dal servizio amministrativo che lo spedisce, ma osservando che tale sistema non è però “ *in grado di assicurare la sicura riferibilità del contenuto di quel documento informatico alla persona fisica*” – cioè il Pubblico Ministero – “*che è la sola legittimata ad adottarlo, assumendosene la responsabilità*”.



CAPITOLO II

IL DIRITTO ALL'INTERPRETE ED ALLA TRADUZIONE DEGLI ATTI

(VALERIA PICCONE)

SOMMARIO. 1. La sentenza della Corte di giustizia nella causa Gavril Covaci e il giudice nazionale. - 2. La “consonanza” fra Corte di cassazione e giurisprudenza di Lussemburgo sul tema dell’impugnazione redatta in lingua straniera. - 3. In tema di oneri per l’estraddando che abbia interesse alla traduzione. - 4. Il regime temporale. - 5. Sulla prova della mancata conoscenza della lingua italiana. - 6. In ordine alla individuazione dei titolari del diritto alla traduzione. 7. Sulla “estensione” dell’obbligo di traduzione. 8. In tema di conseguenze della violazione dell’obbligo di traduzione. 9. Il regime di nullità.

1. La sentenza della Corte di giustizia nella causa Gavril Covaci e il giudice nazionale.

Come noto, l’art. 1, par. 1, della direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, stabilisce norme minime comuni da applicare in materia di interpretazione e traduzione nei procedimenti penali, con la finalità “di rafforzare la fiducia reciproca degli stati membri” così come dichiarato negli artt. 3 e 7.

Il Decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32, ha dato attuazione alla direttiva 2010/64/UE, intervenendo sulla regolamentazione codicistica vigente in materia.

Va preliminarmente rilevato come la Corte di giustizia (da ultimo, ex plurimis, CGUE, 15 ottobre 2015, causa C-216/14, Gavril Covaci) sia solita sottolineare che l’art. 1, par. 2 della Direttiva statuisce l’applicabilità del diritto alla traduzione dal momento in cui gli interessati siano posti a conoscenza dalle autorità competenti di uno Stato membro di essere indagati o imputati per un reato, fino alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla decisione definitiva che accerti se abbiano commesso il reato, incluse, ove occorra, le fasi relative alla irrogazione della pena ed alla decisione sulle impugnazioni. In ogni caso possono beneficiare del diritto all’interpretazione soltanto gli indagati e gli imputati che non siano in grado di esprimersi da soli nella lingua del procedimento (Gavril Covaci cit.).

Secondo giurisprudenza costante della Corte, ai fini dell’interpretazione di una disposizione del diritto dell’Unione, si deve tenere conto non soltanto del suo tenore

letterale, ma anche del suo contesto e degli obiettivi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (Rosselle, C-65/14, EU:C:2015:339, punto 43 e la giurisprudenza ivi citata).

Per quanto riguarda l'articolo 2 della direttiva 2010/64, dal suo stesso tenore emerge che esso, a differenza del successivo articolo 3, riguardante, appunto, la traduzione scritta di determinati documenti fondamentali, si riferisce all'interpretazione, orale, di enunciati orali. Pertanto, conformemente all'articolo 2, paragrafi 1 e 3, di detta direttiva, possono beneficiare del diritto all'interpretazione soltanto gli indagati e gli imputati che non siano in grado di esprimersi da soli nella lingua del procedimento, che ciò avvenga perché non parlino o non comprendano tale lingua o perché affetti da disturbi dell'udito o del linguaggio. È del resto per tale motivo, osserva la Corte, che l'articolo 2, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2010/64, elencando le circostanze in cui deve essere fornita l'assistenza di un interprete agli indagati o agli imputati si riferisce, anche se in modo non esaustivo, soltanto a situazioni che danno luogo a comunicazioni orali, quali gli interrogatori di polizia, tutte le udienze, comprese le necessarie udienze preliminari, nonché le comunicazioni con il rispettivo difensore, direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento o alla presentazione di un ricorso o di un'altra istanza procedurale.

In altri termini, secondo l'interpretazione offerta dai giudici di Lussemburgo, tale disposizione garantisce che, affinché sia assicurata l'equità del procedimento e la persona interessata sia in grado di esercitare i suoi diritti di difesa, la persona stessa, qualora sia chiamata a rilasciare essa stessa dichiarazioni orali, segnatamente nell'ambito di un procedimento penale, direttamente dinanzi all'autorità giudiziaria competente oppure tramite dichiarazioni rese al suo avvocato, sia legittimata a farlo nella propria lingua; tale interpretazione risulta avvalorata dagli obiettivi perseguiti dalla direttiva.

Secondo la Corte, allora, pretendere dagli Stati membri, non solo che essi consentano alle persone interessate di essere informate, appieno e nella loro lingua, delle accuse formulate a loro carico e di fornire la loro versione di tali fatti, ma altresì che essi si facciano carico sistematicamente della traduzione di tutti i ricorsi proposti dalle persone

interessate avverso un provvedimento giudiziario emesso nei loro confronti eccederebbe gli obiettivi perseguiti dalla stessa direttiva 2010/64.

La Corte di giustizia richiama, all'uopo, anche la giurisprudenza della Corte EDU secondo cui il rispetto dei requisiti relativi al processo equo si limita a garantire che l'accusato sia a conoscenza degli addebiti contestatigli e possa difendersi, senza che sia necessaria la traduzione scritta di tutte le prove documentali o di tutti i documenti ufficiali contenuti nel fascicolo (sul punto, fra le altre, CEDU, 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, serie A n. 168, § 74).

Non v'è dubbio, secondo la Corte, che la direttiva stabilisca norme minime, lasciando gli Stati liberi di ampliare i diritti previsti dalla normativa secondaria stessa al fine di assicurare un livello di tutela più elevato; ne deriva che occorrerà verificare caso per caso in che modo il diritto alla traduzione sia stato tutelato.

Come sempre più spesso avviene, allora, entra in gioco l'imprescindibile attività interpretativa del giudice nazionale, organo di base dello spazio giudiziario europeo.

La Corte afferma, infatti, che spetta al giudice del rinvio, alla luce, in particolare, delle caratteristiche del procedimento applicabile (nel caso di specie, il decreto penale di condanna oggetto del procedimento principale), nonché della causa di cui è investito, determinare se l'opposizione proposta per iscritto avverso un decreto penale di condanna debba essere considerata quale documento fondamentale del quale sia necessaria la traduzione.

La Corte conclude, quindi, affermando che il diritto alla traduzione contemplato all'art. 3 non include, in linea di principio, la traduzione scritta nella lingua del procedimento di un documento quale l'opposizione proposta avverso un decreto penale di condanna, redatto dalla persona interessata in una lingua che padroneggi, ma diversa da quella del procedimento. Statuisce, pertanto, che la direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali deve essere interpretata nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale, nell'ambito di un procedimento penale, non consenta alla persona, nei cui confronti sia stato emesso decreto penale di condanna, di proporre opposizione

per iscritto avverso il decreto stesso in una lingua diversa da quella del procedimento, sebbene tale persona non padroneggi quest'ultima lingua, a condizione che le autorità competenti non ritengano, conformemente all'art. 3, par. 3 di tale direttiva, che, alla luce del procedimento di cui trattasi e delle circostanze del caso di specie, detta opposizione costituisca un documento fondamentale (che impone, quindi, di procedere alla traduzione).

2. La “consonanza” fra Corte di cassazione e giurisprudenza di Lussemburgo sul tema dell'impugnazione redatta in lingua straniera.

Di alcuni mesi precedente la pronunzia della Corte di giustizia, **Sez. VI, I aprile 2015, n. 25287, Perez Segovia, Rv. 263811**, in linea con la decisione di Lussemburgo, in tema di esecuzione di un mandato di arresto europeo, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso le ordinanze cautelari emesse nei confronti dell'estradando in quanto redatto, dopo una prima parte in italiano – quella meramente riepilogativa dei provvedimenti cautelari – del tutto in lingua spagnola.

La Corte richiama la pronunzia delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 36541 del 26/06/2008 - dep. 24/09/2008, Akimenko, Rv. 240506) secondo cui, l'impugnazione redatta in lingua straniera, interamente o in uno dei suoi indefettibili elementi costitutivi indicati dall'art.581 c.p.p., proposta da soggetto legittimato (nella specie, estradando) che non conosca la lingua italiana, è inammissibile, atteso che questi, esercitando una facoltà personale e discrezionale, può valersi dell'assistenza di un proprio interprete di fiducia, a spese dello Stato, in caso di indigenza.

Si ribadisce, all'uopo, che, secondo il chiaro disposto dell'art. 109 c.p.p., "gli atti del procedimento penale sono compiuti in lingua italiana", previsione che ha lo scopo di garantire il controllo diffuso ed estrinseco da parte dell'opinione pubblica, connaturale all'ordinamento democratico che postula la celebrazione del processo nella lingua usata dalla collettività del luogo di svolgimento. Le Sezioni unite già prima della novella avevano evidenziato come, tuttavia, tale esigenza vada posta in relazione con l'inviolabilità del diritto alla difesa nei casi in cui il procedimento riguardi un soggetto che

non sia in grado di comprendere o parlare l'idioma usato nel giudizio, alla luce di quanto sancito dal terzo comma dell'art. 111 Cost. (come novellato dalla Legge costituzionale n. 2 del 1999) e dall'art. 6, comma 3, della Convenzione europea per i diritti dell'uomo.

Le Sezioni unite, nel risolvere il contrasto insorto sul tema della validità dell'impugnazione personale corredata da motivi in lingua straniera, avevano quindi ritenuto che fra gli “atti del procedimento penale” che debbono essere tradotti, vanno compresi, quando producono effetti processuali, quelli di parte, e fra essi indubbiamente le impugnazioni, in quanto atti “propulsivi” del giudizio ad un grado ulteriore, atto che deve avere i requisiti prescritti a pena di inammissibilità ed essere come tale “riconoscibile”, con la conseguente necessità della sua redazione nella lingua nazionale.

Conseguentemente, già prima della riforma, secondo il Supremo Collegio, il soggetto che non fosse in grado di usare la lingua italiana avrebbe potuto esercitare il diritto d'impugnazione esclusivamente a mezzo di un atto redatto in lingua italiana, avvalendosi dell'assistenza di un proprio interprete e, se indigente, mediante ricorso allo Stato attraverso l'istituto del patrocinio pubblico, secondo quanto già stabilito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 254 del 2007.

Osserva oggi la Corte (Sez. VI, Perez Segovia, cit.) come, con il d.lgs. n. 32 del 2014 si sia, in particolare, riconosciuto il diritto alla interpretazione ed alla traduzione degli atti fondamentali del processo penale in favore di coloro che non parlano e non comprendono la lingua del procedimento, al fine di garantire loro il più ampio diritto ad un processo equo, previsto sia dall'art. 6, n. 3, lett. a) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - in base al quale “ogni accusato ha diritto ad essere informato, nel più breve spazio di tempo, nella lingua che egli comprende ed in maniera dettagliata, della natura e dei motivi della accusa a lui rivolta” -, sia dagli artt. 47 e art. 48, comma 2, della Carta dei Diritti fondamentali.

Il “diritto alla comprensione” dell'imputato alloglotta diventa allora oggi, secondo la Corte, diritto soggettivo perfetto. Nel decreto legislativo considerato, secondo la Sezione Sesta, si è espressamente riconosciuto un diritto non solo all'interprete, ma anche alla

traduzione scritta degli atti del procedimento, diritto in precedenza riconosciuto in relazione a specifici atti solo per via giurisprudenziale.

Espressamente prevista è, nell'art. 143 cod. proc. pen., l'assistenza gratuita di un interprete anche “nei colloqui dell'indagato/imputato alloglotta con il difensore, prima di rendere un interrogatorio, ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento”; si estende in tal modo il diritto all'interprete, in funzione garantista, ai colloqui difensivi. L'art. 104 cod. proc. pen., comma 4 bis, introdotto con il medesimo decreto legislativo, estende il diritto all'interprete ai colloqui con il difensore dell'imputato alloglotta in stato di custodia cautelare, arrestato o fermato.

Secondo la Corte, non v'è dubbio che fra le richieste o memorie cui dette norme fanno riferimento, rientrano anche le richieste di revoca o sostituzione della misura cautelare così come gli atti d'impugnazione, trattandosi di atti di impulso di momenti processuali di verifica e di controllo della persistenza delle condizioni per il perdurare della limitazione della libertà personale, ovvero per la rivisitazione del giudizio di penale responsabilità, assolutamente fondamentali ai fini del compiuto esercizio del diritto di difesa della persona sottoposta a procedimento.

Si tratta in ogni caso dell'esercizio di un diritto il cui costo, secondo la Corte, resta completamente a carico dello Stato, indipendentemente dalle condizioni economiche dell'imputato o indagato. In considerazione del silenzio normativo quanto alle modalità di richiesta di assistenza linguistica, secondo il Collegio, l'interessato, personalmente o per il tramite del suo difensore, deve ritenersi possa rivolgere istanza all'autorità giudiziaria procedente la quale, valutata la sussistenza dei presupposti, dovrà autorizzare l'assistenza gratuita dell'interprete ovvero respingere l'istanza illustrandone le ragioni. Conseguentemente, nel caso considerato, il ricorso redatto in lingua straniera (in spagnolo nella parte concernente l'esposizione dei motivi) è stato ritenuto non riconoscibile come atto di impugnazione e, comunque, alla luce del limite linguistico, sostanzialmente privo di motivi e, per conseguenza, inammissibile.



Evidente la consonanza fra le conclusioni raggiunte dalla Corte e quelle descritte come collegate all'obbligo di cooperazione gravante sull'interprete così come sancite di recente dai Giudici di Lussemburgo.

Secondo questi ultimi, infatti, spetta al giudice nazionale verificare se il peculiare atto considerato debba essere ricompreso fra quelli dei quali risulta indispensabile la traduzione per la compiuta realizzazione del diritto di difesa. Ed è esattamente ciò che ha fatto la Sezione Sesta della S.C. nella citata decisione **n. 25287/2015**, nel concludere che gli atti sottoposti al proprio vaglio, attinenti alla libertà personale, in quanto impugnazioni di provvedimenti cautelari, avrebbero dovuto formare oggetto di istanza di traduzione per ottenerne la proponibilità dinanzi all'Autorità giudiziaria.

Un ultimo aspetto della decisione merita di essere segnalato. Esso riguarda l'applicabilità, anche alle procedure di mandato di arresto europeo e di estradizione della normativa vigente in tema di traduzione. Tale corollario, secondo la Corte, si evince dai Lavori Preparatori, laddove - nella Tabella di concordanza annessa alla Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo trasmessa al Senato della Repubblica - si evidenzia che la legge 22 aprile 2005, n. 69 richiama (art. 9, comma 5) le norme del codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Proprio alla luce di tale rinvio espresso, quindi, si deve ritenere che il diritto alla interpretazione e traduzione spetti anche a favore del destinatario del mandato di arresto europeo, in relazione a tale provvedimento, in linea, peraltro, con quanto disposto dalla stessa Direttiva che contiene puntuali prescrizioni in tema di M.A.E. all'art. 2, paragrafo 7, e art. 3, paragrafo 6. Conseguentemente, ad avviso del Collegio, alla medesima conclusione si deve pervenire anche con riferimento ai provvedimenti che dispongono misure cautelari coercitive nei procedimenti di estradizione, atteso che, anche in questo caso, l'art. 714, comma 2, richiama "in quanto applicabili" le disposizioni in materia di misure coercitive, utilizzando un linguaggio quasi identico a quello previsto dalla L. n. 69 del 2005 per il mandato di arresto europeo.

3. In tema di oneri per l'estradando che abbia interesse alla traduzione.

Nell'ambito del mandato di arresto europeo e con particolare riguardo agli oneri per l'estradando che abbia interesse alla traduzione (in questo caso, della sentenza favorevole all'estradizione), **Sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 20634, Ketikyan, Rv. 263393**, osserva preliminarmente come, nel caso considerato, lo stesso ricorrente avesse riconosciuto che un interprete era stato presente nel corso del processo, fino all'udienza in cui era stata emessa la sentenza, tanto da non esser stata sollevata alcuna eccezione per la mancata assistenza dello stesso, così come per la mancata traduzione degli atti nelle fasi precedenti. In ogni caso, secondo la Corte, la mancata traduzione della sentenza non aveva pregiudicato in fatto l'estradando, che, tramite il suo difensore, aveva proposto un ampio e dettagliato ricorso per cassazione.

Anche dopo il d. lgs. 32 del 2014, osserva, quindi, il Collegio, è onere dell'estradando, che abbia interesse alla traduzione in lingua madre della sentenza favorevole all'estradizione, farne istanza ai fini dell'esercizio del diritto di impugnazione, con la conseguenza che la proposizione del ricorso avverso la sentenza di cui non è stata richiesta la traduzione consuma tale facoltà, presupponendone la carenza d'interesse (il richiamo è a Sez. VI, 18 dicembre 2008, n. 4954, Morlock, Rv. 242692).

4. Il regime temporale.

Per quanto concerne il regime temporale, la questione principale ha riguardato la mancata traduzione degli atti processuali antecedenti all'entrata in vigore del D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 32.

La querelle che si pone attiene, infatti, all'individuazione del discrimine temporale e si configura quand'anche si ritenga la traduzione un'attività esterna all'atto, ad esso successiva, e funzionale a consentire l'esercizio dei diritti e delle facoltà della difesa.

Risulta evidente, in merito, osserva la Corte (sul punto, **Sez. III, 18 settembre 2015, n. 41834, Egdobawaye Festus, Rv. 265100**) che qualora la traduzione venga considerata piuttosto un requisito dell'atto, il diritto alla traduzione possa sorgere solo con riferimento agli atti venuti ad esistenza, ossia formalmente depositati, a partire dal

giorno di entrata in vigore del decreto legislativo che ha modificato l'art. 143 cod. proc. pen.. Principio base è che il diritto all'assistenza dell'interprete, nei casi e nei termini previsti dall'art. 104, comma 4 bis e dall'art. 143 cod. proc. pen., comma 1, nella formulazione introdotta dal D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 32, non è configurabile in relazione ad atti e attività compiuti antecedentemente alla data di entrata in vigore della citata modifica normativa (sul punto, Sez. III, 30 aprile 2014, n. 27067, RD, Rv. 261508). Per tali atti e attività trova, dunque, applicazione il regime previgente, in base al quale, peraltro, la sentenza non è compresa tra gli atti rispetto ai quali la legge processuale assicura all'imputato alloglotta, che non conosca la lingua italiana, il diritto alla nomina di un interprete per la traduzione nella lingua a lui conosciuta (Sez. VI, 13 dicembre 2013, n. 10300, Zhou, Rv. 261828; Sez. VI, 30 dicembre 2013, n. 32/2014, Iordache, Rv. 258558).

Come noto, nel 2014, le Sezioni Unite (Sez. U., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e altri, Rv. 261111) in un caso di copiosa documentazione in lingua inglese e tedesca acquisita nel corso delle indagini preliminari, avevano affermato che l'obbligo di usare la lingua italiana si riferisce agli atti da compiere nel procedimento, non agli atti già formati da acquisire al processo, per i quali la necessità della traduzione si pone solo qualora lo scritto in lingua straniera assuma concreto rilievo rispetto ai fatti da provare; avevano ribadito, quindi, l'onere della parte interessata di indicare ed illustrare le ragioni che rendono plausibilmente utile la traduzione dell'atto nonché il pregiudizio concretamente derivante dalla mancata effettuazione della stessa.

Sul punto del discrimine temporale, secondo il Collegio, una indicazione può essere desunta dall'art. 3 par. 1 della direttiva 2010/64/UE, il quale precisa che il diritto alla traduzione si riferisce a “tutti i documenti che sono fondamentali per garantire (agli imputati o agli indagati) che siano in grado di esercitare i loro diritti di difesa e per tutelare l'equità del procedimento”. In effetti, se lo scopo della disposizione di garanzia è quello di assicurare l' “equità del procedimento” e, quindi, secondo le tipiche categorie della giurisprudenza CEDU, il rispetto dei diritti fondamentali, il criterio da applicarsi non può che essere quello della funzionalità della traduzione rispetto ad un diritto

fondamentale ancora esercitabile. In questa prospettiva, in relazione ad una sentenza già impugnata, (oltre che ovviamente in relazione ad una sentenza per la quale siano decorsi i termini di impugnazione) non è configurabile il diritto alla traduzione, poiché il diritto all'impugnazione (nei limiti in cui lo si ritenga un diritto fondamentale) è già stato esercitato.

5. Sulla prova della mancata conoscenza della lingua italiana.

Relativamente alla delicata questione involgente la prova della conoscenza della lingua italiana in caso di deduzione del mancato rispetto delle norme relative alla lingua utilizzata negli atti processuali, **Sez. II, 28 ottobre 2015, n. 46139, Reznikov**, rileva come l'accertamento circa la conoscenza della lingua italiana rappresenti una indagine di fatto, che non prevede il rispetto di un procedimento specifico e non risulta dipendente dal rispetto di parametri legislativi predefiniti.

Osserva, infatti, il collegio che l'assenza di indicazioni legislative in merito alle modalità di accertamento ed ai parametri che devono essere utilizzati per la valutazione della conoscenza della lingua, colloca tale apprezzamento nell'area delle valutazioni di merito che sono sottratte, in assenza di illogicità manifeste o di incoerenze con le emergenze procedurali, alla rivalutazione di legittimità.

La Corte (**Sez. III, 25 marzo 2015, n. 16794, Peleckiene e altri, Rv. 263392**), ha poi affermato che la nomina di un difensore di fiducia non integra la prova che l'imputato alloglotta conosca la lingua italiana, in assenza di ulteriori elementi da cui possa evincersi l'utilizzazione della lingua italiana nei contatti intercorsi con il difensore, ovvero nel compimento delle altre attività processuali.

Secondo la Corte, il giudice d'appello, nel ritenere che l'imputata, conferendo procura speciale al difensore per la richiesta di rito alternativo e, quindi, non essendo rimasta inerte nel procedimento, ma, al contrario, avendo assunto personalmente iniziative rivelatrici della sua capacità a difendersi adeguatamente, aveva confuso la facoltà di avvalersi di un difensore di fiducia, riconosciutale, con la facoltà di conoscere in modo

adeguato e completo il contenuto degli atti processuali e quello che avviene durante l'udienza.

In particolare, ad avviso del Collegio, la disciplina di cui all'art. 143 c.p.p., in attuazione di quanto stabilito dalla Direttiva, non fa discendere automaticamente il diritto alla traduzione degli atti dalla condizione di straniero, bensì la connette al presupposto che l'interessato non conosca la lingua italiana. Come era già stabilito anteriormente alla riforma normativa (v. sul punto Sez. V, 27 febbraio 2014, n. 33775, Ilie, Rv. 261640, e Sez. F., 4 settembre 2014 n. 44016, Vjierda, Rv. 260997), l'accertamento della conoscenza della lingua italiana costituisce una indagine di fatto, che spetta al giudice di merito, e non è censurabile dal giudice di legittimità se è motivata in termini corretti ed esaustivi che ne dimostrino la congruità (fra le più recenti, Sez. IV, 18 gennaio 2013 n. 39157, Burkhart, Rv. 256389; Sez. VI, 17 aprile 2012, n. 28697, WU, Rv. 253250; Sez. un. 29 maggio 2008 n. 25932, Ivanov, Rv. 239693).

Deve reputarsi, quindi, idonea motivazione dell'accertamento di adeguata conoscenza, quella che indica elementi specifici e correlati alla comune esperienza in ordine all'acquisito apprendimento della lingua italiana da parte di chi non sia di madrelingua, come, per esempio, l'intervenuta acquisizione della cittadinanza italiana (il riferimento è a Sez. un. 29 maggio 2008, n. 25932 cit.) e l'utilizzazione della lingua italiana negli incumbenti processuali e nel contatto con il difensore (si veda Sez. V, 9 ottobre 2014 n. 52245, Viharev, Rv. 262101, per l'ipotesi in cui lo straniero aveva risposto in italiano alle domande e aveva tenuto un colloquio di un quarto d'ora in italiano con il suo difensore).

Nel caso di specie, la sentenza di primo grado non presentava alcuna motivazione sulla conoscenza da parte della imputata della lingua italiana, nulla attestando circa eventuali accertamenti in merito, mentre il giudice d'appello aveva, nella sostanza, confuso la nomina del difensore di fiducia e la possibilità di godere dell'attività difensiva con la prova della conoscenza della lingua italiana, senza nulla indicare con riguardo alla lingua mediante la quale l'imputata avrebbe comunicato con il suo difensore.

La Corte ha reputato inadeguato, allo scopo di dimostrare la compiutezza della conoscenza della lingua italiana, il riferimento della Corte territoriale alla nomina del

difensore, proprio in quanto, alla luce del consolidato orientamento di legittimità, per reputarsi dimostrata la conoscenza della lingua italiana, occorre che l'imputato straniero mostri, in sede di espletamento dell'attività processuale, di rendersi conto del significato degli atti compiuti con il suo intervento o a lui indirizzati, e non rimanga completamente inerte ma, invece, assuma personalmente iniziative, come colloqui, conversazioni telefoniche, interrogatori, in tal modo rivelandosi la sua capacità di difendersi adeguatamente. Ne consegue la necessità di accertare l'utilizzazione da parte dell'imputato della lingua italiana in modo ben approfondito e concreto e, pertanto, l'inadeguatezza del mancato riferimento specifico alla utilizzazione da parte della imputata della lingua italiana, nei contatti con il difensore e dinanzi al giudice.

La Corte conclude, quindi, reputando fondata l'eccezione di nullità, per non essere stato espletato, e tantomeno motivato, l'accertamento della conoscenza da parte della cittadina straniera della lingua italiana, nullità che investe non solo la sentenza impugnata, da annullare quindi senza rinvio, per essere assorbito l'ulteriore motivo del ricorso, ma, inoltre, la sentenza di primo grado nei confronti della imputata, con conseguente rinvio al primo giudice.

Ancora con riguardo al concreto accertamento della ignoranza della lingua italiana alla luce della insufficienza del mero "status" di straniero od apolide, la **Sezione III, 27 febbraio 2015, n. 11514, Morante Zarate, Rv. 262980**, ha ritenuto che l'obbligo di traduzione dell'ordinanza di custodia cautelare nei confronti del cittadino straniero sussista, dopo la novella, anche nel caso di provvedimento disposto a seguito di dichiarazione di incompetenza del G.i.p. che aveva emesso originariamente il titolo custodiale, (il richiamo è a Sez.V, 15 maggio 2013, n.23578, Rv. Filipesco, 255343) ma presupponga, appunto, l'effettivo accertamento circa l'ignoranza della lingua italiana da parte dello straniero.

Indubbiamente, secondo la Corte, alla luce del novellato art. 143 cod. proc. pen., l'indagato che non conosca la lingua italiana ha diritto all'assistenza di un interprete ed alla traduzione dei provvedimenti di custodia cautelare, senza alcuna possibilità di "distinzione" tra gli stessi; essa ritiene erronea, quindi, la conclusione del Tribunale, che

aveva negato l'esigenza di traduzione dell'ordinanza del G.i.p., riproducendo essa il contenuto di quella del G.i.p. di altro Tribunale, incompetente. Secondo quanto discende, tuttavia, anche dal nuovo testo dell'art. 143 c.p.p. (comma 4) e come, del resto, già evidenziato nella Direttiva 210/64/UE, non è previsto per lo straniero, secondo la Corte, il diritto "assoluto" alla nomina di un interprete o alla traduzione degli atti, configurandosi il diritto de quo solo qualora la traduzione sia necessaria per consentirgli di comprendere le accuse che gli vengono mosse e di potersi, quindi, difendere. Ne consegue l'esclusione dell'obbligo qualora lo straniero sia in grado di comprendere la lingua italiana.

Conferma, quindi, la Corte la giurisprudenza anteatta e consolidata, secondo cui il riconoscimento del diritto all'assistenza dell'interprete non discende automaticamente, quale atto dovuto e imprescindibile, dal mero "status" di straniero od apolide, ma richiede l'ulteriore presupposto, in capo all'interessato, dell'accertata ignoranza delle lingua italiana.

6. In ordine alla individuazione dei titolari del diritto alla traduzione.

Relativamente all'individuazione dei destinatari dell'obbligo – e titolari del corrispondente diritto - di traduzione, la Corte (**Sez. II, 17 febbraio – 23 marzo 2015, n. 12101, Le Wet, Rv. 262773**) ha richiamato la pronuncia delle Sezioni unite secondo cui la presunzione di conoscenza, da parte del latitante, degli atti notificati al suo difensore si fonda su una *fiction iuris*, a sua volta giustificata dalla scelta del soggetto in parola di sottrarsi volontariamente all'esecuzione del provvedimento cautelare e, dunque, di non partecipare attivamente al procedimento in cui questo si inserisce (Sez. un., 27 marzo 2014, n. 18822, Avram, Rv. 258793). Conseguentemente, qualora la volontarietà della sottrazione all'applicazione della misura cautelare non venga messa in discussione, la presunzione in esame deve rimanere ferma. Con riferimento, quindi, alla mancata traduzione, nella lingua degli imputati, del decreto di citazione per il giudizio di appello e degli atti processuali ad esso successivi, al di là delle questioni di diritto intertemporale sollevate dall'intervenuta modifica dell'art. 143 cod.proc.pen., ad opera del D.Lgs. 4

marzo 2014, n. 32, art. 1, comma 1, lett. b), secondo il Collegio è, quindi, necessario ribadire il principio giuridico, più volte esplicitato dalla Suprema Corte, in base al quale l'obbligo di traduzione degli atti processuali in favore dell'imputato alloglotta che non comprenda la lingua italiana deve escludersi laddove lo stesso si sia reso, per causa propria, irreperibile o latitante, tanto da determinare la notificazione degli atti processuali che lo riguardano al difensore (il richiamo è a Sez. VI, 22 ottobre 2009, n. 7644, Cerhozi, Rv. 246167, nonché, più di recente, a Sez. VI, 19 giugno 2014, n. 47896, B., Rv. 261218). Secondo la Corte, tale orientamento giurisprudenziale, nonostante si sia formato sotto la vigenza della versione originaria dell'art. 143 cod.proc.pen., risulta pienamente coerente anche con la intervenuta modifica legislativa. Invero, anche l'obbligo previsto dal D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 32 in attuazione della Direttiva 2010/64/UE, giustifica la propria ratio unicamente con riguardo agli atti processuali cui l'imputato alloglotta partecipi personalmente o che comunque giungano nella sua sfera di conoscenza o di conoscibilità; soltanto in queste ipotesi acquista rilievo l'esigenza di assicurare la piena comprensione degli atti stessi da parte del prevenuto che non conosca la lingua italiana.

Dalla conoscenza legale dell'atto si passa, secondo la Corte, ad un apprezzamento in concreto del raggiungimento dell'effetto, quello relativo alla conoscenza effettiva, tale da comportare la successiva qualificazione dell'assenza "informata", secondo i canoni mutuati dalla giurisprudenza CEDU di assenza dovuta a rinuncia espressa ovvero di assenza dovuta a rinuncia tacita per comportamento concludente (ed inequivoco), assistita dalla tendenziale conoscenza delle conseguenze pregiudizievoli relative alla celebrazione del processo. Si aggiunge a tali ipotesi quella concernente la fattibilità del processo, ove l'assenza sia dovuta a volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento o di suoi specifici atti, al fine di evitare prassi abusive. Risulta di palmare evidenza, infatti, che tale necessità non si ponga nei casi in cui gli atti in questione debbano notificarsi al solo difensore, essendo il destinatario della comunicazione perfettamente in grado di comprenderne il contenuto e, eventualmente, di riferirlo al

proprio assistito, qualora mantenga dei contatti con quest'ultimo, nella lingua all'uopo utilizzata.

La Corte ritiene, pertanto, tale corollario integralmente applicabile alla fattispecie sottoposta al proprio esame, essendo intervenuta la dichiarazione di latitanza degli imputati, anteriormente all'apertura del giudizio di secondo grado, di cui anche la sentenza d'appello aveva dato conto.

7. Sulla “estensione” dell'obbligo di traduzione.

In tema di estensione dell'obbligo di traduzione, deve dirsi che molte delle perplessità circa i singoli atti da sottoporre a traduzione sono venute meno con la novella, non rinvenendosi, allo stato, pronunzie sugli aspetti che più sembravano controversi, quali l'estensione delle disposizioni garantistiche anche all'indagato o la traduzione per iscritto degli atti orali..

Non numerose, quindi, per ora, le questioni poste dinanzi alla Corte successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo 32/2014.

Fra di esse, merita di essere segnalata, in primo luogo la questione afferente la mancata traduzione del dispositivo di sentenza letto in udienza.

Sez. III, 4 febbraio 2015, n. 19195, Ismail, Rv. 263465 richiama, preliminarmente, la recente giurisprudenza secondo cui il diritto all'assistenza dell'interprete, nei casi e nei termini previsti dall'art. 104, comma 4 bis e dall'art. 143 c.p.p., comma 1, nella formulazione introdotta dal D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 32, non è configurabile in relazione ad atti e attività compiuti antecedentemente alla data di entrata in vigore della novella (il richiamo è a Sez. III, 30 aprile 2014, n. 27067, R.D., Rv. 261508, cit.).

Applicandosi la normativa previgente, secondo il Collegio, la sentenza non deve ritenersi ricompresa tra gli atti rispetto ai quali la legge processuale assicura all'imputato alloglotta, che non conosca la lingua italiana, il diritto alla nomina di un interprete per la traduzione nella lingua a lui conosciuta (Sez. VI, 13 dicembre 2013, n. 10300, Zhou, Rv. 261828; Sez. VI, 30 dicembre 2013, n. 32/2014, Iordache, Rv. 258558).

L'omessa traduzione della sentenza nella lingua nota all'imputato straniero, ribadisce la Corte, non integra ipotesi di nullità ma, in caso di specifica richiesta, i termini d'impugnazione decorrono dal momento in cui la motivazione della decisione sia stata messa a disposizione dell'imputato nella lingua a lui comprensibile (sul punto, Sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23608, Whang, Rv. 259732).

In ogni caso, secondo la Corte, non solo la disciplina vigente prima della novella, ma anche quella di cui all'art. 143 cod.proc.pen., comma 2, nel testo introdotto dal D.Lgs. n. 32 del 2014, art. 1, comma 1, lett. b) non prevedono che l'imputato che non conosce la lingua italiana abbia diritto alla traduzione del dispositivo della sentenza. Nel caso di specie, il ricorrente si limitava a lamentare la mancata traduzione del dispositivo della sentenza durante l'udienza, ma a tale traduzione non avrebbe comunque avuto diritto secondo il Collegio.

D'altro canto, ai sensi dell'art. 585 cod.proc.pen., i termini per l'impugnazione iniziano a decorrere - salvo il caso di redazione della motivazione contestuale in udienza, ipotesi, tuttavia, non ricorrente nel caso di specie - successivamente al deposito della sentenza comprensiva del dispositivo e della motivazione. Per l'effetto, anche a prescindere dall'accertamento della circostanza concernente il se l'interprete fosse effettivamente presente alla lettura del dispositivo e avesse provveduto alla relativa traduzione, il ricorrente avrebbe dovuto dedurre che la sentenza, comprensiva del dispositivo precedentemente letto in udienza, non gli era stata tradotta.

Conclude, quindi, la Corte affermando che, al fine di far valere la mancata conoscenza della sentenza per richiedere la restituzione nel termine per impugnare ai sensi dell'art.175 cod.proc.pen., non è sufficiente lamentare la mancata traduzione del dispositivo della stessa, proprio in quanto il termine per l'impugnazione non decorre dalla lettura del dispositivo in udienza; correttamente, quindi, la Corte d'appello aveva rigettato l'istanza dell'interessato, ed il ricorso per cassazione doveva essere dichiarato inammissibile.

Sempre con riguardo all'estensione dell'obbligo di traduzione, la Corte (**Sez. I, 13 giugno 2015, n. 22151, Carrus, Rv. 263781**) ha escluso che possano raffigurare un



diritto in tal senso le conversazioni avvenute nella lingua madre dell'imputato che abbiano formato oggetto di intercettazioni. Precisando che il diritto alla traduzione riguarda esclusivamente l'imputato e non il suo difensore, la Corte ha affermato che la garanzia sancita dall'art. 6 CEDU si riferisce esclusivamente all'accusa elevata a carico dell'imputato ed alle prove formate in una lingua a lui sconosciuta.

8. In tema di conseguenze della violazione dell'obbligo di traduzione.

Passando ad esaminare le conseguenze dell'omissione della traduzione, va in primo luogo richiamata l'ipotesi in cui si provveda alla convalida dell'arresto dello straniero alloggato senza che si sia previamente proceduto all'interrogatorio per l'impossibilità di reperire tempestivamente un interprete.

Al riguardo, la Suprema Corte, (**Sez. IV, 15 gennaio 2015, n. 4649, Baatar, Rv. 262034**) richiama il consolidato orientamento di legittimità secondo cui la mancata presenza dell'interprete configura una ipotesi di forza maggiore che non impedisce la convalida dell'arresto, di cui il giudice deve valutare la regolarità formale indipendentemente dall'interrogatorio non possibile (il richiamo è a Sez. I, 14 ottobre 2009, n. 41934, Elessi, Rv. 245063; Sez. I, 8 maggio 2008, n. 20297 Pasor, Rv. 239997; Sez. IV, 17 maggio 2007, n. 26468 Beben, Rv. 236995; Sez. IV, 15 dicembre 1998, n. 3633 Allamani, Rv. 212477; Sez. V, 8 febbraio 2007, n. 10517, Touama, Rv. 235990). Secondo il Collegio, tale orientamento merita di essere confermato anche dopo le modifiche introdotte agli artt. 143 e 104 cod.proc.pen., dal D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 32, che pur ha configurato, tra l'altro - con la previsione di un'apposita categoria di esperti di interpretariato e traduzione nell'albo dei periti (art. 67 disp. att. c.p.p.) - un onere specifico e più stringente a carico dell'ufficio giudiziario di assicurare la tutela del diritto all'assistenza linguistica, anche predisponendo adeguati turni di reperibilità degli interpreti.

Secondo la Quarta Sezione, i più penetranti oneri introdotti incidono essenzialmente sul piano organizzativo ma non possono riverberarsi anche sul piano processuale.

In tale ambito, resta pur sempre possibile e, secondo la Corte, anzi, doveroso, nel bilanciamento degli interessi sottesi alla disciplina della convalida dell'arresto, valutare il mancato rinvenimento dell'interprete quale causa di forza maggiore che si frappone all'assistenza cui ha diritto l'indagato alloggiato che non comprende la lingua italiana. Tale circostanza, tuttavia, non può impedire, tenuto conto in modo particolare delle ristrettezza dei termini imposti per il giudizio di convalida, che, anche nel suo stesso interesse, a tale giudizio si dia comunque corso.

Lo scopo principale del procedimento incidentale di convalida è, ribadisce la Corte, quello di verificare la legalità dell'operato della polizia giudiziaria che ha effettuato l'arresto dell'indagato, anche quando la misura precautelare sia venuta meno. Funzione che, alla luce della sentenza 2 aprile 1999, n. 109, della Corte Costituzionale (che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 314 cod.proc.pen., comma 1, nella parte in cui non prevede il diritto a un'equa riparazione anche per la detenzione subita a causa di arresto in flagranza o di fermo di indiziato di delitto, in base agli stessi presupposti ed entro gli stessi limiti stabiliti per la custodia cautelare), incide anche sul diritto dell'arrestato ad un'equa riparazione per il tempo durante il quale è rimasto detenuto, nel caso in cui sia accertata l'insussistenza (per ragioni attinenti alla accusa di reato mossagli) delle condizioni per la convalida del suo arresto.

E' proprio per questo che l'ordinamento processuale richiede che il giudice decida sulla legittimità dell'arresto in via pregiudiziale e assorbente anche nel caso in cui l'arrestato sia stato già posto in libertà dallo stesso P.M. (come si evince dall'art. 121 disp. att. cod.proc.pen.) ovvero non possa essere interrogato per forza maggiore o per altro motivo (il richiamo della Corte è al disposto dell'art. 391 cod.proc.pen., comma 3).

Secondo il Collegio, anche nel vigore della novella, si deve ritenere che il difetto di interrogatorio dell'arrestato per la sua ignoranza della lingua italiana e la rilevata impossibilità di reperire un interprete nel breve termine di legge, deve essere assimilato, secondo quanto deriva dal consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, a un caso di forza maggiore, che non incide, ostacolandola, sulla decisione in ordine alla legittimità o meno dell'arresto compiuto dalla polizia giudiziaria (viene richiamata, quale

riferimento successivo all'entrata in vigore del decreto legislativo, Sez. VI, 9 maggio 2014, n. 38791 Sadu, non massimata).

Nel caso considerato, il giudice monocratico aveva omissis la convalida dell'arresto, per la ritenuta "nullità di ogni conseguente atto processuale svolto in assenza di interprete", pur dando atto degli sforzi compiuti per il reperimento di un interprete della lingua mongola, con esito negativo, onde procedere all'interrogatorio di garanzia delle persone arrestate.

Ha ritenuto, invece, la Corte, alla stregua del consolidato indirizzo richiamato, che il provvedimento impugnato fosse però da ritenersi erroneo e contraddittorio, atteso che, nel chiaramente evidenziato contesto di impossibilità di reperire un interprete, il giudice avrebbe dovuto comunque valutare la regolarità dell'arresto e quindi provvedere sulla richiesta di convalida, anche senza dare corso all'interrogatorio di garanzia, se non possibile.

Proprio nel caso considerato, infatti, il giudice aveva ampiamente motivato su tutti i referenti interpellati e sulla impossibilità di reperire un interprete, talché l'ordinanza è stata annullata con rinvio per la decisione sul merito della richiesta di convalida dell'arresto.

Interessante evidenziare come, secondo la Corte, tale corollario non si ponga in contrasto con i principi generali fissati dall'art. 13 Cost., in tema di libertà personale e della sua peculiare espressione definita come libertà dagli arresti, in particolare con quello dettato dal terzo comma (art. 13 Cost., comma 3) secondo cui le privazioni di libertà di un individuo compiute dalle autorità di polizia per ragioni di necessità e urgenza nei tassativi casi previsti dalla legge (come l'arresto di p.g. in flagranza di reato), ove non siano convalidate dall'autorità giudiziaria nei termini di legge, "si intendono revocate e restano prive di ogni effetto".

Secondo la Corte, infatti, l'annullamento con rinvio, si iscrive proprio nel solco degli indicati principi costituzionali e risponde alla esigenza che ad ogni arresto segua un rituale controllo del giudice anche nel caso in cui l'arrestato abbia riacquisito la libertà (art. 391, comma 6, cod. proc. pen.; art. 121, comma 2, disp. att. cod. proc. pen.).

Osserva la Corte come la già intervenuta rimessione in libertà dell'arrestato, disposta dal giudice della convalida per qualsiasi ragione (procedurale o relativa al merito del fatto contestato), abbia consumato il connesso potere statale coercitivo provvisorio, esaurendone ogni effetto sullo status libertatis dell'arrestato. Ne deriva che il successivo e anzi postumo giudizio di convalida, giammai potrebbe dar luogo alla riattivazione dello stato detentivo del soggetto a seguito di eventuale posteriore convalida di un arresto ormai perento.

In casi come quello di specie, il giudizio incidentale svolgentesi nei confronti dell'arrestato restituito alla libertà deve reputarsi logicamente circoscritto al puro controllo di legalità dell'avvenuto arresto (per quanto ne siano già cessati gli effetti restrittivi della libertà dell'indagato), in ordine al quale il giudice deve limitarsi ad accertare il rispetto, ora per allora, delle condizioni giustificanti l'arresto quali gli estremi della flagranza, l'attinenza a un reato che consenta o renda obbligatorio l'arresto in flagranza nonché l'osservanza dei termini di legge.

Interessante, in ordine alla conseguenze giuridiche della omessa traduzione del provvedimento in lingua comprensibile all'alloglotta, l'ipotesi concernente il decreto di convalida del sequestro.

Nella vicenda decisa da **Sez. II, 8 gennaio 2015, n. 4283, Paszowski, Rv. 263191**, era stata dedotta l'inosservanza e l'erronea applicazione della legge, con riferimento alla ritenuta tardività della richiesta di riesame presentata oltre dieci giorni dopo la notifica agli indagati del decreto di convalida del sequestro emesso dal P.M.

I ricorrenti deducevano, in particolare, che, non conoscendo essi la lingua italiana, il termine per proporre istanza di riesame sarebbe dovuto decorrere non dalla notifica del decreto di convalida del sequestro (come ritenuto dal Tribunale), ma dalla traduzione del provvedimento adottato.

La Corte ha ritenuto la censura infondata.

Secondo il Collegio, infatti, sotto il vigore del precedente testo dell'art. 143 cod. proc. pen., era già stato affermato che il difetto di traduzione del verbale di sequestro nonché del relativo decreto di convalida in una lingua conosciuta dallo straniero e la mancata

nomina di un interprete per l'assistenza alle attività di esecuzione del sequestro compiute dalla polizia giudiziaria, pur non costituendo causa di nullità del provvedimento emesso dall'Autorità giudiziaria, determinano tuttavia il differimento della decorrenza iniziale del termine per l'impugnazione dell'atto, fino a quando lo stesso sia tradotto secondo le formalità imposte dalla legge (il riferimento è a Sez. II, 25 giugno 2014, Mykhailo Rv. 260032; Sez. III, 24 giugno 2009, n. 27194, Olichey, Rv. 244243; Sez. IV, 19 novembre 2004, n. 265/2005, Livadhi Rv. 230497).

Secondo la Corte, tuttavia, non può ritenersi operante il principio in questione dopo l'introduzione della novella che, nella nuova formulazione dell'art. 143 c.p.p. prevede, al comma 2, che, qualora l'imputato non conosca la lingua italiana, "l'autorità procedente dispone la traduzione scritta, entro un termine congruo tale da consentire l'esercizio dei diritti e della facoltà della difesa, dell'informazione sul diritto di difesa, dei provvedimenti che dispongono misure cautelari personali, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna". L'elenco, osserva la Corte, è tassativo, talché, non comprendendo esso il decreto di convalida del sequestro, deve ritenersi che dalla mancata traduzione dello stesso non possa discendere alcuna conseguenza giuridica, fra cui il mancato decorso del termine per l'impugnazione. Resta salva, tuttavia, la facoltà degli indagati di chiedere in ogni momento all'Autorità Giudiziaria procedente la restituzione di quanto in sequestro.

Per quanto concerne le conseguenze ed i rimedi in caso di omissione della traduzione in lingua comprensibile all'alloglotta, è interessante segnalare **Sez. II, 11 giugno 2015, n. 26241, T., Rv. 264012** che ha ritenuto non abnorme il provvedimento del giudice che, reputando accertata la mancata conoscenza della lingua italiana da parte dell'imputato, abbia dichiarato la nullità del decreto che dispone il giudizio per l'omessa traduzione dello stesso e disposto la restituzione degli atti al P.M..

Secondo la Corte, infatti, tale provvedimento costituisce esplicazione di un potere riconosciuto dall'ordinamento anche quando fondato su un presupposto erroneamente

ritenuto sussistente; in tal caso, le conseguenze del provvedimento medesimo sono rimediabili mediante le attività propulsive legittime da parte del pubblico ministero.

In ordine agli effetti sananti riconnessi a determinati atti, in tema di misure cautelari, **Sez. III, 27 gennaio 2015, n. 7056, Owalengba, Rv. 262425**, premette che secondo quanto già affermato in sede di legittimità, (il richiamo è a Sez. VI, 22 ottobre 2014, n. 48647, Carbonaro Gonzalo, Rv. 261139) il difetto di traduzione dell'avviso di fissazione dell'udienza di riesame in lingua comprensibile all'indagato alloglotta, anche a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 4 marzo 2014, n. 32, non integra alcuna nullità, né con riferimento a tale atto, né con riferimento a quelli da questo dipendenti, poiché tale avviso non è incluso nell'elenco degli atti per i quali l'art. 143 c.p.p., comma 2, come modificato dal decreto de quo, prevede l'obbligo di traduzione, nè, d'altro canto, svolge una funzione informativa in ordine alle "accuse" mosse al destinatario della misura cautelare.

La Corte reputa infondato anche il motivo con cui si deduce che erroneamente il tribunale del riesame non abbia dichiarato la nullità dell'ordinanza cautelare per omessa traduzione in una lingua conosciuta dall'indagato, ma si sia limitato a dichiararne l'inefficacia e a disporre la traduzione.

Secondo il Collegio, la novella non ha modificato la giurisprudenza precedentemente consolidatasi, in base alla quale l'obbligo di traduzione in una lingua comprensibile allo straniero alloglotta, che sia raggiunto da un'ordinanza applicativa di una misura cautelare personale, sorge nel momento in cui si ha la prova che lo stesso non è in grado di comprenderne il contenuto, perché la traduzione non inerisce al profilo della perfezione e della validità dell'atto, ma solo a quello della sua efficacia. Ne deriva che il termine per esercitare i diritti di difesa coincide con il momento in cui la traduzione raggiunge il suo scopo, consentendo al destinatario la piena conoscenza del provvedimento (così Sez. IV, 12 novembre 2004, n. 6684/2005, Hachimi, Rv. 233360).

D'altro canto, sempre sulla scia della giurisprudenza precedentemente consolidatasi, la Corte afferma che la mancata traduzione dell'ordinanza cautelare non incide sulla perfezione e sulla validità dell'atto, bensì sulla sua efficacia, con la conseguenza che la

richiesta di traduzione del titolo custodiale proposta dall'indagato al giudice del riesame e la conseguente trasmissione degli atti al Gip per la traduzione e la notifica, all'indagato, del provvedimento originario e di quello tradotto “*non comporta l'invalidità del titolo custodiale ma una sorta di restituzione nel termine, con riferimento al momento produttivo degli effetti, per consentire l'eventuale impugnazione sulla base di una piena conoscenza dell'ordinanza cautelare*” (così, Sez. V, 12 marzo 2013, n. 18023, F., Rv. 255510). A conferma di tale corollario, la Corte richiama, per la situazione normativa successiva all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 32 del 2014, la già citata Sez. II, 25 giugno 2014, n. 31225, Mykhailo, Rv. 260032, con riferimento all'omessa traduzione del verbale di sequestro nonché del relativo decreto di convalida in una lingua conosciuta dall'indagato alloglotta e alla mancata nomina di un interprete per l'assistenza alle attività di esecuzione del sequestro compiute dalla polizia giudiziaria.

La Corte ritiene, allora, fondato, il motivo con il quale si deduce l'illegittimità dell'ordinanza impugnata perché non ha esaminato il motivo di ricorso con il quale si era dedotta la mancanza dei presupposti ex art. 272 ss. cod. proc. pen. legittimanti l'applicazione della misura cautelare, ritenendo assorbente il profilo della contestazione dell'omessa traduzione in lingua comprensibile all'indagato e quindi omettendo di esaminare gli ulteriori motivi di riesame nel merito. La ricorrente aveva rilevato che il tribunale del riesame, non avendo ritenuto di disporre la propria liberazione, avrebbe dovuto quantomeno verificare la sussistenza o, almeno, la permanenza delle condizioni di applicabilità della misura in atto e delle esigenze cautelari. L'errore in cui era incorsa l'ordinanza impugnata, secondo la Corte, discende dall'aver sì dato atto che l'istante aveva dedotto anche motivi di merito con i quali contestava l'insussistenza delle condizioni di applicabilità della misura e delle esigenze cautelari e anche affermato che la traduzione del titolo cautelare, particolarmente diffuso, avrebbe richiesto settimane, ma aveva poi ommesso di esaminare i motivi di riesame nel merito, ritenendoli assorbiti dalla trasmissione degli atti al g.i.p. per la traduzione, nonostante per effetto di tale decisione permanesse lo stato di privazione della libertà personale dell'indagato. L'effetto distorto era disceso, quindi, proprio dall'errore in cui era incorso il tribunale del

riesame nell'accogliere il motivo procedurale relativo alla mancata traduzione e nel ritenere assorbiti - non procedendo al loro esame - i motivi di merito, invece di applicare il principio di diritto costantemente affermato dalla Corte, secondo cui la proposizione della richiesta di riesame, anche se ad opera del difensore, ha effetti sananti della nullità conseguente all'omessa traduzione dell'ordinanza cautelare personale nella lingua conosciuta dall'indagato alloglotta, purché la richiesta di riesame non sia stata presentata solo per dedurre la mancata traduzione ovvero per formulare ulteriori questioni pregiudiziali di carattere strettamente procedurale, (In questi termini, Sez. III, 19 novembre 2013, n. 1475/2014, Jovanoski, Rv. 258369). Si afferma poi che la proposizione della richiesta di riesame ha effetti sananti della nullità conseguente al difetto di traduzione della ordinanza cautelare personale emessa nei confronti dell'indagato che ignori la lingua italiana, purché la richiesta di riesame non sia stata presentata esclusivamente allo scopo di dedurre la mancata traduzione dell'ordinanza cautelare, (Sez. VI, 22 maggio 2008, n. 38584, Olebune, Rv. 241403; negli stessi termini, Sez. II, 7 giugno 2011, n. 32555, Bucki, Rv. 250763) perché in tal ipotesi è stato raggiunto lo scopo tipico dell'atto (Sez. VI, 20 marzo 2006, n. 14588, Ajbari, Rv. 234036).

Il principio secondo il Collegio va, quindi, confermato anche dopo l'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 143 cod. proc. pen., come modificato dal D.Lgs. 2 marzo 2014, n. 32, art. 1, non essendo mutate le ragioni in base alle quali lo stesso era stato enucleato. Il tribunale del riesame, pertanto, nel caso *de quo*, avendo l'interessato avanzato anche motivi di riesame nel merito ed eccepito la mancanza dei presupposti di cui agli artt. 272 ss. cod. proc. pen. per l'applicabilità e la permanenza della misura e delle esigenze cautelari, avrebbe dovuto ritenere sanata la nullità (ovvero l'inefficacia) conseguente al difetto di traduzione dell'ordinanza cautelare ed avrebbe dovuto decidere l'istanza di riesame nel merito, senza disporre la traduzione dell'ordinanza cautelare, trasmettendo a tal fine gli atti al Gip; l'ordinanza è stata, quindi, annullata con rinvio

9. Il regime di nullità.

Costante è la giurisprudenza di legittimità nel ritenere che la nullità conseguente alla violazione del diritto alla traduzione è qualificabile come nullità a regime intermedio e non assoluto (fra le altre, **Sez. III, 18 febbraio 2015, n. 14990, Vervaeren, Rv. 263236**). Quest'ultima pronunzia, peraltro, con particolare riguardo all'ipotesi di misura cautelare applicata a straniero alloggato, conferma che l'omessa traduzione del provvedimento determina la sua nullità – a regime intermedio, appunto – soltanto qualora la circostanza fosse già nota al momento della emissione del titolo cautelare; laddove, invece, la mancata conoscenza della lingua italiana emerga nel corso dell'interrogatorio di garanzia, la situazione non potrà che essere equiparata a quella dell'assoluto impedimento di cui all'art. 294, secondo comma, cod. proc. pen.. Ne deriverà, quindi, che il giudice sarà tenuto a disporre la traduzione del provvedimento coercitivo in un termine congruo e che il termine per l'interrogatorio decorrerà nuovamente dalla data di deposito della traduzione, con relativa perdita di efficacia della misura in ipotesi di omissione dell'interrogatorio entro il termine de quo, ovvero di traduzione disposta od effettuata in un termine “incongruo”.

Merita di essere segnalata, con riguardo alle conseguenze derivanti dalla mancata traduzione, **Sez. I, 19 gennaio 2015, n. 17905, Koval, Rv. 263317**. Nel ricorso era stata dedotta la nullità scaturente dalla incompatibilità dell'interprete nominata in dibattimento che aveva svolto, nella fase procedimentale, funzioni di ausiliario di P.G. per l'ascolto e la traduzione delle conversazioni telefoniche.

Il Collegio rammenta come le Sezioni unite, con la sentenza 24 febbraio 2011, n. 18268 E., Rv. 249483, abbiano affermato il principio in forza del quale deve ritenersi configurabile una incompatibilità con l'ufficio di interprete per il soggetto che, nello stesso procedimento, abbia svolto il compito di trascrizione delle registrazioni delle comunicazioni intercettate.

La Corte rileva, tuttavia, che la causa di nullità discendente dalla incompatibilità dell'interprete, prevista dall'art. 144 comma primo, cod. proc. pen., deve ritenersi di carattere “relativo”, non rientrando in alcuna delle ipotesi considerate dall'art. 178 c.p.p.

(ex plurimis, Sez. I, 14 aprile 2010, n. 20864, Mailat e Sez. I, 16 aprile 2008, n. 17292, Bari), e va, dunque, eccepita, ai sensi dell'art. 182 cod.proc.pen., commi 2 e 3, quando la parte vi assiste, prima del compimento dell'atto ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo; negli altri casi, nei termini previsti dall'art. 180 e art. 181, commi 2, 3 e 4.

Nel caso di specie, non essendosi i difensori dell'imputato opposti alla nomina dell'interprete al momento del conferimento dell'incarico ed anzi, avendo essi stessi ammesso in sede di ricorso di aver sollevato l'eccezione solo nel corso dell'udienza celebratasi il 3.4.2014 davanti al Tribunale del riesame ex art. 309 c.p.p., a causa della tardività dell'eccezione, si era verificata la decadenza prevista dall'art. 182 cod. proc. pen., comma 3.

Osserva la Corte (da ultimo, **Sez. III, n. 41834 del 2015**, cit.) che una indicazione nel senso del carattere relativo della nullità in questione sembra provenire anche dall'art. 3, par. 8, della direttiva 2010/64/UE che contempla la possibilità per l'imputato o l'indagato alloglotta di rinunciare alla traduzione a condizione che la rinuncia sia informata, inequivocabile e volontaria.

In merito, fra le altre, osserva **Sez. III, 24 giugno 2015, n. 30891, H., Rv. 264330**, che, in tema di traduzione degli atti, anche dopo l'attuazione della direttiva 2010/64/UE ad opera del D.Lgs. 4 marzo 2014 n.32, la mancata nomina di un interprete all'imputato che non conosce la lingua italiana dà luogo ad una nullità a regime intermedio, che deve essere eccepita dalla parte prima del compimento dell'atto, ovvero, qualora ciò non sia possibile, immediatamente dopo. Tale nullità, in ogni caso, non può più essere rilevata nè dedotta dopo la deliberazione della sentenza di primo grado o, se si sia verificata nel giudizio, dopo la deliberazione della sentenza del grado successivo.



SEZIONE III

LE PROVE

CAPITOLO I

IL REGIME DI UTILIZZABILITA' DELLE DICHIARAZIONI RESE DALL'INDAGATO IN PROCEDIMENTO CONNESSO

(VITTORIO PAZIENZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I termini del contrasto e l'ordinanza di rimessione. – 3 La decisione delle Sezioni unite. - 3.1. Inutilizzabilità delle dichiarazioni non precedute dall'avviso. - 3.2. Dichiarazioni autoindizianti e compatibilità con l'ufficio di testimone. - 3.3. La valutazione “sostanziale” del dichiarante. – 3.4. Rilievi di sintesi - 4. Le pronunce più recenti.

1. Premessa.

Tra le più significative decisioni depositate nel corso del 2015, deve certamente essere annoverata quella che, in tema di prova dichiarativa, ha risolto un contrasto giurisprudenziale di particolare rilievo, sia per ragioni teorico-sistematiche, sia per la sua indiscutibile incidenza nella pratica giudiziaria: è noto infatti che, proprio in sede applicativa, si registrano costantemente incertezze e diversità di vedute nella regolazione dei confini tra l'obbligo di verità, di regola imposto ad ogni soggetto escusso, ed il diritto al silenzio che il dichiarante può invece vantare, se a vario titolo coinvolto nel fatto per cui è chiamato a deporre.

Il contrasto cui si accennava concerne, in particolare, le conseguenze derivanti dalla escussione in dibattimento, quale teste ordinario, di un soggetto che in realtà rivestiva, al momento della decisione, la qualifica di imputato o indagato di reato connesso “debolmente”, ai sensi dell'art. 12, lett. c), o collegato ex art. 371, comma 2, lett. b), cod. proc. pen., a quello per cui si procede: un soggetto perciò ancora titolare – fino alla definizione della sua posizione con sentenza irrevocabile - dello *ius tacendi* nel procedimento in cui è chiamato a deporre, ed avente quindi diritto a ricevere l'avviso di cui all'art. 64, comma 3, lett. c), cod. proc. pen..

Si avrà modo di ricordare, nel paragrafo seguente, che su tale questione sono emersi, nella giurisprudenza della Corte di cassazione, ben tre distinti indirizzi interpretativi (inutilizzabilità delle dichiarazioni; nullità a regime intermedio della deposizione; piena utilizzabilità delle dichiarazioni: cfr. *infra*, § 2).

Tale radicata divergenza interpretativa è stata ricomposta da **Sez. un., 26 marzo 2015, n. 33583, Lo Presti, Rv. 264479-264482**. Si vedrà che tale decisione ha ritenuto di condividere il primo orientamento qui appena ricordato, privilegiando quindi un'interpretazione rigorosa delle disposizioni dettate in materia dalla l. 1 marzo 2001, n. 63; peraltro, il Supremo consesso ha fornito ulteriori importanti indicazioni, volte a chiarire e, per certi versi, a limitare la portata applicativa dei principi affermati in tema di inutilizzabilità delle dichiarazioni (cfr. *infra*, § 3).

Si farà cenno, infine, ad alcune decisioni che hanno affrontato la problematica qui in esame dopo l'intervento delle Sezioni unite (cfr. *infra*, § 4).

2. I termini del contrasto e l'ordinanza di rimessione.

Secondo un primo indirizzo interpretativo, affermatosi soprattutto con riferimento ai reati collegati perché commessi in danno reciproco, l'escussione dibattimentale senza le garanzie di cui agli artt. 64, 197 bis e 210 cod. proc. pen., come modificati dalla l. n. 63 del 2001, determina l'inutilizzabilità delle dichiarazioni (cfr. tra le più recenti, v. Sez. V, 27 maggio 2014, n. 29227, Cavallero, Rv. 260320; Sez. I, 10 giugno 2014, n. 52047, Simone, Rv. 262147). Alcune pronunce aderenti a tale orientamento sono pervenute a tali conclusioni valorizzando espressamente un precedente arresto delle Sezioni unite, secondo cui l'imputato connesso debolmente o collegato, anche se persona offesa dal reato, deve essere sentito nel procedimento relativo al reato connesso o collegato con le forme della testimonianza c.d. "assistita" (Sez. un., 17 dicembre 2009, n. 12067/2010, De Simone, Rv. 246375).

In una diversa prospettiva, si è invece affermato che l'inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 210 cod. proc. pen., nell'esame di persona indagata o imputata in procedimento connesso non determina l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel

procedimento principale, ma una nullità a regime intermedio, ai sensi dell'art. 180 cod. proc. pen., che peraltro non può essere eccepita dall'imputato nel procedimento principale, non avendo egli interesse al rispetto della disposizione violata (cfr. ad es. Sez. VI, 22 gennaio 2014, n. 10282, Romeo, Rv. 259267, in cui si precisa tra l'altro che la legge non vieta l'esame di un imputato in procedimento connesso o collegato, ma semplicemente prescrive che esso sia assunto secondo determinate modalità, il cui mancato rispetto non può dar luogo ad inutilizzabilità ex art. 191 cod. proc. pen.). Alcune decisioni aderenti a tale indirizzo hanno valutato criticamente la tesi dell'inutilizzabilità, evidenziando che il comma 2 dell'art. 197 bis si limita a richiamare – quale condizione per sentire con le forme della testimonianza c.d. assistita un imputato connesso debolmente o collegato – l'art. 64, comma terzo, lett. c), ma non anche il successivo comma 3 bis del predetto articolo, il quale prevede la sanzione dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in mancanza dell'avvertimento di cui al comma 3 (cfr., in motivazione, Sez. VI, 23 maggio 2014, n. 41004, Saviano, Rv. 260796).

Per una ulteriore opinione, invece, le dichiarazioni testimoniali rese da un imputato di reato connesso o collegato devono ritenersi pienamente utilizzabili anche se non precedute dall'avviso ex art. 64, comma 3, lett. c), cod. proc. pen.. A sostegno dell'assunto, si è sottolineato che gli artt. 197 bis e 210, comma 6 si riferiscono ad esami destinati a svolgersi nel contraddittorio delle parti, mentre l'art. 64 si riferisce al solo interrogatorio, ovvero ad un atto che si svolge al di fuori del contraddittorio e legittima quindi una disciplina di maggior rigore a tutela dei terzi coinvolti dal dichiarante (cfr. ad es. Sez. V, 20 settembre 2013, n. 7595/2014, p.c. in proc. Zannelli, Rv. 259032). Anche alcune decisioni aderenti a tale terzo indirizzo hanno poi valorizzato il fatto che l'inosservanza di un eventuale obbligo di avvisare il dichiarante non potrebbe comunque determinare l'inutilizzabilità della deposizione testimoniale acquisita, dal momento che gli artt. 197 bis e 210 richiamano il solo comma 3 lett. c) dell'art. 64, ma non anche il comma 3 bis (cfr. ad es. Sez. V, 30 settembre 2014, n. 51241, Romano, Rv. 261733).

Dopo aver ripercorso tale variegato panorama interpretativo, la Seconda sezione della Suprema corte ha rimesso la questione alle Sezioni unite con ordinanza emessa in data 2 dicembre 2014, n. 52023.

3. La decisione delle Sezioni unite.

Come già accennato in premessa, il contrasto è stato risolto da **Sez. un., 26 marzo 2015, n. 33583, Lo Presti**. La sentenza ha fissato alcuni importanti principi, alcuni dei quali già affermati da precedenti arresti del Supremo consesso, che è opportuno qui analizzare partitamente.

3.1. Inutilizzabilità delle dichiarazioni non precedute dall'avviso.

Affrontando la questione su un piano generale, le Sezioni unite hanno espresso una chiara adesione alla tesi dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese da chi – nonostante si fosse trovato in una posizione sostanziale di imputato o indagato di reato connesso “debolmente” ex art. 12, lett. c), o collegato ex art. 371, comma 2, lett. b), cod. proc. pen. - non sia stato previamente avvisato ai sensi dell'art. 64, comma 3, lett. c), dello stesso codice.

Al riguardo, il Supremo consesso ha anzitutto evidenziato che, con l'introduzione della figura del c.d. testimone assistito, la l. n. 63 del 2001 (attuativa della riforma costituzionale sul «giusto processo»), ha comportato la riduzione dell'area di incompatibilità a testimoniare, quanto all'imputato o indagato connesso debolmente o collegato: tale soggetto, infatti è chiamato – anche prima della definizione del suo procedimento con sentenza irrevocabile - a deporre come teste su fatti concernenti la responsabilità di altri, se debitamente avvisato ai sensi dell'art. 64 del codice di rito. Conseguentemente, l'assunzione della nuova veste non può che essere ancorata ad una scelta operata in tal senso dal dichiarante, *“resa consapevole ed efficace dal sistema di avvisi previsti dall'art. 64, comma 3, cod. proc. pen., e in particolare da quello ex lettera c), con le conseguenze stabilite dal comma 3 bis”*.

In tale prospettiva, volta a valorizzare la funzione centrale svolta, nell'intero sistema, dal predetto avvertimento ex art. 64, comma 3 lett. c) – una prospettiva pienamente in

linea, tra l'altro, con gli insegnamenti della Corte costituzionale: cfr. ord. n. 451 del 2002 - le Sezioni unite hanno ulteriormente inteso sottolineare la necessità che l'avviso in questione *“preceda l'esame ex art. 210 in tutti i casi di ”legame debole” in cui il soggetto non è stato previamente avvisato: non solo quindi se egli non ha «reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato» (come testualmente prevede il comma 6 dell'art. 210), ma anche se abbia deposto erga alios ma in modo non “garantito”, ovvero non preceduto dal richiamato avvertimento”*. Con tale importante precisazione, le Sezioni unite hanno esplicitamente disatteso l'interpretazione dell'art. 210, comma 6, cod. proc. pen. - fatta propria dall'ordinanza di rimessione, oltre che dalla sentenza impugnata - secondo cui l'assunzione della qualità di “teste assistito” conseguirebbe in ogni caso in cui il soggetto chiamato a deporre, connesso “debolmente” o collegato, ha comunque reso in precedenza dichiarazioni *erga alios*: ovvero anche nell'ipotesi in cui tali dichiarazioni siano state irritalmente assunte senza garanzie (come avvenuto nel caso di specie).

Proprio una lettura sistematica delle disposizioni introdotte dalla l. n. 63 del 2001 ha poi consentito alle Sezioni unite di ritenere non condivisibili le altre tesi sostenute in giurisprudenza.

Anzitutto, quanto al mancato richiamo della sanzione di inutilizzabilità ex art. 64, comma 3 bis da parte degli artt. 210 comma 6 e 197 bis cod. proc. pen., valorizzato da alcune pronunce aderenti a tali indirizzi (cfr. *supra*, § 2), il Supremo consesso ha osservato che proprio il predetto comma 3 bis prevede che, in mancanza dell'avviso di cui alla lettera c) del comma 3 dello stesso art. 64, la persona non potrà assumere l'ufficio di testimone sui fatti altrui oggetto delle dichiarazioni rese senza garanzie: si tratta, per le Sezioni unite, di una disposizione di portata generale, che estende l'incompatibilità a testimoniare a prescindere dal suo richiamo negli artt. 210 e 197 bis cod. proc. pen..

Per quanto poi specificamente riguarda la tesi della nullità a regime intermedio, il Supremo consesso ha per un verso evidenziato le sue incongruenze, correlate: alla mancata previsione, nel codice, della nullità in questione (non riconducibile a quelle di ordine generale, che tutelano l'imputato e le altre parti del processo, ma non anche i testi assistiti); alla insussistenza di un reale interesse ad eccepirla da parte del soggetto escusso

(ampiamente tutelato dalla garanzia di inutilizzabilità *contra se* delle eventuali dichiarazioni rese); al carattere relativo della inutilizzabilità ex art. 64 comma 3 bis (volta evidentemente a tutelare l'interesse non del dichiarante, ma dei soggetti coinvolti, a non essere accusati da una persona non previamente avvertita della responsabilità derivante dalle sue dichiarazioni). Per altro verso, è stato valorizzato il tenore testuale dell'art. 197 cod. proc. pen., che pone alle lett. a) e b) *“precisi e generali divieti probatori, la cui violazione comporta necessariamente, anche nel caso del mancato avviso di cui si discute, l'inutilizzabilità ex art. 191 cod. proc. pen. delle dichiarazioni in tal modo acquisite”*.

Infine, quanto all'altra tesi secondo cui l'avviso ex art. 64 lett. c) non sarebbe necessario perché riferito all'interrogatorio, ovvero ad un atto che per sua natura si svolge al di fuori del contraddittorio, le Sezioni unite hanno posto in evidenza la sua problematica applicazione, avuto riguardo all'espressa previsione contenuta nell'art. 210 comma 6 in ordine alla necessità che l'avviso in questione sia ricevuto dai soggetti connessi debolmente o collegati, che non avevano reso in precedenza dichiarazioni *erga alios*.

3.2 Dichiarazioni autoindizianti e compatibilità con l'ufficio di testimone. Così risolta in termini generali la questione giuridica devoluta dall'ordinanza di rimessione, le Sezioni unite hanno peraltro svolto ulteriori considerazioni relative ai criteri di attribuzione della qualità di imputato o indagato di reato connesso o collegato, nelle ipotesi – quale quella ricorrente nella specie – in cui siano state proprio le dichiarazioni a far insorgere, nei confronti del soggetto escusso, elementi indizianti del reato di favoreggiamento (ovvero di false informazioni al p.m., o di calunnia): in altri termini, le Sezioni unite hanno ritenuto necessario chiarire *“se il reato che consiste in dichiarazioni versate nel processo possa determinare, in capo al dichiarante, l'insorgenza di una posizione di incompatibilità rispetto al munus di testimone”*.

Al riguardo, il Supremo consesso ha anzitutto inteso ribadire due importanti principi già espressi dalla giurisprudenza di legittimità.

In particolare, da un lato, è stato richiamato il consolidato indirizzo (Sez. VI, 31 marzo 2004, n. 21116, Turturici, Rv. 229024; **Sez. III, 18 settembre 2014, n. 8634/2015, M., Rv. 262511**) secondo cui le dichiarazioni “indizianti” evocate dal comma 1 dell’art. 63 cod. proc. pen. sono quelle rese da un soggetto, escusso come teste o come persona informata sui fatti, che riveli circostanze da cui emerga una sua responsabilità penale per fatti pregressi, e non anche quelle attraverso cui tale soggetto realizzi il fatto tipico di una determinata figura di reato: e ciò in quanto trattasi di norma di garanzia ispirata al principio *nemo tenetur se detegere*, che salvaguarda colui che ha già commesso un reato, e non chi deve ancora commetterlo.

D’altro lato, le Sezioni unite hanno riaffermato l’orientamento - espressivo del principio *tempus regit actum*, oltre che di quello di conservazione degli atti - secondo cui devono ritenersi legittimamente utilizzabili le dichiarazioni rese dal soggetto che, al momento della deposizione, rivestiva ancora e soltanto lo *status* di persona informata sui fatti, a nulla rilevando, in contrario, che il dichiarante abbia successivamente assunto la veste di imputato o indagato (cfr. in tal senso Sez. II, 9 ottobre 2007, n. 38621, Di Fazio, Rv. 238222).

Poste tali premesse interpretative, le Sezioni unite hanno affermato che “*non si può “divenire” incompatibili con l’ufficio di testimone proprio a causa della funzione che si è legittimati a svolgere in quanto con essa compatibili*”, nel senso che, se il dichiarante è chiamato a rispondere solo dei reati che integrano il tessuto della sua deposizione, egli rimane compatibile con l’ufficio di testimone, ponendosi solo un problema di attendibilità delle sue dichiarazioni, da valutare secondo gli ordinari criteri (e non secondo la regola della *corroboration* di cui agli artt. 192, commi 3 e 4, cod. proc. pen.). Il mutamento dello *status* di dichiarante può infatti configurarsi, per le Sezioni unite, solo qualora emerga una concorrente responsabilità di tale soggetto nel reato cui la sua deposizione si riferisce, o per altro reato connesso o collegato, senza che peraltro ciò costituisca una diretta conseguenza della sua deposizione.

3.3. La valutazione “sostanziale” del dichiarante.

Le Sezioni unite hanno infine sottolineato la necessità – dovendo il giudice valutare in termini sostanziali la veste del dichiarante, come già chiarito dalle Supremo consesso nella sentenza 25 febbraio 2010, n. 15208, Mills, Rv. 246584 – di una “*solida definizione dei parametri di riferimento onde evitare una opinabilità di apprezzamenti diversi, che essendo collegata alla inutilizzabilità della prova può emergere in qualunque stato e grado del procedimento o anche in procedimenti diversi*”. Al riguardo, è stata posta in rilievo, per un verso, l’incidenza delle cause di non punibilità di cui agli artt. 384 e 376 cod. pen., che costituiscono attuazione del *nemo tenetur se detegere*, ma al contempo rappresentano “*un evidente elemento di incertezza sulla valutazione del comportamento tenuto dal dichiarante*”.

Per altro verso, è stato richiamato l’ulteriore insegnamento contenuto nella motivazione della sentenza Mills, secondo cui il giudice, “*per poter applicare la norma di cui all’art. 210 cod. pen., deve essere messo in condizione di conoscere la situazione di incapacità a testimoniare o di incompatibilità, le quali, quindi, se non risultano dagli atti inseriti nel fascicolo del dibattimento, devono essere dedotte dalla parte esaminata o comunque da colui che chiede l’audizione della persona imputata o indagata in un procedimento connesso o collegato*”.

3.4. Rilievi di sintesi. In buona sostanza, le Sezioni unite hanno privilegiato un’interpretazione rigorosa delle disposizioni poste a tutela dello *ius tacendi* riconosciuto all’imputato o indagato di reato connesso “debolmente” o collegato: e ciò sia quanto ai criteri di identificazione delle situazioni “garantite”, sia quanto alle conseguenze derivanti dall’inosservanza delle disposizioni in materia.

Sotto il primo profilo, infatti, il Supremo consesso ha non solo ribadito gli insegnamenti della sentenza Mills circa la necessità di valutare in termini sostanziali la condizione del soggetto chiamato a deporre (senza conferire quindi rilievo decisivo all’avvenuta o meno iscrizione nel registro degli indagati), ma ha anche sottolineato la centralità che, nell’intero sistema, deve essere attribuita all’avviso di cui all’art. 64, comma 3, lett. c), cod. proc. pen., nel senso che la perdita del diritto al silenzio non può in alcun modo prescindere – anche in fase dibattimentale – da una consapevole decisione del

titolare del diritto stesso, che deve quindi aver ricevuto il predetto avviso prima di rendere le dichiarazioni. Pertanto, un imputato o indagato di reato connesso o collegato potrà essere chiamato a deporre come teste assistito, ai sensi dell'art. 197 bis, solo se già in precedenza avvisato ai sensi del predetto comma 3 dell'art. 64: in caso contrario, egli dovrà essere esaminato ai sensi del comma 6 dell'art. 210, ed assumerà l'ufficio di testimone solo se, ricevuto in quella sede l'avviso, deciderà di non avvalersi dello *ius tacendi*. A tale specifico riguardo, le Sezioni unite hanno chiarito che la sequenza appena ricordata deve trovare applicazione in ogni caso, ovvero sia se il soggetto “*non ha in precedenza reso dichiarazioni*”, come testualmente recita il comma 6 dell'art. 210, sia se le ha rese in modo irrituale, essendo già stato (erroneamente) escusso come teste o persona informata sui fatti.

Sotto il secondo profilo, il Supremo consesso ha sancito l'inutilizzabilità delle dichiarazioni testimoniali rese da chi doveva essere esaminato ex art. 210 comma 6 - e quindi avvisato ex art. 64, comma 3, lett. c) - sia richiamando la specifica sanzione contenuta nel comma 3 bis dello stesso art. 64, sia facendo riferimento al divieto probatorio codificato nell'art. 197, comma 1, lett. b), ed alla conseguente inutilizzabilità dettata, in termini generali, dall'art. 191 del codice di rito.

A tale rigorosa ricostruzione ha fatto peraltro seguito un duplice ordine di precisazioni, attraverso le quali le Sezioni unite hanno chiarito ed in un certo senso delimitato la portata applicativa dei principi affermati.

In particolare, per un verso, è stata riaffermata (in piena adesione, anche in questo caso, alla sentenza Mills del 2010) la necessità che il giudice precedente sia preventivamente messo in condizione di conoscere la situazione ostativa ad un esame testimoniale, e che quindi tale situazione, ove non risultante dagli atti, gli venga adeguatamente prospettata dallo stesso dichiarante, o dalla parte che ne richiede l'esame.

Per altro verso, le Sezioni unite hanno escluso dal novero dei soggetti incompatibili con l'ufficio di testimone coloro che, con le proprie precedenti dichiarazioni, abbiano commesso i reati di favoreggiamento, false dichiarazioni al p.m. o calunnia, quanto meno nelle ipotesi in cui essi vengano poi chiamati a deporre sui fatti “*che integrano il tessuto*”

delle dichiarazioni medesime. Per costoro, l'incompatibilità a testimoniare, con ogni conseguenza in ordine alla necessaria applicazione degli artt. 210, comma 6 e 64, comma 3 lett. c), scatterà – oltre che nella ovvia ipotesi in cui emerga una loro concorrente responsabilità nel reato cui si riferisce la deposizione (cfr. sul punto *infra*, § 4) – qualora essi assumano la veste di imputati o indagati per altro reato connesso o collegato, sempre che “*ciò non sia una diretta conseguenza*” delle dichiarazioni in precedenza rese.

4. Le pronunce più recenti.

Tra le decisioni emesse dopo l'intervento delle Sezioni unite, è anzitutto opportuno richiamare **Sez. II, 14 ottobre 2015, n. 44495, Cagali**, che ha diffusamente riportato il percorso argomentativo della sentenza Lo Presti per ribadire l'inutilizzabilità delle dichiarazioni assunte senza garanzie da un imputato di reato connesso o collegato, e quindi in violazione di un espresso divieto *ex lege* di assumere la posizione e gli obblighi del testimone. Nella pronuncia si chiarisce, da un lato, che tale inutilizzabilità non può essere superata – come ritenuto, nella specie, dalla sentenza impugnata - “leggendo” le dichiarazioni attraverso la deposizione di altro teste ritualmente escusso; d'altro lato, è stato ribadito il principio per cui è fatto salvo il potere di rinnovare la prova dichiarata inutilizzabile, anche in sede di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello, ai sensi dell'art. 603 comma 3, cod. proc. pen. (in tal senso si era già espressa, ad es., Sez. V, 12 novembre 2013, n. 2912/2014, Sheremetov, Rv. 257956)

Viene poi in rilievo **Sez. IV, 30 settembre 2015, n. 40958, Petrozza**, che – pur senza richiamarsi alla decisione delle Sezioni unite, ed anzi seguendo un diverso percorso argomentativo – è anch'essa intervenuta sul tema del rapporto tra le dichiarazioni autoindizianti rese dal soggetto chiamato a deporre e la compatibilità di quest'ultimo con l'ufficio di testimone (cfr. *supra*, § 3.b). Si è in particolare osservato che, se è vero che l'art. 63 comma 1 prevede l'inutilizzabilità solo relativa (nei confronti del dichiarante) di quanto da lui affermato prima che l'autorità procedente interrompa l'esame per l'emersione di indizi di reità dalle dichiarazioni rese, è anche vero che, nella “patologica” ipotesi in cui la deposizione testimoniale non venga interrotta, le ulteriori dichiarazioni

devono ritenersi affette da inutilizzabilità assoluta, ai sensi del comma 2 del predetto art. 63. In altri termini, tale sanzione – espressamente comminata per l'ipotesi in cui il dichiarante doveva sin dall'inizio essere sentito in qualità di imputato o indagato – “*si estende alle dichiarazioni che il testimone renda nel corso dell'esame illegittimamente proseguito dopo la emersione di indizi di reità a carico della fonte di prova dal pericolo di dichiarazioni accusatorie, compiacenti o negoziate a carico di terzi?*” (in senso analogo, v. in motivazione **Sez. IV, 7 giugno 2015, n. 29918, Affatato, Rv. 264476**). La sentenza Petrozza si segnala anche per aver ribadito un ulteriore principio in tema di “delimitazione” dell'area del diritto al silenzio, già in precedenza affermato dalla Suprema corte: si è infatti non solo affermato che la qualifica soggettiva deve essere apprezzata secondo un criterio sostanziale in base alla situazione effettiva e conoscibile nel momento in cui le dichiarazioni vengono rese (cfr. *supra*, § 3.c), ma si è anche precisato che, “*in tale prospettiva, può e deve tenersi conto anche dell'operatività di eventuali cause di giustificazione, se siano di evidente ed immediata applicazione senza che sia necessaria la conduzione di particolari indagini o verifiche?*” (in tal senso v. già Sez. V, 28 settembre 2012, n. 747/2013, Rv. 254599).

È opportuno infine richiamare le sentenze che hanno riaffermato un ulteriore importante principio volto a delimitare l'area del diritto al silenzio, sulla scorta non della sentenza Lo Presti, ma di un altro importante arresto delle Sezioni unite (sent. n. 12067/2010, De Simone), già richiamato ad altri fini (cfr. *supra*, § 2). Si è infatti ribadito che “*non sussiste incompatibilità ad assumere l'ufficio di testimone per la persona offesa, già indagata in procedimento connesso ai sensi dell'art. 12, comma primo, lett. c), cod. proc. pen. o per reato probatoriamente collegato, definito con provvedimento di archiviazione, in quanto la disciplina limitativa della capacità di testimoniare prevista dagli artt. 197, comma primo, lett. a) e b), 197 bis, e 210 cod. proc. pen. si applica solo all'imputato, al quale è equiparata la persona indagata nonché il soggetto già imputato, salvo che sia stato irrevocabilmente prosciolto per non aver commesso il fatto?*” (**Sez. II, 9 gennaio 2015, n. 4123, Sconso, Rv. 262367**, con espresso richiamo alla citata sentenza De Simone delle Sezioni unite. In senso analogo, v. anche **Sez. I, 14 aprile 2015, n. 44702, Sitzia; Sez. VI, 7 luglio 2015, n. 35679, Cossentino**).



CAPITOLO II

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI IN TEMA DI INTERCETTAZIONI

(LUIGI GIORDANO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La motivazione del provvedimento: il collegamento tra il reato da accertare e la persona intercettata. - 2.1. segue: la proroga della captazione. - 2.2. segue: richiesta del pubblico ministero e cognizione del GIP. - 3. Intercettazioni disposte per un reato di cui all'elenco dell'art. 266 cod. proc. pen. ed utilizzabilità per i restanti reati dello stesso procedimento. - 3.1. segue: la separazione del procedimento in origine unitario. - 4. Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: nozione sostanziale di "stesso procedimento" e rilievo della originaria unitarietà. - 4.1. segue: i presupposti per l'utilizzo delle captazioni eseguite aliunde. - 5. Intercettazioni tra presenti: la necessaria determinazione del luogo. - 6. Intercettazioni e nuove tecnologie: premessa. - 6.1. segue: la sentenza sull'agente intrusore. - 6.2. segue: le intercettazioni dei messaggi PIN to PIN. - 7. Il valore probatorio delle conversazioni captate e la loro interpretazione. - 7.1. Conversazioni avvenute nella lingua dell'imputato e diritto alla traduzione degli atti. - 8. Questioni di inutilizzabilità: il rilievo del vizio. - 8.1. segue: la "delimitazione" dell'area operativa della violazione dell'art. 203 cod. proc. pen. - 8.2. segue: omessa trasmissione dei "brogliacci di ascolto". - 8.3. segue: l'uso di impianti diversi da quelli della Procura. - 8.4. segue: ulteriori violazioni procedurali. - 8.5. segue: il limite temporale all'utilizzabilità dei tabulati.

1. Premessa.

Il presente contributo ha ad oggetto una ricognizione della giurisprudenza di legittimità del 2015 sull'ammissibilità delle intercettazioni e sulla loro utilizzabilità nel processo al fine di verificare se siano intervenute significative evoluzioni negli indirizzi interpretativi precedentemente affermati.

E' stato segnalato da tempo che l'approccio alle intercettazioni soffre della tendenza ad una valutazione complessiva delle problematiche toccate dall'istituto. Il tema dei limiti di ammissibilità del mezzo di ricerca della prova e dell'utilizzabilità dei suoi risultati, infatti, sovente è evocato nel medesimo contesto in cui si affronta il diverso aspetto della tutela del diritto alla segretezza delle conversazioni. A quest'ultima, talvolta, si affianca il profilo del costo dello strumento investigativo, che non riguarda la garanzia della riservatezza, ma i rapporti tra le autorità pubbliche ed i gestori dei servizi telefonici.

Questo metodo non ha agevolato lo svolgimento del necessario approfondimento dei profili controversi dell'argomento, essendo invece necessario distinguere le diverse

questioni sul campo, da valutare alla luce degli interessi di cui sono portatori i vari soggetti interessati.

Il disegno di legge n. 2798, approvato dalla Camera dei deputati il 23 settembre 2015 e trasmesso al Senato, ove ha preso il n. 2067, intitolato *“Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all’ordinamento penitenziario per l’effettiva rieducazione della pena”*, muovendosi in una direzione diversa, all’art. 30, prevede il conferimento di una delega al Governo per l’adozione di un decreto legislativo recante disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni in conformità all’art. 15 Cost. Le nuove prescrizioni dovranno incidere soltanto sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle intercettazioni, prevedendo una scansione procedimentale per la selezione in contraddittorio del materiale registrato, con speciale riguardo alla tutela della riservatezza delle persone occasionalmente coinvolte, in particolare dei difensori. Questa delega sottende la convinzione che, sotto il profilo della divulgazione dei risultati delle captazioni, non sarebbe possibile pervenire ad un più equilibrato bilanciamento tra i valori costituzionali in conflitto solo in base alle norme vigenti, sicché sarebbe inevitabile il ricorso a nuove regole che permettano di contemperare il diritto della collettività ad essere informata con la presunzione di innocenza degli indagati e con la riservatezza di terzi occasionalmente ascoltati a non veder pubblicate vicende intime, magari non inerenti ai fatti penalmente rilevanti. Anche la Corte Costituzionale, del resto, ha richiesto al legislatore la determinazione di *“diversi e migliori equilibri”* tra i valori costituzionali implicati, perché si assiste ad *“un dilagante e preoccupante fenomeno di violazione della riservatezza, che deriva dalla incontrollata diffusione mediatica di dati e informazioni personali, sia provenienti da attività di raccolta e intercettazione legalmente autorizzate, sia ... effettuate al di fuori dell’esercizio di ogni legittimo potere da pubblici ufficiali o da privati mossi da finalità diverse, che comunque non giustificano l’intrusione nella vita privata delle persone”* (Corte cost. 11 giugno 2009, n. 173).

Il disegno di legge citato, invece, non prevede modificazioni delle disposizioni sull’ammissibilità e sull’utilizzabilità delle intercettazioni. In questo ambito, il

bilanciamento tra le prerogative individuali e le esigenze investigative è affidato alla giurisprudenza cui è demandato di fissare il corretto punto di equilibrio tra l'esigenza di repressione dei reati e la salvaguardia della riservatezza.

In questa materia, collocata nel punto che sembra divenuto quello di massima frizione tra i poteri dell'Autorità e le libertà individuali, la giurisprudenza di legittimità, per mezzo di diversi interventi anche delle Sezioni Unite, sta svolgendo un delicato compito, che è stato definito di *“costruzione del sistema”*, tratteggiando i contorni dell'istituto e fissandone i limiti di utilizzabilità. La Suprema Corte (Sez. Un. 12 luglio 2007 n. 30347, Aguneche, Rv. 236754), al riguardo, ha chiarito che *“la formidabile capacità intrusiva del mezzo di ricerca della prova nella sfera della segretezza e libertà delle comunicazioni costituzionalmente presidiata ... non può tollerare deroghe, scorciatoie, pigrizie o, peggio, radicali omissioni ...”*, precisando in una pronuncia del 2015 (**Sez. VI, 26 maggio 2015 n. 27100, Musumeci**), che le disposizioni che prevedono la possibilità di intercettare comunicazioni sono di stretta interpretazione, perché *“la norma costituzionale pone ... il fondamentale principio secondo il quale la libertà e la segretezza delle comunicazioni sono inviolabili, ammettendo una limitazione soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge”*.

2. La motivazione del provvedimento: il collegamento tra il reato da accertare e la persona intercettata.

La ricerca del corretto bilanciamento tra le esigenze costituzionali per le quali sono previste le attività finalizzate all'accertamento dei reati e quelle poste a tutela degli individui ha un momento centrale nella motivazione degli atti che permettono le intercettazioni. Il giudice deve dare atto delle ragioni che giustificano la limitazione della prerogativa del singolo e, quindi, dell'equilibrio tra i valori costituzionali interessati. Il tema concerne l'interpretazione dell'art. 267 cod. proc. pen. e riguarda essenzialmente il rapporto tra il presupposto dei *“gravi indizi di reato”* e quello dell'assoluta indispensabilità dello strumento. Questa norma, invero, assicura il rispetto dell'art. 8 CEDU: la Corte EDU ha affermato che la regolamentazione delle intercettazioni è compatibile con la preminenza del diritto necessaria in una società democratica solo se garantisce una

protezione adeguata contro il pericolo di arbitri lesivi della riservatezza, dovendo disciplinare, in tale prospettiva, in modo sufficientemente preciso, le categorie di persone assoggettabili al mezzo di ricerca della prova, la natura dei reati che vi possano dare luogo, l'indipendenza dell'organo deputato ad autorizzare lo strumento investigativo e le precauzioni da osservare per garantire la *privacy* degli interlocutori che siano casualmente attinti dalle captazioni senza aver alcun collegamento con l'oggetto delle indagini in corso (cfr. Corte EDU, Sez. II, 10 aprile 2007, Panarisi c. Italia; Corte EDU, Sez. IV, 10 febbraio 2009, Iordachi c. Moldavia).

Anche nel corso del 2015, la Suprema Corte (**Sez. III, 2 dicembre 2014 n. 14954/2015, Carrara ed altri, Rv. 263044**) è tornata sull'art. 267 cod. proc. pen., ribadendo che, sebbene il primo presupposto contemplato dalla norma non assuma un significato probatorio e, dunque, non imponga una valutazione del fondamento dell'accusa *“in chiave di prognosi, seppure indiziaria, di colpevolezza”*, non deve ingenerarsi l'equivoco che possa essere autorizzata un'intercettazione fondata su illeciti penali meramente ipotetici. E' richiesta *“l'esistenza, in chiave altamente probabilistica o, nel caso di reati di criminalità organizzata, nel più ristretto ambito della sufficienza indiziaria, di un fatto storico integrante una determinata ipotesi di reato, il cui accertamento imponga l'adozione del mezzo di ricerca della prova”*. Il legislatore, in altri termini, mirando a prevenire qualsiasi uso non necessario di uno strumento tanto insidioso per la sfera della libertà, prescrive *“un controllo penetrante circa l'esistenza delle esigenze investigative e la finalizzazione delle intercettazioni al relativo soddisfacimento, senza alcun riferimento alla deliberazione nel merito di una ipotesi accusatoria che può ancora non avere trovato una sua consistenza”*. Questo consolidato approdo interpretativo già rappresenta un punto importante nella prospettiva della tutela delle libertà individuali, essendo idoneo a *“prevenire il rischio di autorizzazione in bianco e di impedire che l'intercettazione da mezzo di ricerca della prova si trasformi in mezzo per la ricerca della notizia di reato”*.

Il giudice, poi, deve ragionare secondo una logica di concreta residualità dell'intercettazione rispetto ad altri strumenti investigativi cd. “tradizionali”. Solo quando altri mezzi sono inutili, se non impossibili, può essere legittimo azionare uno strumento

tanto invasivo come quello in esame. Ciò comporta che va indicato il criterio di collegamento tra l'indagine in corso e l'intercettando (cfr. Sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 12722, Lombardi Stronati, Rv. 243241). Questo è l'aspetto più denso di significato dell'obbligo di motivazione che, ai sensi degli artt. 15 Cost. e 267, comma 1, cod. proc. pen., incombe in maniera espressa e diretta sul giudice. Nella decisione del 2015 dapprima citata, sul punto, è precisato che il soggetto intercettato “è stato indicato nel decreto autorizzativo delle intercettazioni come cointeressato all'attività di spaccio”. Tale laconica affermazione è stata reputata sufficiente per osservare il criterio di collegamento tra il reato da accertato e il soggetto nei cui confronti è stata eseguita l'intercettazione.

2.1. segue: la proroga della captazione

E' noto che nella prassi la motivazione della proroga del decreto che autorizza l'intercettazione di comunicazione sia notevolmente più sintetica rispetto a quella dell'autorizzazione. Tale consuetudine, anche nel 2015, ha trovato l'avallo della giurisprudenza di legittimità. Secondo **Sez. IV, 19 marzo 2015 n. 16430, Caratozzolo, Rv. 263401**, la motivazione dei decreti di proroga può essere ispirata anche a criteri di minore specificità e può risolversi “nel dare atto della constatata plausibilità delle ragioni esposte nella richiesta del pubblico ministero”. In particolare, secondo questa decisione, per la protrazione delle intercettazioni non è necessario che emergano elementi nuovi. Il semplice contatto della persona intercettata con soggetti indagati, rispetto ai quali cioè erano già emersi indizi di colpevolezza, giustifica il permanere degli ascolti.

Si comprende agevolmente il rischio sotteso a questo indirizzo giurisprudenziale: la motivazione della proroga potrebbe ridursi al mero rinvio all'informativa di polizia giudiziaria allegata alla richiesta del Pubblico Ministero, nel quale spesso sono riportate solo talune conversazioni reputate utili dall'operatore delegato all'ascolto, se non il mero elenco dei contatti giudicati “significativi”. L'art. 267 cod. proc. pen., invece, prevede che la persistenza delle condizioni legittimanti le captazioni debba risultare dalla motivazione del provvedimento di proroga.

2.2. segue: richiesta del pubblico ministero e cognizione del GIP.

Un'interessante decisione del 2015 (**Sez. VI, 21 luglio 2015 n. 34809, Gattuso, Rv. 264447**) ha precisato che il decreto di autorizzazione del giudice non è vincolato dai limiti della richiesta del pubblico ministero. Nella fattispecie, in particolare, era stata dedotta la sussistenza di uno dei reati contenuti nel catalogo di cui all'art. 266 cod. proc. pen. ed erano state richieste intercettazioni per la durata di soli quindici giorni. L'autorizzazione, invece, era stata concessa da giudice per quaranta giorni, essendo stata riferita a diversa ipotesi di reato che legittimava il ricorso all'art. 13 della legge n. 203 del 1991. La Suprema Corte ha ritenuto che il giudice per le indagini preliminari possa riquilibrare la richiesta del pubblico ministero in presenza di sufficienti indizi di delitti di criminalità organizzata, sebbene essa faccia esclusivo riferimento alla disciplina dettata dagli artt. 266 e segg. cod. proc. pen. e, comunque, al termine di quindici giorni.

3. Intercettazioni disposte per un reato di cui all'elenco dell'art. 266 cod. proc. pen. ed utilizzabilità per i restanti reati dello stesso procedimento. Il bilanciamento tra il diritto individuale di cui all'art. 15 Cost. e la necessità garantire strumenti per la ricerca degli autori dei reati ha condotto alla formulazione, nell'art. 266 cod. proc. pen., di un catalogo di illeciti per i quali, in considerazione della gravità o anche per l'impossibilità di raccogliere in modo diverso mezzi di prova (come avviene, ad esempio, per la contravvenzione di molestia o disturbo alle persone con il mezzo del telefono prevista dall'art. 660 cod. pen.), è giustificata, in presenza di determinate condizioni, la compressione della libertà di comunicare.

E' frequente peraltro che, disposta un'intercettazione per l'accertamento di un reato per il quale il mezzo di ricerca della prova sia consentito dall'art. 266 cod. proc. pen., emerga un fatto diverso o elementi di prova anche di altro o di altri illeciti, che possono anche non essere previsti nell'elenco di cui all'art. 266 cod. proc. pen.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene utilizzabili i risultati delle intercettazioni telefoniche, autorizzate per un reato che rientra tra quelli contemplati dall'art. 266 cod. proc. pen., anche relativamente ai rimanenti illeciti per i quali si procede

nel medesimo procedimento, pur se per essi le intercettazioni non sono permesse (cfr. Sez. III, 22 settembre 2010 n. 39761, S.S.; Sez. VI, 5 aprile 2012 n. 22276, Maggioni, Rv. 252870).

L'art. 266 cod. proc. pen., invero, non disciplina il caso di concorso di reati nel medesimo procedimento e, in particolare, non esclude l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per i reati diversi da quelli indicati dalla stessa disposizione che siano emersi nel corso dell'indagine per altri illeciti. La locuzione che adopera la disposizione appena citata (*“nei procedimenti relativi ai seguenti reati”*) deve essere interpretata nel senso della sufficienza, per l'accesso al mezzo di ricerca della prova nel corso del procedimento, della presenza di almeno uno dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen. (Sez. VI, 14 giugno 2011, n. 34735, Anzillotti). Milita in questo senso un'esigenza di intrinseca coerenza sistematica che impone la valutazione unitaria, coerente e complessiva del materiale probatorio acquisito legittimamente al processo. Sarebbe paradossale, del resto, dover sostenere che l'art. 266 cod. proc. pen. disciplina solo i casi in cui il singolo procedimento tratta uno solo, o più, dei reati che espressamente indica.

L'art. 270 cod. proc. pen., d'altra parte, quando deve individuare i parametri per legittimare l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in altri procedimenti, non richiama l'elencazione tassativa dell'art. 266 cod. proc. pen., ma introduce diversi presupposti, certamente non sovrapponibili, né coincidenti con la clausola generale di cui all'art. 266, comma primo, lett. a), cod. proc. pen.

3.1. segue: la separazione del procedimento in origine unitario.

L'indirizzo giurisprudenziale appena illustrato, ai fini dell'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, postula che i reati ulteriori rispetto a quello per cui sia stato disposto il mezzo di ricerca della prova siano trattati nello stesso procedimento.

L'eterogeneità delle ipotesi accusatorie e degli indagati, tuttavia, può condurre al frazionamento del giudizio per la mancanza delle condizioni di connessione che giustificano lo svolgimento di un procedimento simultaneo. In questo caso, i risultati delle intercettazioni legittimamente acquisiti nel procedimento nella fase in cui era



unitario sono sempre utilizzabili, anche nel procedimento separato, non trovando applicazione l'art. 270 cod. proc. pen. che presuppone l'esistenza di più procedimenti *ab origine* distinti tra loro.

E' stato puntualizzato (**Sez. VI, 16 dicembre 2014 n. 6702/2015**), **La Volla, Rv. 262496**), infatti, che l'unitarietà iniziale del procedimento – piuttosto che il criterio della stretta connessione tra i fatti – reato oggetto dei distinti procedimenti - costituisce il dato processuale per consentire l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni per i distinti reati, oggetto del procedimento frazionato, quando sussistono le condizioni di ammissibilità di cui all'art. 266 cod. proc. pen. ed anche quando si tratti di illeciti che non rientrano nell'elenco contenuto in detta disposizione.

Su questo ultimo punto, però, un'altra sentenza sempre del 2015 (**Sez. VI, 17 giugno 2015 n. 27820, Morena, Rv. 264087**) ha espresso un indirizzo che appare difforme. L'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni nel procedimento separato, secondo questa decisione, presuppone che in relazione agli ulteriori reati il controllo avrebbe potuto essere autonomamente disposto ai sensi del predetto art. 266 cod. proc. pen., così alludendosi alla circostanza che debba trattarsi di illeciti contenuti nel catalogo contenuto nella norma citata. In particolare, è stato ulteriormente precisato che la regola appena indicata opera anche se il giudizio separato riguarda "*fatti strettamente connessi*" all'illecito per il quale sono state disposte le intercettazioni. La sentenza in esame ha richiamato un precedente arresto della stessa Suprema Corte con il quale è stato puntualizzato che la circostanza che non possano considerarsi pertinenti a "*diverso procedimento*" risultanze concernenti fatti strettamente connessi a quello cui si riferisce l'autorizzazione giudiziale e che, dunque, non rilevino i limiti di utilizzabilità fissati all'art. 270 cod. proc. pen. in ragione dell'originaria unitarietà del giudizio, non esclude che siano applicabili le condizioni generali cui la legge subordina l'ammissibilità delle intercettazioni (Sez. VI, 15 gennaio 2004 n. 4942, Kolakowska Bozena, Rv. 229999).

4. Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: nozione sostanziale di “stesso procedimento” e rilievo della originaria unitarietà.

Una decisione del 2015 (**Sez. V, 20 gennaio 2015 n. 26693, Catanzaro, Rv. 264001**) ha riaffermato il principio giurisprudenziale secondo cui la nozione di identico procedimento, che esclude l’operatività del divieto di utilizzazione previsto dall’art. 270 cod. proc. pen., prescinde da elementi formali come il numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato, implicando una valutazione di tipo “sostanziale”. Il procedimento va considerato identico solo quando tra il contenuto dell’originaria notizia di reato alla base dell’autorizzazione e quello dei reati per cui si procede vi sia una stretta connessione sotto il profilo oggettivo, probatorio o finalistico.

La “stretta connessione” a cui allude la Corte di Cassazione per escludere la diversità del procedimento viene riferita alle fattispecie concorsuali (art. 12, comma primo, cod. proc. pen.) o di concorso formale di reati ovvero ai reati legati dal vincolo della continuazione (art. 12, comma secondo, cod. proc. pen.) o a quelli commessi per eseguire o per occultare gli altri (art. 12, comma terzo, cod. proc. pen.) nonché a quelli in cui la cui prova deriva, anche solo in parte, dalla stessa fonte (art. 371, comma secondo, lett. c), cod. proc. pen.).

Secondo la pronuncia indicata, dunque, il dato formale dell’identità del numero del procedimento nel cui ambito sono state eseguite le intercettazioni – che, peraltro, lascia supporre l’unitarietà iniziale - non determina necessariamente che le conversazioni siano utilizzabili per reati trattati in diversi giudizi, che non risultano connessi o collegati sul piano probatorio.

Una sentenza sempre del 2015 (**Sez. VI, 16 dicembre 2014 n. 6702/2015, La Volla, Rv. 262496**), invece, è giunta a conclusioni diverse proprio facendo leva sull’originaria unitarietà dei procedimenti.

Secondo questa decisione, la disposizione in esame intende impedire soltanto il trasferimento dei risultati delle operazioni tecniche da uno ad un altro procedimento che abbiano avuto un’autonoma e distinta origine. I risultati delle intercettazioni legittimamente acquisiti nell’ambito di un procedimento penale inizialmente unitario,

invece, sono sempre utilizzabili, ancorché lo stesso sia stato successivamente frazionato a causa della eterogeneità delle ipotesi di reato e dei soggetti indagati, poiché in tal caso non trova applicazione l'art. 270 cod. proc. pen. che postula l'esistenza di più procedimenti *ab origine* distinti tra loro.

Alla stregua di questa pronuncia, il fatto che sia intervenuta una separazione perché le ipotesi di reato erano eterogenee e diversi erano i soggetti indagati (o in altri termini, perché le ipotesi di reato non erano connesse, né collegate sul piano probatorio) non esclude l'utilizzo delle intercettazioni in ragione dell'origine unitaria.

L'equivoco in cui è incorsa anche parte della giurisprudenza di legittimità, sempre secondo questa pronuncia, *“è stato quello di attribuire rilevanza preminente al dato formale della diversità dei procedimenti nella loro fase statica, senza invece considerarne la genesi. E' stato, allora, necessario ricorrere al criterio della stretta connessione tra i fatti – reato oggetto dei distinti procedimenti per recuperare l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in procedimenti aventi finanche la medesima scaturigine oppure costituenti la prosecuzione, mediante riapertura delle indagini ex art. 414 cod. proc. pen., di altro procedimento già definito mediante archiviazione. Eppure alcune pronunzie di questa Corte di legittimità ... avevano affermato a chiare lettere il concetto che non si dà diversità di procedimenti ai sensi e per gli effetti dell'art. 270 cod. proc. pen. nel caso in cui le indagini riguardino un unico iniziale procedimento, ancorché per avventura successivamente frazionatosi per la diversità dei soggetti indagati e dei reati”*.

La disciplina di cui all'art. 270 cod. proc. pen., in conclusione, si applica soltanto nel caso in cui i risultati delle intercettazioni transitano tra procedimenti *ab origine* distinti (**Sez. IV, 8 aprile 2015, n. 29907, Bono, Rv. 244382**).

4.1. segue: i presupposti per l'utilizzo delle captazioni eseguite *aliunde*.

L'indispensabilità dell'impiego dei risultati delle intercettazioni compiute in altri procedimenti, secondo **Sez. II, 18 febbraio 2015, n. 12625, Moi, Rv. 262927**, significa che i risultati delle captazioni debbano essere necessarie per la prova anche di un qualsiasi elemento dell'imputazione, compresi i fatti relativi alla punibilità, alla determinazione della pena, alla qualificazione del reato, alle circostanze attenuanti o

aggravanti. L'indispensabilità, pertanto, potrebbe ricorrere pure se le registrazioni sono utili come mero dato di riscontro di dichiarazioni accusatorie.

L'art. 270 cod. proc. pen., per giustificare l'utilizzo, inoltre, pretende che i risultati delle captazioni siano indispensabili per l'accertamento di un reato per il quale è obbligatorio l'arresto in flagranza. La disposizione alza il limite per l'impiego delle registrazioni, non riferendosi al catalogo dei reati di cui all'art. 266 cod. proc. pen., ma alle fattispecie per le quali la legge prevede l'arresto obbligatorio. Secondo **Sez. III, 29 gennaio 2015 n. 12536, Anania, Rv. 262999**, però, al fine di valutare la esistenza della condizione richiesta dall'art. 270, comma primo, cod. proc. pen. per la deroga al divieto di utilizzazione in altri procedimenti, non è necessario che dalla conversazione intercettata emerga immediatamente l'esatta qualificazione giuridica del delitto "diverso" per il quale è obbligatorio l'arresto in flagranza. Le informazioni raccolte tramite le attività di captazione legittimamente disposte in un determinato procedimento, infatti, possono essere comunque utilizzate come "fonti" da cui eventualmente desumere una successiva *notitia criminis*. In altri termini, qualora emerga un delitto per il quale l'arresto in flagranza non è obbligatorio, dai risultati delle intercettazioni legittimamente disposte possono essere desunte notizie di reato.

Una decisione del 2015 (**Sez. III, 29 gennaio 2015 n. 21451, L., Rv. 263746**), poi, ha chiarito che, nel caso di successione di leggi che incidano sui requisiti e sui presupposti legittimanti i mezzi di ricerca della prova e l'utilizzazione dei relativi elementi, il principio *tempus regit actum* opera in maniera differente qualora siano ontologicamente separati i due momenti di formazione dell'atto e di formale acquisizione dei risultati della ricerca probatoria. Nell'ipotesi di utilizzazione delle intercettazioni telefoniche in procedimento diverso da quello in cui sono state disposte, poiché l'utilizzazione è subordinata, da una parte, alla legalità dell'intercettazione nel momento genetico, e, dall'altra, a precise condizioni di assunzione nel diverso processo, i due requisiti, di legalità del mezzo e di legittimità dell'acquisizione, vanno individuati nelle leggi vigenti nei rispettivi momenti, pur se diversamente disciplinati. La Suprema Corte, pertanto, ha ritenuto utilizzabili in diverso procedimento le intercettazioni per il reato di

cui all'art. 609-*quater* cod. proc. pen., che, solo successivamente rispetto al momento in cui erano state disposte ed eseguite le attività di captazione, è stato ricompreso tra quelli per i quali l'art. 380 cod. proc. pen. prevede l'arresto obbligatorio in flagranza.

5. Intercettazioni tra presenti: la necessaria determinazione del luogo.

Un'interessante pronuncia (**Sez. IV, 12 marzo 2015, n. 24478, Palermo, Rv. 263723**) ha provveduto a una puntualizzazione in tema di intercettazioni ambientali. Il decreto di autorizzazione delle operazioni di captazione deve riportare i dati che permettono di determinare precisamente la portata della compressione della libertà di comunicazione. Questa regola, sebbene apparentemente non espressa in modo esplicito nella disciplina codicistica delle intercettazioni, è insita nella prescrizione costituzionale. Il decreto autorizzativo di captazioni effettuate mediante l'uso del telefono, pertanto, deve contenere l'identificazione della specifica apparecchiatura o del particolare sistema da sottoporre a intercettazione. In termini sostanzialmente analoghi, nel caso di intercettazioni delle comunicazioni tra presenti, è indispensabile l'individuazione o, quanto meno, l'individuabilità in base agli elementi contenuti nel decreto autorizzativo del preciso luogo nel quale deve intervenire l'ascolto.

Quando l'intercettazione deve avvenire in una vettura, tuttavia, non è necessario che nel provvedimento sia indicata la targa, il modello o un altro dato identificativo del veicolo, essendo possibile richiamare qualsiasi altro elemento idoneo a consentire l'esatto riconoscimento dell'ambiente ove va svolta la captazione.

Il dato che permette l'individuazione del luogo, in particolare, può essere anche di natura relazionale, come l'indicazione del soggetto proprietario o dell'utilizzatore del veicolo, ma solo se ciò non determina incertezze, come, al contrario, potrebbe avvenire nel caso del possessore di un vasto parco macchine. Ne consegue che, quando si verifica la sostituzione dell'autovettura nella quale è stata autorizzata la captazione, le intercettazioni sono comunque utilizzabili e non è necessario un nuovo decreto autorizzativo. Non muta, infatti, lo specifico ambiente per il quale è stata autorizzata

l'intercettazione, se detto luogo è determinato con riferimento al rapporto con un determinato utilizzatore o proprietario ed al riguardo non sorge alcuna incertezza.

6. Intercettazioni e nuove tecnologie: premessa.

L'impiego a fini investigativi delle moderne tecnologie informatiche ha determinato un nuovo spazio d'intervento per la giurisprudenza, impegnata a delineare i presupposti di ammissibilità di nuovi strumenti, ricercando soluzioni soddisfacenti per il rispetto delle garanzie costituzionali.

In quest'ambito, invero, una difficoltà è rappresentata dal fatto che nella disciplina codicistica delle intercettazioni si rinviene un unico riferimento normativo, rappresentato dalla disposizione che consente di intercettare le comunicazioni informatiche o telematiche. L'art. 266-*bis* cod. proc. pen., come è noto, permette l'intercettazione del flusso di comunicazioni *“relativo a sistemi informatici o telematici ovvero intercorrente tra più sistemi”*. Il “flusso” consiste nello scambio di dati numerici (bit). Oggetto di intercettazione informatica o telematica è la connessione, fissa o occasionale, tra computer tra loro collegati o in rete o via modem o con qualsiasi altra forma che potrebbe essere impiegata.

Sebbene la disposizione sia ormai risalente, suscita tuttora qualche problema applicativo. Il messaggio di posta elettronica (e – mail), ad esempio, sembra rilevare quale comunicazione istantanea, alla stregua di quella telefonica, suscettibile, pertanto, di essere intercettata quando il mittente invia il suo messaggio. In questa prospettiva, i messaggi già pervenuti al destinatario ed archiviati in apposite cartelle nella memoria del computer potrebbero esulare dal materiale intercettabile, trattandosi di un flusso di dati “già avvenuto”, rispetto al quale mancherebbe uno dei presupposti tipici dell'intercettazione rappresentato dall'apprensione “in tempo reale” della comunicazione. Diversa appare la situazione che si verifica nel caso di acquisizione di mail archiviate in cartelle “bozze” e non spedite. Si allude a un'ingegnosa modalità di comunicazione che consiste nell'accedere alla medesima casella di posta elettronica tramite internet da parte di due o più persone, che si sono scambiate in precedenza la password. In questo caso si

verifica uno scambio comunicativo, sebbene la mail non sia stata inoltrata al destinatario, il quale, peraltro, ne ha preso cognizione. In questa ipotesi, un “flusso” di dati numerici captabile in tempo reale potrebbe ravvisarsi in occasione dell’accesso alla casella di posta elettronica per la lettura della “bozza”.

Il profilo più delicato, però, è certamente rappresentato dalle intercettazioni compiute per mezzo di “agente intrusore”, cioè di virus informatico, del tipo cd. trojan, che consente quella che è stata anche definita nei primi commenti la “perquisizione *on line* o elettronica”.

Con questa espressione si allude all’installazione, in genere “da remoto” per mezzo di un programma inviato unitamente ad una mail o ad un sms, di un captatore informatico in un computer o in uno smartphone. Questo strumento consente di captare tutto il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo “infettato”, di attivare il microfono e, dunque, di intercettare le conversazioni tra presenti e di mettere in funzione la videocamera, permettendo di carpire le immagini, oltre a fare copia, totale o parziale, delle unità di memoria del sistema informatico preso di mira ed a decifrare quel che viene digitato sulla tastiera collegata al sistema.

I dati raccolti sono trasmessi in tempo reale o ad intervalli prestabiliti ad altro sistema informatico in uso agli investigatori.

Il sistema descritto, evidentemente, è molto utile per lo svolgimento delle indagini. Per esempio, permette l’apprensione delle comunicazioni VOIP, voice over IP, e, comunque, di carpire le comunicazioni che viaggiano direttamente tra i terminali di due utenti, senza attraversare una struttura centrale di commutazione, per mezzo di dati informatici in forma crittografata, che possono essere letti solo da chi (nella specie il gestore) possiede la chiave di decodifica.

Utilizzando il virus informatico sul telefono cellulare, però, le intercettazioni, potenzialmente, non sono soggette ad alcuna restrizione, né temporale, né spaziale. Il telefono, infatti, è divenuto un oggetto che accompagna ogni nostro movimento e che ci segue in ogni luogo, sicché il suo uso come mezzo di intercettazione permette di sottoporre l’individuo ad un indiscriminato controllo della sua vita. Questo controllo si

estende ai soggetti che stanno vicino alla persona intercettata. L'intercettazione telefonica, divenuta ambientale, inoltre, avviene anche all'interno di un domicilio e non solo in luoghi pubblici o aperti al pubblico.

Secondo il primo arresto giurisprudenziale che ha affrontato il tema (Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556 (dep. 29 aprile 2010), Virruso, Rv. 246954), è legittimo il decreto del pubblico ministero che ha permesso l'estrpolazione dei dati già formati contenuti nella memoria del "personal computer", ma anche di quelli che sarebbero stati memorizzati dopo detta installazione (acquisizione in copia della documentazione informatica memorizzata nel "personal computer" in uso all'indagato) che non si risolverebbe nella registrazione di flusso di comunicazioni. Poiché l'attività consiste nel prelevare e copiare documenti memorizzati (o che sarebbero stati memorizzati) sull'hard disk del computer, non avrebbe ad oggetto un "*flusso di comunicazioni*", richiedente un dialogo con altri soggetti. Sebbene nel caso concreto posto al vaglio della Suprema Corte avesse innescato un monitoraggio occulto e continuativo del computer che si era protratto per oltre otto mesi, si sarebbe trattato di una mera "*relazione operativa tra microprocessore e video del sistema elettronico*" ossia "*un flusso unidirezionale di dati*" confinati all'interno dei circuiti del computer.

6.1. segue: la sentenza sull'agente intrusore.

Una decisione del 2015 (**Sez. VI, 26 maggio 2015 n. 27100, Musumeci**) ha affrontato le problematiche determinate dal nuovo strumento investigativo in una dimensione sistematica.

Per un corretto esame del tema, in particolare, ha ritenuto necessario distinguere le due peculiarità tecniche che contraddistinguono una simile modalità di eseguire intercettazioni: l'attivazione, "da remoto", del microfono e l'attivazione, sempre a distanza, della telecamera.

Quanto al primo profilo, è stato rilevato che il nuovo meccanismo realizza un'intercettazione ambientale, la cui legittimità va valutata alla stregua della previsione di cui all'art. 266, comma secondo, cod. proc. pen. Questa disposizione, nel contemplare

l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, si riferisce alla captazione di conversazioni che avvengono in un determinato luogo e non “ovunque”. La norma va interpretata in modo rigoroso alla luce della previsione di cui all'art. 15 Cost. Essa, pertanto, non consente intercettazioni ambientali effettuate in qualunque luogo, includendo la possibilità di una captazione esperibile ovunque il soggetto si sposti. L'unica opzione ermeneutica compatibile con il dettato costituzionale, al contrario, è quella secondo la quale l'intercettazione ambientale deve avvenire in luoghi ben circoscritti e individuati *ab origine* e non in qualunque luogo si trovi il soggetto.

La giurisprudenza, del resto, ammette una variazione dei luoghi in cui deve svolgersi la captazione solo se rientra nella specificità dell'ambiente oggetto dell'intercettazione autorizzata (Sez VI, 11 dicembre 2007, n. 15396, Sitzia, Rv. 239634, relativa ad una fattispecie in cui l'autorizzazione dell'intercettazione ambientale aveva ad oggetto la sala colloqui della casa circondariale in cui era ristretto l'imputato e le operazioni di captazione erano proseguite presso la sala colloqui della diversa casa circondariale in cui era stato successivamente trasferito).

Nella stessa prospettiva, si ammette che, una volta autorizzata la captazione delle conversazioni in un determinato luogo, l'attività possa intervenire anche nelle pertinenze, senza necessità di ulteriore specifica autorizzazione, sul presupposto che non si possa considerare luogo diverso dall'abitazione principale (Sez. II, 15 dicembre 2010, n. 4178 (dep. 4 febbraio 2011), Fontana, Rv. 249207) o che la captazione ambientale possa essere trasferita dalla vettura oggetto di autorizzazione a quella successivamente acquistata dall'indagato sottoposto ad intercettazione (Sez. V, 6 ottobre 2011 n. 5956 (dep. 15 febbraio 2012), Ciancitto, Rv. 252137).

Nel caso di specie, la tecnica utilizzata, per mezzo dell'attivazione del microfono del telefono cellulare, consente la captazione di comunicazioni in qualsiasi luogo si rechi il soggetto, portando con sé l'apparecchio. Si tratta di una modalità di captazione che aggiunge un *quid pluris* rispetto alle ordinarie potenzialità dell'intercettazione, costituito, per l'appunto, dalla possibilità di captare conversazioni tra presenti non solo in una pluralità di luoghi a seconda degli spostamenti del soggetto, ma – e questo è il punto

dolente - senza limitazione di luogo, in violazione della normativa codicistica e, soprattutto, del precetto costituzionale di cui all'art. 15 Cost.

Dalle considerazioni appena svolte, è tratta una conclusione significativa, invero in grado di limitare notevolmente le potenzialità investigative del nuovo strumento: il decreto autorizzativo deve individuare con precisione i luoghi nei quali dovrà essere espletata l'intercettazione delle comunicazioni tra presenti, non essendo ammissibile un'indicazione indeterminata o addirittura l'assenza di ogni indicazione al riguardo. Le captazioni compiute in luoghi diversi da quelli ai quali si riferiva l'autorizzazione devono essere espunte dal materiale cognitivo e valutativo, perché illegittime. Se i provvedimenti autorizzativi, poi, non contengono alcuna specificazione dei luoghi in cui effettuare l'intercettazione ambientale, l'intero materiale captato è illegittimo e, quindi, inutilizzabile, perché non è consentita l'effettuazione di intercettazioni tra presenti senza delimitazioni spaziali.

Il secondo aspetto problematico determinato dal nuovo strumento concerne l'attivazione a distanza della telecamera del telefono cellulare (o del computer) per effettuare video-riprese. Al riguardo, è necessario richiamare un fondamentale arresto giurisprudenziale (Sez. un. 28 marzo 2006, n. 26795, Prisco, Rv. 234267) secondo cui le videoregistrazioni in luoghi pubblici o aperti o esposti al pubblico, non compiute nell'ambito del procedimento penale, vanno incluse nella categoria dei documenti ex art. 234 cod. proc. pen., mentre quelle effettuate dalla polizia giudiziaria, anche d'iniziativa, costituiscono prove atipiche, soggette alla disciplina dettata dall'art. 189 cod. proc. pen.

In ogni caso, le riprese video non possono essere realizzate in ogni luogo. Quelle compiute in ambito domiciliare, in mancanza di una disciplina specifica attuativa dell'art. 14 Cost., sono acquisite illecitamente e, dunque, inutilizzabili.

La tutela costituzionale del domicilio, peraltro, va limitata ai luoghi con i quali la persona abbia un rapporto stabile. Quando si tratta di riprese in luoghi nei quali si svolgono attività riservate, ma che non presentano natura di domicilio, dovendo assicurarsi tutela solo al diritto alla riservatezza di cui all'art. 8 CEDU e all'art. 2 Cost. e non alla prerogativa di cui all'art. 14 Cost., la prova atipica può essere ammessa con

provvedimento motivato dell’Autorità giudiziaria (giudice, ma anche pubblico ministero). Il provvedimento dell’Autorità giudiziaria integra il livello minimo di garanzia a cui ha fatto riferimento la Corte Costituzionale (Corte Cost. 11 marzo 1993 n. 81; Corte Cost. 17 luglio 1998 n. 281)

Ne consegue che, nel caso di impiego dell’agente intrusore, sono inutilizzabili le video riprese realizzate in un domicilio e quelle compiute in ambienti in cui va salvaguardata la riservatezza, se, in questo secondo caso, compiute senza un preventivo provvedimento dell’Autorità giudiziaria che spieghi le ragioni che inducono a compiere l’atto per la ricerca della prova di un reato.

6.2. segue: le intercettazioni dei messaggi PIN to PIN.

La Corte di Cassazione (**Sez. VI, 22 settembre 2015, n. 39925, Solimando**) si è occupata anche dell’intercettazione di messaggi fra telefoni Blackberry, scambiati con il sistema PIN to PIN. Il PIN (da non confondere con il codice PIN della scheda SIM telefonica) è un codice univoco che identifica ogni dispositivo Blackberry (analogamente a un numero di serie o a un codice IMEI). È possibile inviare messaggi PIN ad altri telefoni BlackBerry, in modo simile agli SMS, conoscendo i loro codici PIN.

In questa decisione, la Suprema Corte ha affermato che le intercettazioni sono utilizzabili a condizione che i dati informatici siano trasmessi in originale dalla sede italiana della società canadese che gestisce i flussi di comunicazioni direttamente al server degli uffici della Procura della Repubblica, ove possono essere custoditi, con possibilità di accesso e consultazione delle parti, a garanzia della genuinità della prova.

Non è necessaria, inoltre, l’attivazione di una rogatoria internazionale. Va applicato, infatti, anche a queste comunicazioni il principio consolidato in tema di intercettazioni telefoniche. Non bisogna esperire la rogatoria internazionale allorquando l’attività di captazione e di registrazione del flusso comunicativo avviene in Italia, circostanza che ricorre anche nel caso di utenza mobile italiana in uso all’estero o di utenza straniera impiegata in Italia. Occorre fare ricorso alla rogatoria solo nell’ipotesi in cui l’attività

captativa sia diretta a percepire contenuti di comunicazioni transitanti unicamente sul territorio straniero. Sul punto, **Sez. IV, 29 gennaio 2015 n. 9161, Andreone, Rv. 262441**, ha ribadito che non rileva, al fine della individuazione della giurisdizione competente, il luogo dove sia in uso il relativo apparecchio, bensì esclusivamente la nazionalità dell'utenza, essendo tali apparecchi soggetti alla regolamentazione tecnica e giuridica dello Stato cui appartiene l'ente gestore del servizio.

Nel caso di intercettazioni PIN to PIN, sarà utilizzabile solo la captazione di apparecchi Blackberry localizzati in Italia o, quanto meno, quando almeno uno di essi si trova in Italia, impiegando un nodo per le comunicazioni nazionale.

7. Il valore probatorio delle conversazioni captate e la loro interpretazione.

Nel corso del 2015, le Sezioni Unite della Suprema Corte (**Sez. un., 26 febbraio 2015 n. 22471, Sebbar, Rv. 263715**), hanno ribadito l'indirizzo consolidato secondo cui le dichiarazioni carpite nel corso di attività di intercettazione regolarmente autorizzata, con le quali un soggetto accusa se stesso e/o altri della commissione di reati, hanno piena valenza probatoria e non necessitano di ulteriori elementi di corroborazione ai sensi dell'art. 192, comma terzo, cod. proc. pen. Al riguardo, in precedenza era stata giudicata manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 192, 195, 526 e 271 cod. proc. pen., per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. e l'art. 6 CEDU, nella parte in cui non prevedono che le indicazioni di reità e correità, captate nel corso di conversazioni intercettate, debbano essere corroborate da altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità, come avviene per le chiamate in reità o correità rese dinanzi all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria, e nella parte in cui non prevedono l'inutilizzabilità di tali dichiarazioni qualora il soggetto, indicato quale fonte informativa nella conversazione intercettata, si avvalga poi della facoltà di non rispondere (**Sez. VI, 20 febbraio 2014 n. 25806, Caia, Rv. 259673**).

La stessa decisione delle Sezioni Unite dapprima indicata ha affrontato il tema dell'interpretazione dei risultati delle captazioni, che è strettamente legato a quello del valore probatorio delle stesse.

Secondo l'indirizzo consolidato, recepito dalla sentenza, l'interpretazione del linguaggio adoperato dai soggetti intercettati, anche quando sia criptico o cifrato, rappresenta una questione di fatto rimessa all'apprezzamento del giudice di merito e si sottrae al giudizio di legittimità, se la valutazione risulta logica in base alle massime di esperienza utilizzate.

Non solo il significato attribuito al linguaggio criptico utilizzato dagli interlocutori, ma anche la stessa natura convenzionale di esso, invero, costituisce una valutazione di merito insindacabile in cassazione. La censura di diritto può riguardare soltanto la logica della chiave interpretativa impiegata dal giudice di merito.

Una di tali chiavi di lettura può essere integrata dal frequente ricorrere di termini che non trovano una spiegazione coerente con il tema del discorso e che, invece, si spiegano nel contenuto ipotizzato nella formulazione dell'accusa oppure dalla connessione con determinati fatti commessi da persone che usano gli stessi termini in contesti analoghi (Sez. V, 14 luglio 1997, n. 3643, Ingrosso, Rv. 209620).

Sebbene l'interpretazione delle conversazioni debba fondarsi sul tenore complessivo delle indagini, indispensabili pure per la corretta identificazione degli interlocutori, essa può riposare anche su "massime di esperienza" (Sez. VI, 11 dicembre 2007 n. 15396 (dep. 11 aprile 2008), Sitzia, Rv. 239636; Sez. VI, 30 ottobre 2013 n. 46301, Corso, Rv. 258164). Queste ultime sono costituite da generalizzazioni tratte con procedimento induttivo dalla esperienza comune, conformemente agli orientamenti diffusi nella cultura e nel contesto spazio-temporale in cui matura la decisione (Sez. VI, 28 maggio 2014 n. 36430, Schembri, Rv. 260813; Sez. II, 6 dicembre 2013 n. 51818, Brunetti, Rv. 258117). Al riguardo, trova applicazione il principio secondo cui il ricorso alle "massime d'esperienza" ed al criterio di verosimiglianza conferisce al dato preso in esame valore di prova solo se può escludersi plausibilmente ogni spiegazione alternativa che invalidi l'ipotesi all'apparenza più verosimile (Sez. VI, 22 ottobre 2014 n. 49029, Leone, Rv. 261220). In questo caso, il controllo della Cassazione sui vizi di motivazione della sentenza impugnata, se non può estendersi al sindacato sulla scelta delle massime di esperienza, può però avere ad oggetto la verifica sul se la decisione abbia fatto ricorso a

mere congetture, consistenti in ipotesi non fondate sullo *id quod plerumque accidit* ed insuscettibili di verifica empirica od anche ad una pretesa regola generale che risulta priva di una pur minima plausibilità (Sez. I, 11 febbraio 2014 n. 18118, Marturana, Rv. 261992; Sez. VI, 27 novembre 2013 n. 1686 (dep. 15 gennaio 2014), Keller, Rv. 258135).

La decifrazione dei significati, però, deve essere priva di ambiguità, in modo che la ricostruzione del contenuto delle conversazioni non lasci margini di dubbio sul significato complessivo dei colloqui intercettati (Sez. VI, 10 giugno 2005, n. 35680, Patti, Rv. 232576).

7.1. Conversazioni avvenute nella lingua dell'imputato e diritto alla traduzione degli atti.

Il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 32, attuativo della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, ha riformato l'art. 143 cod. proc. pen. La disposizione riconosce all'imputato che non conosce la lingua italiana il diritto di farsi assistere gratuitamente da un interprete, indipendentemente dall'esito del procedimento, al fine di poter comprendere l'accusa contro di lui formulata e di seguire il compimento degli atti e lo svolgimento delle udienze cui partecipa. Egli ha altresì diritto alla traduzione di taluni atti processuali ed all'assistenza gratuita di un interprete per le comunicazioni con il difensore, prima di rendere un interrogatorio ovvero al fine di presentare una richiesta o una memoria nel corso del procedimento. L'art. 143, comma terzo, cod. proc. pen., poi, contiene una sorta di clausola di salvaguardia, permettendo al giudice di disporre la traduzione gratuita di altri atti o anche solo di parte di essi, ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico, anche su richiesta di parte, con atto motivato, impugnabile unitamente alla sentenza. Queste norme tutelano i fondamentali diritti, costituzionalmente garantiti *ex artt.* 24 e 111 Cost., di difesa e di partecipazione dell'imputato al processo, permettendo il rispetto dell'art. 6 CEDU.

Secondo **Sez. I, 13 maggio 2015 n. 22151, Carrus, Rv. 263781**, il diritto alla traduzione riguarda l'imputato e non il suo difensore. Quest'ultimo non potrà dolersi

della mancata traduzione in lingua italiana delle conversazioni intercettate, intervenute in lingua sarda, segnatamente nel dialetto barbaricino - dorgalese, a lui sconosciuta.

Il diritto dell'imputato alla traduzione degli atti processuali, invero, mira a garantire la conoscenza dei motivi dell'accusa e delle prove formate in una lingua da lui non conosciuta. Ne consegue che non possa essere esteso alle conversazioni avvenute nella sua lingua madre, evidentemente diversa dall'italiano, ma da lui conosciuta.

8. Questioni di inutilizzabilità: il rilievo del vizio.

Una decisione del 2015 (**Sez. III, 26 novembre 2014 n. 15828/2015, Solano, Rv. 263342**), consolidando l'interpretazione che assicura margini più ampi di tutela delle prerogative individuali, ha precisato che l'inosservanza dell'obbligo di motivazione dei decreti autorizzativi o di quelli proroga integra un'inutilizzabilità del risultato delle intercettazioni di carattere "assoluto" o "patologico", non sanabile in virtù della richiesta di accesso al rito abbreviato, perché derivante dalla violazione dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione. Il difetto "patologico", invero, investe tanto le prove oggettivamente vietate, quanto le prove comunque formate o acquisite in violazione - o con modalità lesive - dei diritti fondamentali della persona tutelati dalla Costituzione e, perciò, assoluti e irrinunciabili, a prescindere dall'esistenza di un espresso o tacito divieto al loro impiego nel procedimento contenuto nella legge processuale (che nella specie, peraltro, è individuabile proprio nel predetto art. 271, comma primo, cod. proc. pen.).

Secondo questa pronuncia, inoltre, il vizio può essere dedotto dalle parti, per la prima volta, nel giudizio di cassazione e rilevato oltre il *devolutum* anche dal giudice di legittimità ai sensi dell'art. 609, comma secondo, cod. proc. pen., perché l'inutilizzabilità è rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento a norma dell'art. 191 cod. proc. pen.

Sotto questo profilo, la decisione si pone in contrasto con un precedente orientamento (Sez. V, 1 ottobre 2008, n. 39042, Samà, Rv. 242319), che escludeva la

deduzione per la prima volta con il ricorso per cassazione dell'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni telefoniche o ambientali.

Una successiva decisione (**Sez. III, 27 febbraio 2015, n. 32699, Diano, Rv. 264518**) sembra aver composto il contrasto, precisando che l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni non può essere dedotta per la prima volta con il ricorso per cassazione, qualora l'eccezione si fondi su questioni di fatto mai dedotte in precedenza. Il sindacato del giudice di legittimità comprende certamente il potere di esaminare gli atti per verificare l'integrazione della dedotta violazione, ma non anche quello di interpretare in modo diverso, rispetto alla valutazione del giudice di merito, i fatti storici posti a base della questione (se non nei limiti della mancanza o manifesta illogicità della motivazione). Nel caso di specie, solo con il ricorso per cassazione era stata dedotta l'inutilizzabilità delle intercettazioni, per la mancanza dei presupposti di fatto per la proroga dell'efficacia dei decreti originari, che non era stata prospettata in precedenza.

8.1. segue: la “delimitazione” dell'area operativa della violazione dell'art. 203 cod. proc. pen.

Una decisione del 2015 (**Sez. II, 20 ottobre 2015, n. 42763, Russo**) è tornata sul tema delle intercettazioni disposte nei confronti di soggetti individuati in base a “fonti confidenziali”, ribadendo una distinzione idonea a circoscrivere la portata del vizio di inutilizzabilità delle captazioni o, quanto meno, a descriverne un'ampiezza “variabile”. Secondo questa sentenza, il vizio sussiste solo se le informazioni confidenziali abbiano costituito l'unico elemento da cui è stata desunta la sussistenza degli indizi di reato. La fonte confidenziale, invece, può essere usata per individuare la persona fisica da sottoporre a intercettazione.

8.2. segue: omessa trasmissione dei “brogliacci di ascolto”.

Una decisione del 2015 (**Sez. I, 9 gennaio 2015, n. 15895, Riccio, Rv. 263107**) ha affrontato una fattispecie nella quale un'ordinanza cautelare non trovava fondamento sui cd. brogliacci di ascolto delle intercettazioni, che non erano stati trasmessi al GIP, né

sulle tracce foniche delle captazioni, analogamente non in atti, ma sulla documentazione delle registrazioni contenuta nel decreto di fermo emesso dal Pubblico Ministero. Secondo questa decisione, una simile situazione non determina l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni. Sarebbe sufficiente anche la sola trasmissione da parte del pubblico ministero al GIP di una sommaria ed informale documentazione, che dia conto sinteticamente del contenuto delle conversazioni contenute negli atti della polizia giudiziaria. Il tribunale ha l'obbligo di fornire congrua motivazione in ordine alle eventuali difformità, che fossero specificamente indicate dalla parte, fra i testi delle conversazioni telefoniche richiamati negli atti e quelli risultanti dai brogliacci o, meglio ancora, dall'ascolto in forma privata dei relativi file audio. Anche in questo caso, si apprezza un'ampiezza "variabile" dell'inutilizzabilità. La portata del vizio questa volta dipende dal comportamento delle parti. Da un lato, gli attori del processo sono responsabilizzati nel senso che gravano sugli stessi oneri al fine di far valere l'invalidità della prova. Dall'altra, proprio detto onere, di fatto, rimette alla disponibilità dell'interessato l'allegazione dei fatti costitutivi dell'invalidità, determinando finanche, nel caso di inerzia dell'interessato, una sorta di quiescenza del vizio.

La richiesta del difensore volta ad accedere, prima del loro deposito ai sensi dell'art. 268, comma quarto, cod. proc. pen., alle registrazioni di conversazioni intercettate, sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cd. brogliacci di ascolto, utilizzati ai fini dell'adozione di un'ordinanza di custodia cautelare, peraltro, secondo **Sez. IV, del 28 maggio 2015 n. 24866, Palma, Rv. 263729**, determina l'obbligo per il pubblico ministero di provvedere tempestivamente solo quando il difensore specifica che l'accesso è finalizzato alla presentazione di un'istanza di riesame.

8.3. segue: l'uso di impianti diversi da quelli della Procura.

Il decreto del pubblico ministero che dispone, a norma dell'art. 268, comma terzo, cod. proc. pen., il compimento delle operazioni mediante impianti diversi da quelli in dotazione alla Procura della Repubblica, deve motivare sia in ordine al requisito delle eccezionali ragioni di urgenza sia con riguardo all'insufficienza o all'inidoneità delle

apparecchiature installate presso il suo ufficio. Al riguardo, la prospettiva del riconoscimento di margini più ampi di tutela dei diritti individuali ispira un'altra decisione depositata nel 2015 (**Sez. V, 2 ottobre 2014 n. 6439/2015, Sparandeo, Rv. 262661**). Secondo questa pronuncia, l'inosservanza della norma processuale appena illustrata deve intendersi sanzionata da inutilizzabilità patologica delle intercettazioni, secondo il combinato disposto degli artt. 191 e 271 dello stesso codice.

La decisione si pone in consapevole contrasto con quanto affermato da Sez. II, 14 gennaio 2014 n. 3606, Garzo, Rv. 258541, secondo cui sarebbero riconducibili alla “inutilizzabilità patologica” – rilevabile, dunque, anche nel rito abbreviato - i soli difetti derivanti dalla violazione dei “diritti fondamentali” enunciati negli artt. 188 e 189 cod. proc. pen. e non tutti quelli contemplati dall'art. 271, comma primo, cod. proc. pen.

E' stato altresì precisato (**Sez. V, 11 febbraio 2015 n. 22949, Bevilacqua, Rv. 263987**) che la motivazione sulle ragioni di eccezionale urgenza per l'uso di impianti in dotazione della polizia giudiziaria, a norma dell'art. 268, comma terzo, cod. proc. pen., è assorbente rispetto ai profili tecnici di inidoneità funzionale degli impianti della Procura della Repubblica, sicché, in tal caso, l'omessa indicazione specifica dei precisati aspetti tecnici non è causa di nullità o inutilizzabilità del decreto di intercettazione.

Nello sforzo di delimitare l'ambito operativo dell'art. 268, comma terzo, cod. proc. pen., inoltre, una decisione (**Sez. I, 19 dicembre 2014 n. 3137 (dep. 22 gennaio 2015), Terracchio, Rv. 262485**) ha specificato che la disposizione non vieta l'utilizzazione di impianti e mezzi appartenenti a privati, né il ricorso all'eventuale ausilio tecnico ad opera di soggetti esterni che siano richiesti di intervenire per fronteggiare esigenze legate al corretto funzionamento delle apparecchiature noleggiate e che si trovano ad agire, in tale evenienza, come *longa manus* o ausiliari del Pubblico ministero o della polizia giudiziaria.

Secondo **Sez. IV, 27 novembre 2014 n. 5401 (dep. 5 febbraio 2015), Lazzaroni, Rv. 262125**, infine, non è configurabile alcuna nullità, né inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni se le operazioni di “masterizzazione” dei dati relativi alle conversazioni registrate sono state effettuate fuori dei locali della Procura della Repubblica dove, tuttavia, deve essere stata eseguita la registrazione delle comunicazioni. Il pubblico

ministero non ha l'obbligo di avvisare la difesa dell'indagato in ordine allo svolgimento della “masterizzazione” dei dati registrati, alle quali il difensore ha diritto di assistere ma, soltanto, previa specifica richiesta da formularsi dopo la notifica degli avvisi di cui all'art. 268, comma quarto, cod. proc. pen. o all'art. 415-*bis* cod. proc. pen.

8.4. segue: ulteriori violazioni procedurali.

L'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, peraltro, è confinata dalla Suprema Corte negli ambiti descritti dall'art. 271, comma primo, cod. proc. pen.

Non determina l'inutilizzabilità degli esiti delle attività di captazione, in particolare, l'irregolare indicazione di inizio e fine delle operazioni nei verbali cui fa riferimento l'art. 267, comma quinto, cod. proc. pen. e che attengono alla durata complessiva dell'attività di intercettazione autorizzata per le singole utenze o i singoli ambienti privati (**Sez. VI, 21 luglio 2015, n. 33231, Murianni, Rv. 264462**) ovvero la mancata indicazione nei verbali di inizio e fine delle operazioni, dei nominativi degli ufficiali di P.G. che hanno preso parte alle stesse (**Sez. III, 17 febbraio 2015, n. 20418, Iannuzzi, Rv. 263625**).

8.5. segue: il limite temporale all'utilizzabilità dei tabulati.

Una decisione della Suprema Corte (**Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613/2015, Geronzi, Rv. 263805**) ha reputato patologicamente inutilizzabili i dati contenuti nei tabulati telefonici acquisiti dall'Autorità giudiziaria senza rispettare i termini di cui all'art. 132 del d.Lgs. n. 196 del 2003. Questa norma dispone che, per finalità di accertamento e repressione dei reati, il fornitore debba conservare i dati relativi al traffico telefonico per ventiquattro mesi dalla data della comunicazione, mentre quelli concernenti il traffico telematico per dodici mesi dalla data della comunicazione. Entro questi termini, i suddetti dati sono acquisiti presso il fornitore con decreto motivato del pubblico ministero, anche su istanza del difensore dell'imputato, della persona sottoposta alle indagini, della persona offesa e delle altre parti private.

Va segnalato che, nel caso preso in esame dalla sentenza indicata, la richiesta di utilizzare i tabulati era stata avanzata dalla difesa.



SEZIONE IV MISURE CAUTELARI

CAPITOLO I

L'INCIDENZA DEL CONCORSO DI CIRCOSTANZE AGGRAVANTI AD EFFETTO SPECIALE NEL CALCOLO DELLA PENA A FINI CAUTELARI

(ASSUNTA COCOMELLO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La tematica dell'incidenza del concorso delle aggravanti ad effetto speciale nella determinazione della pena ai fini cautelari: le Sezioni Unite Vitrano ed il "potenziale" contrasto con le Sezioni Unite Indelicato. - 3. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 38518/2015, Ventrici.

1. Premessa.

L'esigenza di stabilire la durata massima della custodia cautelare, quale garanzia per i soggetti privati della libertà personale, è consacrata nel nostro ordinamento dall'art. 13 Cost., che oltre a qualificare come eccezionali i casi in cui è consentito ricorrere alla privazione della libertà, contiene anche una riserva di legge avente ad oggetto la determinazione della durata massima della carcerazione preventiva.

In tale materia il legislatore è ripetutamente intervenuto sia sotto il vigore del codice preesistente, sia in relazione all'attuale codice di rito, spesso mutando i criteri di computo della pena a tali fini, spinto dalla necessità di far fronte a pressanti esigenze di emergenza criminale.

La Corte Costituzionale, già con la pronuncia n. 64 del 1970, dichiarava incostituzionale l'art. 272 cod. proc. pen. e forniva al legislatore precise indicazioni per una nuova disciplina della materia, differenziata "non solo in relazione ai vari tipi di reato, ma anche alle varie fasi del procedimento", ed orientata, comunque, alla predeterminazione di un "ragionevole limite di durata della detenzione preventiva".

Al problema della predeterminazione della durata dei termini di custodia cautelare, risulta strettamente connessa la problematica della individuazione dei criteri del computo della pena a fini cautelari. Norma cardine nel codice di rito, in materia, è l'art. 278 cod.

proc. pen, che, nell'attuale formulazione, prevede che, agli effetti dell'applicazione delle misure, si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato e che non si tiene conto della continuazione, della recidiva e delle circostanze del reato, fatta eccezione per la circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 5 cod.pen. e dell'attenuante prevista dall'art. 62, comma 4 cod.pen., nonché delle circostanze per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale.

L'art. 278 cod.proc.pen., pertanto, assume il valore di discriminare tra gli elementi accidentali della fattispecie, rilevanti in fase cautelare, e gli elementi invece destinati, nonostante la valenza che essi assumono alla stregua del diritto sostanziale, a rimanere neutrali.

Ed è proprio tale aspetto che ha destato maggiori problemi interpretativi della norma, specie in relazione alla incidenza del concorso di aggravanti ad effetto speciale nel calcolo della pena ai fini del computo di durata massima della custodia cautelare, in particolare in relazione all'applicabilità in subiecta materia dell'art. 63, comma 4 cod. pen.

Il problema, di notevole rilevanza pratica, considerata la sua frequente incidenza sul calcolo della durata della custodia cautelare in procedimenti relativi a gravi reati di associazione per delinquere e di criminalità organizzata, è stato affrontato soltanto in via incidentale dalla dottrina ed ha, invece, interessato la giurisprudenza della Suprema Corte, dando vita a diversi orientamenti, sfociati, già in passato, in un contrasto che le Sezioni Unite sono intervenute a dirimere con la sentenza dell' 8 aprile 1998, n. 16, Vitrano, Rv. 21070 e, recentemente, con l'ulteriore pronuncia delle Sezioni Unite del **27 novembre 2014, n. 38518/15, Ventrici, rv. 264674.**

2. La tematica dell'incidenza del concorso delle aggravanti ad effetto speciale nella determinazione della pena ai fini cautelari: le Sezioni Unite Vitrano ed il “potenziale” contrasto con le Sezioni Unite Indelicato.

La tematica dell'incidenza del concorso delle aggravanti ad effetto speciale nella determinazione della pena ai fini cautelari, ruota, preliminarmente, intorno al quesito se,

in tale ipotesi, debba trovare applicazione la disposizione di cui all'art. 63, comma 4 cod. pen., la quale stabilisce che, in caso di concorso di circostanze aggravanti ad effetto speciale, si deve applicare solo la circostanza più grave, salva poi la facoltà per il giudice di effettuare un ulteriore aumento, sino ad un terzo, per le altre ulteriori circostanze soccombenti, globalmente considerate.

Come accennato in premessa la quaestio iuris aveva generato un vivace contrasto di orientamenti nella giurisprudenza di legittimità che, già nel 1998, è stato risolto dalla citata sentenza delle Sezioni Unite Vitrano.

Con tale pronuncia la Suprema Corte, nel suo massimo consesso, ebbe a stabilire che, nel caso di concorso di circostanze aggravanti ad effetto speciale, il giudice, per determinare la pena edittale ex art. 278 cod. proc. pen., non potendo neppure operare un aumento in misura variabile per le ulteriori circostanze, in quanto tale operazione richiederebbe comunque il ricorso a delle valutazioni discrezionali - in tale contesto preclusegli - dovrà tenere conto della pena stabilita per la circostanza più grave, aumentata obbligatoriamente nella misura fissa di un terzo, per l'altra o le altre circostanze che, si precisa, "non mutano la loro natura". Il nucleo fondante della decisione delle Sezioni Unite Vitrano è costituito dal rilievo concettuale per cui le circostanze aggravanti ad effetto speciale, anche quando concorrano in più di una, non vedono mutare la loro natura da speciale in comune, mantenendo inalterata la loro specificità ontologica, indicativa di un più elevato e particolare coefficiente di gravità del reato cui accedono, non degradando, pertanto, a circostanze ad efficacia comune con conseguente irrilevanza nella determinazione della pena a fini cautelari.

Secondo tale sentenza, pertanto, la natura ad effetto speciale della circostanza non muta a seconda delle diverse situazioni, ma la stessa, analogamente a tutti i dati normativi sostanziali, rileva, in relazione al metodo di calcolo previsto dal quarto comma dell'art. 63 cod. pen., in due momenti diversi e sequenziali: quello edittale, interessato dall'art. 278 cod. proc. pen. in cui la pena deve essere "stabilita" in modo vincolato dalla legge prescindendo da valutazioni discrezionali dell'autorità giudiziaria, e quello giudiziale,

qualificato, al contrario, dalla discrezionale applicazione della pena nel caso concreto all'esito del giudizio.

Ma proprio in relazione alla ritenuta immutabilità della natura della circostanza ad effetto speciale concorrente con altra omogenea e più grave, pur pienamente e costantemente condivisa dalla giurisprudenza di legittimità successiva alla suddetta pronuncia, viene a prospettarsi - su sollecitazione della difesa in un ricorso poi rimesso alle sezioni Unite con ordinanza della Seconda sezione del 27 giugno 2014 - un mutamento di orientamento, che troverebbe il suo fondamento nella più recente sentenza delle Sezioni Unite del 24 febbraio 2011, n.20798, P.G. in proc. Indelicato rv.249664.

Con tale pronuncia le Sezioni Unite hanno statuito il principio di diritto così massimato: “La recidiva è circostanza aggravante ad effetto speciale quando comporta un aumento di pena superiore a un terzo e pertanto soggiace, in caso di concorso con circostanze aggravanti dello stesso tipo, alla regola dell'applicazione della pena prevista per la circostanza più grave, con possibilità per il giudice di un ulteriore aumento”, conformemente a quanto previsto dall'art. 63, comma 4 cod.pen.

Detta sentenza - che si riferisce a fattispecie diversa da quella delle Sezioni Unite Vitrano e della successiva conforme giurisprudenza, inerendo il piano sanzionatorio di applicazione dell'art. 63 comma 4 cod. pen. e non, invece, quello del calcolo della pena nella materia cautelare – delinea, tuttavia, possibili incidenze sui principi sostenuti dalla giurisprudenza tradizionale sul piano della determinazione della pena ex art. 278 cod. proc. pen., laddove afferma che l'aumento che il legislatore affida al giudice, ai sensi dell'art. 63 comma 4 cod. pen., è, a “differenza di quanto accade nella disciplina del cumulo giuridico in tema di concorso di reati e di reato continuato, facoltativo ed, in tali ipotesi, la circostanza aggravante soccombente, si trasforma da circostanza ad effetto speciale in circostanza facoltativa comune, atteso che il legislatore non ha predeterminato l'entità della variazione di pena che il giudice, in ragione di essa, può apportare”, palesando quindi quella “trasformazione” della circostanza ad effetto speciale soccombente, negato dalle Sezioni Unite Vitrano.

Conseguenza della applicazione di tale principio anche alla materia cautelare, sarebbe quella della reviviscenza di quell'orientamento minoritario, superato dalle Sezioni Unite Vitrano, che sosteneva la inapprezzabilità, a fini cautelari, dell'aggravante ad effetto speciale soccombente, degradata ad aggravante comune, con gli inevitabili, significativi riflessi che tale principio comporterebbe nella pratica in relazione al calcolo della pena finalizzata al computo dei termini di durata delle misure cautelari.

E' apparso, pertanto necessario ai giudici della Seconda Sezione - cui era stato assegnato un ricorso in subiecta materia e relativo a fattispecie sostanzialmente identica a quella della sentenza delle Sezioni Unite Vitrano - in considerazione della rilevanza della questione e dell'assoluta necessità di chiarire se il principio affermato dalle Sezioni Unite Indelicato riguardasse anche l'incidente cautelare, rimettere la questione alla decisione delle Sezioni Unite formulando il seguente quesito: "Se, ai fini della determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari e, di conseguenza, dei relativi termini di durata, si debba tenere conto, ai sensi dell'art. 63 comma 4 cod. pen., in caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, non solo della pena stabilita per la circostanza più grave ma anche dell'aumento complessivo di un terzo per tutte le altre circostanze globalmente considerate".

3. La pronuncia delle Sezioni Unite n. 38518/2015, Ventrici.

La fattispecie oggetto di ricorso rimesso alle Sezioni Unite dai giudici della Seconda sezione in relazione alla quaestio iuris così formulata, aveva ad oggetto una fattispecie sostanzialmente identica a quella della sentenza delle Sezioni Unite Vitrano, in relazione alla quale, in particolare, la difesa dell'imputato sosteneva che, nel caso di fattispecie delittuosa aggravata da due o più circostanze ad effetto speciale, è indubbia l'applicazione del principio fissato dall'art. 63, comma 4 cod. pen., con la conseguenza che la circostanza aggravante ad effetto speciale, concorrente con quella più grave, comporta un aumento facoltativo fino ad un terzo, atteggiandosi in tal modo a circostanza aggravante comune, non suscettibile di essere valutata ai sensi dell'art. 278 cod. proc. pen.. Tale principio, secondo la tesi difensiva, deriverebbe dal superamento

della pronuncia delle Sezioni Unite Vitrano a seguito del principio affermato dalla più recente Sentenza delle Sezioni Unite Indelicato, che deve intendersi quale principio di “carattere generale”, non suscettibile di essere “arbitrariamente circoscritto” alla fase di cognizione, se non giungendo alla inaccettabile conseguenza di pervenire ad una differente applicazione della medesima norma, a seconda che la determinazione della pena avvenga in epilogo di giudizio ovvero in sede di controllo de libertate ed, in tale ultima ipotesi, tra l’altro, di praticare un ulteriore aumento di pena, divenuto, inspiegabilmente, obbligatorio.

Le Sezioni Unite, preliminarmente, circoscrivono l’ambito di interesse della formulata quaestio iuris, precisando che essa si prospetta, in relazione al tema della determinazione della pena funzionale alla durata della custodia cautelare, limitatamente alle fasi delle indagini preliminari e del giudizio di primo grado, incluso il sub procedimento relativo al giudizio che si svolga nelle forme del rito abbreviato, in quanto nessun problema si pone, invece, per le fasi successive all’intervenuta decisione di primo grado, per le quali deve aversi riguardo ex lege all’entità della pena in concreto inflitta all’imputato con la sentenza.

Fatta tale premessa il Supremo Collegio ribadisce *“la perdurante stabilità e correttezza giuridica dei principi affermati dalle Sezioni Unite Vitrano, che non appaiono essere posti in discussione dalla successiva pronuncia delle S.U. Indelicato, riguardante la definizione del trattamento punitivo e non estensibile, quindi, alle fasi incidentali cautelari anteriori alla prima sentenza di condanna”* e con sentenza del **27 novembre 2014, n. 38518/15, Ventrici, rv.264674** afferma il seguente principio di diritto: *“Per la determinazione della pena agli effetti dell’applicazione di una misura cautelare personale e, segnatamente, della individuazione dei corrispondenti termini di durata massima delle fasi processuali precedenti la sentenza di merito di primo grado, deve tenersi conto, nel caso di concorso di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, oltre che della pena stabilita per la circostanza più grave, anche dell’ulteriore aumento complessivo di un terzo, ai sensi dell’art. 63 comma quarto, cod.pen., per le ulteriori omologhe aggravanti meno gravi”*.

Le Sezioni Unite negano, pertanto, che possa ragionevolmente riconoscersi ai principi affermati dalla più recente decisione Indelicato del 2011 *“valenze analogiche od*



ostensive tali da far assurgere l'individuata disciplina applicativa in punto di pena concreta da infliggere al colpevole in caso di concorso di circostanze aggravanti ad effetto speciale”, a regola generale incidente sulla determinazione della pena agli effetti della applicazione di misure cautelari ex art 278 cod. proc. pen.

Il percorso ermeneutico seguito dalla Corte prende le mosse da un'analisi delle statuizioni della sentenza Indelicato e pone in evidenza come questa mantenga un assoluto silenzio sulla questione delle plausibili ricadute del criterio di calcolo operativo per il cumulo giuridico degli incrementi sanzionatori di cui all'art. 63 comma 4 cod.pen. anche nella dinamica dell'incidente o del sub procedimento cautelare. Tale silenzio, secondo i giudici del Supremo consesso, non può che significare che la sentenza Indelicato non ha inteso in alcun modo interferire con la consolidata giurisprudenza tradizionale in materia di calcolo della pena cautelare, essendosi concentrata sulla questione posta alla sua attenzione, riguardante esclusivamente il trattamento punitivo da applicarsi in concreto nel giudizio di cognizione di merito.

Significativo è, inoltre, secondo le Sezioni Unite, che la giurisprudenza di legittimità successiva alla pronuncia Indelicato, non abbia ritenuto sollevare il problema di un'eventuale rilettura o reinterpretazione dell'indirizzo tracciato dalle S.U. Vitrano fondandosi su i “diversi” criteri ermeneutici delle S.U. Indelicato e che, anzi, la stessa giurisprudenza ha continuato a pronunciarsi nel solco del tradizionale percorso, consolidando l'indirizzo per cui le circostanze aggravanti “mantengono tale loro natura” anche se, concorrendo con altra o altre analoghe circostanze speciali non possono comportare un aumento di pena superiore ad un terzo a norma dell'art. 63 comma 4 cod. proc. pen. (Sez. II, 10 maggio 2012, n. 31065, Lo Bianco, rv. 253525 intervenuta sul diverso profilo del calcolo dei termini di prescrizione ex art. 157, comma 2 cod. proc. pen.).

La pronuncia delle Sezioni Unite in esame, chiarisce inoltre, come in realtà la pronuncia Indelicato non affermi mai, in nessun passaggio della decisione, che la trasformazione della circostanza aggravante ad effetto speciale concorrente con altra più grave in “circostanza facoltativa comune” per effetto della applicazione del cumulo

giuridico di pene regolato dall'art. 63 comma 4, cod.proc.pen., produrrebbe un mutamento della natura giuridica della aggravante soccombente.

La pronuncia Indelicato, infatti, con il termine “trasformazione” si limita ad evocare, con immagine plastica, gli effetti applicativi quoad poenam dell'aggravante speciale meno grave e la sua incidenza sulla pena “applicata”, senza che ciò produca alcuna postuma modificazione genetica strutturale della circostanza meno grave.

Se si ragionasse diversamente, continuano le Sezioni Unite, ricalcando argomenti della pronuncia S.U. Vitrano del 1998, si giungerebbe alla paradossale conclusione di una duplice natura della circostanza aggravante in questione: di aggravante ad effetto speciale, ove contestata da sola, e di aggravante comune se in concorso con altre circostanze omogenee e più gravi.

Deve invece concludersi, afferma il Supremo Collegio, che è riconosciuta alla circostanza aggravante ad effetto speciale soccombente una “duplice valenza”: facoltativa nella dosimetria della pena effettuata dal giudice nel giudizio di merito e obbligatoria, nei limiti legali dell'art. 63 comma 4 cod. pen., ai fini della adozione di misure cautelari con connessa selezione dei termini massimi della relativa custodia.

E a tale duplice valenza, osserva il collegio, non possono far velo i rilievi critici avanzati dalla difesa del ricorrente a sostegno di un superamento dei principi affermati dalle S.U. Vitrano, riguardanti il favor libertatis, nella sua peculiare accezione del “minor sacrificio possibile della libertà personale” ed i principi sovranazionali di legalità e di “ragionevole durata della custodia cautelare” così come interpretati dalla Giurisprudenza della CEDU. In particolare, tali principi imporrebbero, secondo l'eccezione difensiva, una uniformità dei criteri di calcolo della pena rilevante a fini cautelari con i criteri che guidano il giudice nell'irrogazione della pena medesima ai fini di condanna.

Tale divaricazione valutativa tra entità della pena per il reato contestato in fase cautelare ed entità della pena in concreto applicabile all'esito del giudizio di merito è, invece, secondo la Corte “logica e ragionevole” in virtù della specificità dell'incidente cautelare, nel quale la gravità e pericolosità del reato contestato non possono non essere apprezzate se non “valorizzando tutte le componenti costitutive e circostanziali del



reato ed in modo particolare, ove prefigurate in più di una, delle circostanze aggravanti ad effetto speciale, connotate, proprio in quanto tali, da un coefficiente rappresentativo di maggiore e più allarmante offensività sociale”.

La pronuncia in esame, quindi, dopo aver ribadito e riaffermato l’orientamento già sostenuto dalla sentenza delle Sezioni Unite Vitrano, precisa che le sole varianti ermeneutiche rispetto a tale decisum sono rappresentate dai casi in cui la questione sulla entità della pena derivante dal concorso di circostanze aggravanti ad effetto speciale sia risolta, autonomamente, dal legislatore nella tipizzazione della fattispecie criminosa connotata da una o più circostanze aggravanti per le quali siano in modo autonomo predeterminati gli aumenti di pena applicabili, sia per finalità cautelari, sia per la concreta definizione della pena da infliggere nel giudizio di merito, come accade, ad esempio, nella fattispecie di associazione mafiosa, prevista dall’art. 416 bis cod. pen., per la quale la norma prevede, in relazione alle aggravanti di cui al comma 2, 4 e 6, puntuali e definite soglie sanzionatorie ovvero specifiche misure dell’aumento di pena applicabile.

In merito, la sentenza in esame, ricalcando un costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, ha ribadito che, nella diversa e particolare ipotesi di concorso di più aggravanti ad effetto speciale per le quali l’incremento sanzionatorio è autonomamente indicato "ex lege", non trova applicazione il criterio di calcolo di cui all’art. 63, comma 4, cod. pen., operando, in tal caso, il criterio cumulativo di calcolo a fini cautelari, previsto dall’art. 278, comma 1, cod. proc. pen.



CAPITOLO II

L'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE SULLE NUOVE DISPOSIZIONI IN TEMA CAUTELARE

(VITTORIO PAZIENZA)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giurisprudenza sulle nuove disposizioni in tema di esigenze cautelari. – 2.1. Le sentenze in tema di attualità del pericolo. – 2.2. (Segue): attualità del pericolo e presunzione relativa di sussistenza delle esigenze. – 2.3. Esigenze cautelari e “gravità del titolo di reato”. – 3. La giurisprudenza sulle nuove disposizioni in tema di scelta della misura.- 3.1. Custodia in carcere e valutazione prognostica sulla pena che sarà irrogata. - 3.2. Scelta della misura e “braccialetto elettronico”. - 4. La giurisprudenza sulle nuove disposizioni in tema di motivazione dell’ordinanza cautelare. 5. La giurisprudenza sul coinvolgimento della persona offesa nei procedimenti di revoca o sostituzione delle misure cautelari. – 6. - La giurisprudenza sulle modifiche al procedimento di riesame personale. - 6.1. La partecipazione del ricorrente all’udienza camerale. - 6.2. Il termine per il deposito dell’ordinanza. - 6.3. Il divieto di rinnovazione della misura divenuta inefficace. 7. La giurisprudenza sulle modifiche al procedimento di riesame reale.

1. Premessa.

Nel corso degli ultimi tre anni, com’è noto, il legislatore ha ripetutamente modificato il “sottosistema cautelare”, con una serie di interventi spesso risultati di particolare incidenza nella prassi applicativa, oltre che di rilevante impatto sull’impianto del codice di rito.

Basti qui richiamare, in ordine cronologico: l’innalzamento da quattro a cinque anni di reclusione della soglia edittale necessaria per l’applicazione della custodia in carcere (artt. 280, comma 2 e 274 lett. c, come modificati dal decreto legge 2 luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 94); il coinvolgimento della persona offesa di reati con violenza alla persona nel procedimento di revoca o modifica delle misure cautelari disposte nei confronti dell’imputato (art. 299, commi 2-bis, 3 e 4-bis, come modificati dal decreto legge 14 agosto 2013, n. 93, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 ottobre 2013, n. 119); la riduzione, per il giudice procedente, degli spazi discrezionali nella prescrizione di particolari modalità di controllo – c.d. braccialetto elettronico – in sede applicativa degli arresti domiciliari (art. 275-bis, come modificato dal decreto legge 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10); il divieto di applicazione della

custodia cautelare in carcere – fatte salve alcune particolari ipotesi – qualora il giudice ritenga che, all’esito del giudizio, verrà irrogata una pena non superiore a tre anni (art. 275, comma 2-bis, come modificato dal decreto legge 26 giugno 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 117).

A tali interventi, quasi tutti di portata settoriale, ha fatto seguito, da ultimo, la legge 15 aprile 2015, n. 47 (d’ora in avanti: legge n. 47), che ha non solo apportato ulteriori modifiche ad alcune disposizioni da poco “ritoccate” (ad es. gravando il giudice della cautela di un particolare onere motivazionale, in caso di ritenuta inidoneità degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico), ma ha anche introdotto una serie di importanti novità nell’intero sistema: si allude, tra l’altro, agli interventi in tema di esigenze cautelari (art. 274), alla completa revisione degli automatismi nell’applicazione della custodia in carcere (artt. 275 comma 3, 276 comma 1-ter, 284 comma 5-bis), al rafforzamento delle misure interdittive (artt. 289, 308), all’individuazione di ulteriori requisiti della motivazione dell’ordinanza cautelare (artt. 292, 309), alle rilevanti modifiche in tema di procedimento di riesame ed appello cautelare, personale e reale (artt. 309, 310, 324).

Il numero ed il rilievo degli interventi modificativi non poteva non dar luogo a divergenze interpretative, talora rilevabili anche nell’evoluzione della giurisprudenza di legittimità.

Nei paragrafi seguenti, si farà riferimento ad alcuni di questi aspetti problematici, per come emersi dall’analisi delle sentenze depositate nel corso del 2015. Per ragioni di coerenza e chiarezza espositiva, si è ritenuto di esaminare le questioni non secondo la richiamata successione cronologica delle modifiche legislative, ma nell’ordine in cui, nel codice di rito, sono previsti e regolati i diversi aspetti della disciplina cautelare interessati dagli interventi di riforma.

2. La giurisprudenza sulle nuove disposizioni in tema di esigenze cautelari.

La legge n. 47 ha modificato l’art. 274 cod. proc. pen. effettuando un duplice, “simmetrico” intervento sulle lettere b) e c), all’interno delle quali sono delineati i requisiti che il pericolo di fuga e quello di reiterazione di condotte criminose devono

necessariamente presentare, per poter assurgere a presupposto applicativo di una misura cautelare personale.

In particolare, da un lato, si è previsto che il pericolo di fuga – come quello di reiterazione - sia non solo “concreto”, ma anche “attuale”; dall’altro, si è escluso che le situazioni di concreto e attuale pericolo, di fuga o di reiterazione, possano “essere desunte dalla gravità del titolo di reato per il quale si procede”.

Nelle pagine seguenti, si darà conto dell’interpretazione elaborata dalla Suprema corte in ordine a tali innovazioni, con particolare riferimento al loro “impatto” sugli orientamenti consolidatisi nella vigenza della precedente formulazione dell’art. 274 cod. proc. pen..

2.1. Le sentenze in tema di attualità del pericolo.

Nella giurisprudenza di legittimità non sembra esservi unanimità di vedute, anzitutto, quanto alla reale portata innovativa dell’introduzione del requisito dell’attualità del pericolo (accanto a quello della concretezza).

Invero, già all’indomani dell’entrata in vigore della legge n. 47, **Sez. IV, 21 maggio 2015 n. 24861, Iorio, Rv. 263727** – nel ritenere adeguatamente motivata un’ordinanza cautelare emessa prima della novella, che aveva ravvisato il pericolo di reiterazione nella recidiva, nei carichi pendenti e nella mancanza di segni di ravvedimento da parte dell’indagato - ha precisato che *“una più puntuale motivazione sul punto si imporrebbe”* alla luce del nuovo testo dell’art. 274 lett. c) cod. proc. pen: disposizione peraltro ritenuta non applicabile nel caso di specie, in forza del principio *tempus regit actum* (per l’operatività di tale principio in tema di esigenze cautelari, e la conseguente necessità di valutare la legittimità dell’ordinanza alla luce delle norme vigenti al tempo della sua emissione, v. diffusamente, tra le altre, **Sez. IV, 18 giugno 2015, n. 28153, Cassano, Rv. 264043**, con ampi richiami ai principi espressi al riguardo dalle Sezioni unite, con le sentenze 31 marzo 2011, n. 27919, Ambrogio, Rv. 250195, e 17 luglio 2014, n. 44895, Pinna, Rv. 260927).

La sentenza Cassano qui appena richiamata ha peraltro inteso sottolineare, in motivazione, che il requisito dell'attualità era già stato *“recepito quale presupposto implicito della misura cautelare dalla giurisprudenza di legittimità nel vigore della precedente normativa”* (con un esplicito richiamo a Sez. VI, 26 novembre 2014, n. 52404, Alessi, Rv. 261670, che in tema di associazione ex art. 74 T.U. Stup., aveva affermato la necessità di desumere la sussistenza delle esigenze cautelari - rispetto a condotte esecutive risalenti nel tempo - da specifici elementi di fatto idonei a dimostrarne l'attualità). In senso analogo v. anche, più di recente, **Sez. VI, 18 settembre 2015, n. 42630, Tortora**, e **Sez. V, 24 settembre 2015, n. 43083, Maio, Rv. 264902**, secondo le quali il difetto dell'attualità era già rilevabile in base alla preesistente previsione di cui all'art. 292, lett. c), cod. proc. pen.; nonché **Sez. VI, 1 ottobre 2015, n. 44605, De Lucia**, la quale – richiamando la già citata sentenza Alessi del 2014 - ha posto in rilievo che la giurisprudenza aveva *“già considerato l'attualità come necessariamente insita nella concretezza, quindi ritenendola una condizione necessaria al fine di applicazione della misura cautelare”*.

È opportuno poi richiamare **Sez. IV, 28 maggio 2015, n. 24865, Cuscina**, secondo cui, anche nella vigenza della precedente formulazione dell'art. 274, il giudice era tenuto a motivare rigorosamente sull'attualità delle esigenze cautelari (oltre che sulla scelta della misura) nelle ipotesi in cui il titolo cautelare venga emesso ad un'apprezzabile distanza temporale dai fatti, come del resto affermato già da Sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538, Lattanzi, Rv. 244377. In tale prospettiva, l'inserimento del requisito dell'attualità accanto a quello della concretezza, all'interno dell'art. 274, dovrebbe piuttosto segnare – ad avviso della Quarta Sezione – il superamento del diffuso indirizzo interpretativo secondo cui il pericolo di reiterazione *“può essere desunto anche dalla molteplicità dei fatti contestati, in quanto la stessa, considerata alla luce delle modalità della condotta concretamente tenuta, può essere indice sintomatico di una personalità proclive al delitto, indipendentemente dall'attualità di detta condotta e quindi anche nel caso in cui essa sia risalente nel tempo”* (cfr. ad es. Sez. III, 17 dicembre 2013, n. 3661/2014, Tripicchio, Rv. 258053).

Va tuttavia sottolineato che, nonostante tale revisione critica - fondata anche, se non soprattutto, sull'esplicito richiamo all'attualità oggi contenuto nell'art. 274 -

l'orientamento qui appena richiamato è stato ribadito da diverse decisioni, emesse sia subito dopo l'entrata in vigore della l. n. 47 (cfr. **Sez. VI, 12 maggio 2015, n. 23304, Vecchi**), sia nei mesi successivi (cfr. **Sez. III, 10 luglio 2015, n. 33423, Accaputo; Sez. Fer., 28 luglio 2015, n. 34287, Abbinante**). Si è anzi ulteriormente precisato, da ultimo, che la motivazione in ordine all'attualità e concretezza del pericolo di recidiva può basarsi *“non solo sull'intrinseco disvalore del fatto, ma altresì su un'accertata e immanente proclività al delitto del soggetto attivo (ravvisata, nella specie, sulla base delle modalità particolarmente riprovevoli della sua condotta e della peculiare posizione fiduciaria rivestita rispetto alle persone offese), pur laddove il fatto contestato sia risalente nel tempo e indipendentemente dal fatto che il soggetto attivo non risulti aver posto in essere ulteriori condotte criminose”* (**Sez. IV, 5 novembre 2015, n. 46442, D.V.**).

Una posizione di segno nettamente diverso è stata assunta, rispetto al panorama giurisprudenziale fin qui richiamato, da **Sez. III, 19 maggio 2015, n. 37087, Marino, Rv. 264688**, che ha attribuito alla modifica dell'art. 274 lett. c) una valenza innovativa di particolare rilievo. Muovendo dall'affermazione consolidatasi nella giurisprudenza anteriore alla novella, secondo cui il requisito della concretezza del pericolo di reiterazione non doveva identificarsi *“con quello dell'attualità, derivante dalla riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati”* (cfr. ad es. **Sez. VI, 5 aprile 2013, n. 28618, Vignali, Rv. 255857**), la Terza sezione ha osservato che l'inserimento dell'attualità accanto alla concretezza, all'interno dell'art. 274, imponeva di includere nella valutazione prognostica anche tale specifico aspetto, nei termini delineati dall'interpretazione giurisprudenziale appena ricordata. Si è affermato, in altri termini, che, per poter ritenere che un pericolo “concreto” di reiterazione sia anche “attuale”, non è più sufficiente ritenere – con certezza o alta probabilità – che l'imputato tornerebbe a delinquere, qualora se ne presentasse l'occasione, essendo necessario prevedere anche (negli stessi termini di certezza o alta probabilità) che una ulteriore occasione per compiere nuovi delitti si presenti effettivamente. In senso conforme, cfr. **Sez. III, 15 settembre 2015, n. 43113, Kamis; Sez. III, 13 ottobre 2015, n. 45280, D.L.**, nonché, da ultimo, **Sez. III, 27 ottobre 2015, n. 49318, Barone**, secondo la quale il riferimento all'attualità delle esigenze specialpreventive, introdotto dalla novella,

richiede che l'ordinanza applicativa o confermativa della misura contenga specifiche indicazioni al riguardo, *“da ricavare dalla riconosciuta esistenza di occasioni prossime favorevoli alla commissione di nuovi reati. Occasioni, quindi, non meramente ipotetiche ed astratte, ma probabili nel loro vicino verificarsi?”*.

Discostandosi consapevolmente da tale impostazione, la già citata **Sez. V, 24 settembre 2015, n. 43083, Maio, Rv. 264092** ha peraltro evidenziato che la portata innovativa della modifica apportata all'art. 274 lett. c) non può essere enfatizzata oltre misura, in quanto già nell'assetto previgente incombeva sul giudice uno specifico onere motivazionale (art. 292, comma 2, lett. c, cod. proc. pen.) circa l'attualità delle esigenze, in ragione del tempo trascorso dalla commissione del reato contestato.

La distinzione tra “attualità” e “concretezza” tracciata nelle sentenze della Terza sezione poc'anzi richiamate sembra essere stata valutata criticamente, da ultimo, anche da **Sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 50027, Aurisicchio**, che ha ribadito l'indirizzo secondo cui l'attualità deve ritenersi insita nella concretezza. Ad avviso della Sesta sezione, in particolare, l'aspetto innovativo riconducibile alla legge n. 47 *“non consiste nella necessità di ricercare una «attualità» che vada oltre quella richiesta dalla giurisprudenza citata, ma nel fatto che non è più consentita la misura secondo la interpretazione restrittiva della «concretezza». Il codice continua a distinguere tra «esigenze cautelari» ed «eccezionali esigenze cautelari», a dimostrazione che l'attualità non è «nell'immediatezza»”*.

In relazione all'inserimento dell'attualità anche nella lett. b) dell'art. 274, si segnala infine **Sez. II, 13 ottobre 2015, n. 44526, Castillo Quintana, Rv. 265042**, la quale ha riconosciuto a tale modifica una specifica portata innovativa, affermando – in linea con la relazione di accompagnamento al disegno di legge – la necessità che il pericolo di fuga sia non solo concreto, ma anche attuale, *“nel senso che il rischio che la persona possa fuggire debba essere imminente?”*.

2.2. (Segue): attualità del pericolo e presunzione relativa di sussistenza delle esigenze.

Si è visto nel paragrafo precedente che, sulla questione dell'attualità delle esigenze cautelari – con particolare riguardo alla configurabilità di uno specifico onere motivazionale a carico del giudice emittente la misura - la giurisprudenza della Corte di cassazione ha fornito risposte non del tutto univoche, prima dell'entrata in vigore della legge n. 47.

È utile segnalare che, in relazione alla particolare ipotesi in cui il titolo cautelare venga emesso in relazione ad uno dei reati per i quali vige la presunzione (relativa) di sussistenza delle esigenze cautelari, ai sensi dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. (come modificato, da ultimo, dalla predetta legge n. 47), il panorama giurisprudenziale appare tuttora – ovvero anche dopo l'entrata in vigore della novella – alquanto controverso.

Infatti, secondo un primo orientamento, *“non è necessario che l'ordinanza cautelare motivi anche in ordine alla rilevanza del tempo trascorso dalla commissione del fatto, così come richiesto dall'art. 292, comma secondo, lett. c), dello stesso codice, in quanto per tali reati vale la presunzione di adeguatezza di cui al predetto art. 275, che impone di ritenere sussistenti le esigenze cautelari salvo prova contraria”*: ferma restando, peraltro, la necessità che il giudice emittente valuti *“se tale presunzione non possa essere vinta proprio dal distacco temporale intervenuto dai fatti laddove lo stesso, per la sua significativa durata e per la combinazione con altri fattori soggettivi ed oggettivi, possa dare dimostrazione della insussistenza delle esigenze cautelari”* (Sez. III, 15 luglio 2015, n. 33037, G., Rv. 264190; in senso analogo, v. ad es. Sez. III, 1 aprile 2014, n. 27439, Cetrullo, Rv. 259723).

In una diversa prospettiva, si è invece affermato che, anche qualora si proceda per uno dei reati per cui vige una presunzione relativa di adeguatezza della custodia in carcere, *“la considerevole distanza temporale tra i fatti contestati e l'applicazione della misura costituisce elemento che impone al giudice di dare adeguata motivazione non solo della sussistenza della pericolosità sociale dell'indagato in termini di attualità, ma anche della necessità di dover applicare la misura di maggior rigore per fronteggiare adeguatamente i pericula libertatis”* (Sez. VI, 10 giugno 2015, n. 27544, Rechichi, Rv. 263942; in senso conforme, v. Sez. VI, n. 52404 del 2014,

Alesse, cit.; **Sez. IV, 11 giugno 2015, n. 26570, Flora**, secondo cui tale orientamento risulta preferibile anche avuto riguardo alle modifiche apportate dalla l. n. 47 al terzo comma dell'art. 275).

In tale prospettiva – che in sostanza ritiene pregiudiziale ed indefettibile l'indagine sull'attualità delle esigenze, prima di poter ritenere operante la presunzione - è stata di recente valorizzata la collocazione in sequenza degli artt. 274 lett. c) e 275 comma 3: collocazione che evidenzia *“icasticamente le tappe del procedimento decisorio che il giudice è tenuto a compiere nell'applicazione delle misure cautelari personali: appare evidente, infatti, che la valutazione in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari deve precedere temporalmente e logicamente quella riferita alla scelta della misura concretamente adottabile e pertanto risulta parimenti evidente che, una volta esclusa per qualsiasi ragione e quindi anche per il decorso di un significativo lasso temporale (art. 292 lett. c cod. proc. pen.), la sussistenza delle esigenze special - preventive non residua alcuna necessità di ordine prima logico che giuridico di procedere a valutazioni inerenti la scelta di una misura che si è già escluso di dover applicare”* (**Sez. VI, 18 settembre 2015, n. 42630, Tortora, Rv. 264984**).

A tale impostazione si è peraltro replicato, altrettanto recentemente (ed in linea con il primo orientamento qui richiamato), che *“l'esistenza di una presunzione relativa ex lege di sussistenza delle esigenze cautelari (art. 275 co. 3 cod. proc. pen.) inverte gli ordinari «poli» del ragionamento giustificativo, nel senso che il giudice che applica o che conferma la misura cautelare non ha un obbligo di dimostrazione «in positivo» della ricorrenza dei pericula libertatis... ma ha un obbligo di apprezzamento delle eventuali «ragioni di esclusione», tali da smentire, nel caso concreto, l'effetto di detta presunzione”* (**Sez I, 6 ottobre 2015, n. 45657, Varzaru**).

2.3. Esigenze cautelari e “gravità del titolo di reato”. Si è già accennato al fatto che il secondo intervento, operato “simmetricamente” dalla l. n. 47 sulle lettere b) e c) dell'art. 274 cod. proc. pen., è consistito nell'inserimento della locuzione “le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte dalla gravità del titolo di reato per il quale si procede” (nella lett. c, si precisa che tale preclusione opera “anche in relazione alla personalità dell'imputato”). Il riferimento alla “gravità del titolo di reato”

richiama quindi, con ogni evidenza, la fattispecie incriminatrice astratta contestata nel procedimento.

Peraltro, l'originaria stesura della legge di riforma aveva previsto il divieto di desumere il pericolo di reiterazione “esclusivamente dalle modalità del fatto per cui si procede”: si era osservato, in proposito, che tale locuzione aveva il chiaro intento di superare l'orientamento, largamente maggioritario nella giurisprudenza della Suprema corte, secondo cui gli elementi apprezzabili per la configurabilità del pericolo “*possono essere tratti anche dalle specifiche modalità e circostanze del fatto, considerate nella loro obiettività, giacché la valutazione negativa della personalità dell'indagato può desumersi dai criteri oggettivi e dettagliati stabiliti dall'art. 133 cod. pen. tra i quali sono comprese le modalità e la gravità del fatto reato*” (Sez. II, 16 ottobre 2013, n. 51843, Caterino, Rv. 258070).

Dopo l'entrata in vigore della legge n. 47, tale indirizzo – che in sostanza consente di operare, nel giudizio prognostico di cui all'art. 274 lett. c), una duplice valutazione degli elementi fattuali della vicenda: sia quanto alla sua gravità, sia quanto alla capacità a delinquere dell'imputato - è stato ripetutamente ribadito da varie Sezioni della Suprema corte: v., tra le altre, **Sez. I, 22 luglio 2015, n. 32199, Vasquez; Sez. I, 16 luglio 2015, n. 35948, Santoro; Sez. II, 16 settembre 2015, n. 41359, De Girolamo; Sez. III, 15 ottobre 2015, n. 45911, Cojocari; Sez. III, 27 ottobre 2015, n. 45285, Peritore**. In particolare, **Sez. II, 20 ottobre 2015, n. 42746, Femia**, ha esplicitamente escluso che un divieto di valutare la personalità dell'imputato sulla base delle condotte poste in essere sia ricavabile dal nuovo testo dell'art. 274, dal momento che, ai sensi di tale articolo, “*è vietato trarre un giudizio sulla personalità dell'imputato dalla gravità del titolo del reato e non dalla gravità concreta del reato stesso*”. V. anche, da ultimo, **Sez. VI, 28 ottobre 2015, n. 46803, Polverino**, che, nel ribadire la persistente validità dell'orientamento giurisprudenziale maturato prima della novella, ha valorizzato la radicale diversità - cui si è già accennato all'inizio del presente paragrafo - della locuzione introdotta nella stesura definitiva della legge, rispetto a quelle proposte nel corso dei lavori preparatori (cfr. *supra*).

È tuttavia utile segnalare che, in alcune pronunce (**Sez. II, 29 settembre 2015, n. 41771, Caputo; Sez. II, 14 ottobre 2015, n. 43352, Tatti; Sez. II, 20 ottobre 2015, n.**

45512, Russo), si è invece affermato che la nuova formulazione dell'art. 274 *“lascia chiaramente intendere la necessità di superare l'indirizzo interpretativo”* favorevole alla valutazione della personalità sulla scorta delle modalità e della gravità del reato; tali pronunce sottolineano, comunque, la necessità che il pericolo di reiterazione si basi, alla luce della novella, su *“un giudizio prognostico basato su dati concreti necessariamente considerati nell'attualità”*.

3. La giurisprudenza sulle nuove disposizioni in tema di scelta della misura.

Già dai cenni introduttivi svolti in premessa (cfr. *supra*, § 1), emerge chiaramente che quello dei criteri di individuazione della misura cautelare applicabile nel caso concreto costituisce forse l'aspetto che ha subito le più ampie e rilevanti modifiche, da parte degli interventi legislativi degli ultimi anni: basti pensare, da ultimo, alla completa ridefinizione dell'ambito applicativo delle presunzioni di adeguatezza della custodia in carcere, operata dalla l. n. 47 in piena sintonia con la ben nota opera “demolitoria” del sistema codificato nel 2009, progressivamente attuata dalle sentenze della Corte costituzionale.

In questa sede, si ritiene peraltro di soffermare l'attenzione su altri rilevanti aspetti della problematica in esame, alla luce di alcune pronunce emesse nel corso del 2015: si allude, da un lato, al divieto di applicazione della custodia in carcere introdotto nell'art. 275, comma 2 bis, cod. proc. pen., e, dall'altro, alle questioni emerse in tema di arresti domiciliari con le “particolari modalità di controllo” di cui all'art. 275 bis del codice di rito.

3.1. Custodia in carcere e valutazione prognostica sulla pena che sarà irrogata.

Sono note le vivaci reazioni dottrinali alle modifiche apportate, dal d.l. n. 92 del 2014 e dalla relativa legge di conversione n. 117 del 2014, all'art. 275, comma 2 bis, cod. proc. pen., il cui secondo e terzo periodo prevedono che “salvo quanto previsto dal comma 3 e ferma restando l'applicabilità degli articoli 276, comma 1-ter, e 280, comma 3, non può applicarsi la misura della custodia cautelare in carcere se il giudice ritiene che, all'esito del giudizio, la pena detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. Tale disposizione non si applica nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 423-bis, 572, 612-bis e 624-bis del



codice penale, nonché all'articolo 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni, e quando, rilevata l'inadeguatezza di ogni altra misura, gli arresti domiciliari non possano essere disposti per mancanza di uno dei luoghi di esecuzione indicati nell'articolo 284, comma 1, del presente codice”. Altrettanto noto è il fatto che, in sede di conversione, sono state introdotte le eccezioni qui appena richiamate alla regola generale dell'inapplicabilità della misura carceraria, ed è stata sostituita – quale oggetto del giudizio prognostico – la locuzione “pena detentiva da eseguire” (che aveva dato luogo a plurimi rilievi, anche per le criticità connesse allo scomputo del presofferto) con l'attuale riferimento alla “pena irrogata”.

Una prima questione, emergente dall'analisi delle pronunce emesse nel corso del 2015, concerne la funzione che, nel sottosistema cautelare, deve essere attribuita alle nuove disposizioni qui richiamate.

Al riguardo, è opportuno richiamare **Sez. I, 1 ottobre 2015, n. 40887, Alesse**, secondo cui la novella “*ha introdotto un espresso «divieto» di applicazione della custodia in carcere*”, divieto peraltro non operante ove ricorrano talune circostanze di fatto (trasgressione di misura già applicata, indisponibilità di un luogo di esecuzione degli arresti domiciliari) ovvero si proceda per determinati titoli di reato. Ad avviso della Prima Sezione, si tratta di una ulteriore concretizzazione dei noti principi di proporzionalità e adeguatezza della misura cautelare rispetto al prevedibile esito del giudizio, essendo chiara la correlazione con il sistema delle misure alternative alla detenzione: in altri termini, la novella ha introdotto “*un evidente limite al potere discrezionale del giudice*” nell'individuazione della misura applicabile, “*posto che – tranne le ipotesi prima descritte – lì dove la prognosi quoad poenam risulti contenuta nel limite dei tre anni la misura «massima» applicabile risulta quella degli arresti domiciliari*”. Da tali premesse ricostruttive, consegue – per la Prima Sezione – un ineludibile onere, per il giudice emittente la misura e per quello investito del riesame, di formulare il giudizio prognostico sulla pena che sarà irrogata: si è in presenza “*di un limite posto direttamente dalla legge*” all'applicazione della misura inframuraria, il cui superamento postula appunto la previsione di una pena irrogata in misura superiore ai tre anni, ovvero

la ricorrenza di una delle situazioni eccezionali codificate nello stesso comma 2-bis dell'art. 275.

In senso analogo – ovvero per una ricostruzione in termini di vero e proprio “divieto” di applicazione della misura carceraria, con una prognosi di pena irrogata inferiore a tre anni – si sono espresse, tra le altre, **Sez. V, 4 febbraio 2015, n. 7742, Rv. 262838** (relativa ad una fattispecie in cui, peraltro, il divieto non è stato ritenuto applicabile per l'indisponibilità di un luogo di esecuzione degli arresti domiciliari, stante l'imminente scadenza del contratto di locazione dell'immobile); **Sez. II, 14 gennaio 2015, n. 4418, Rv. 262377**, secondo cui il divieto in questione non riguarda gli arresti domiciliari (né le misure ulteriormente gradate), perciò applicabili anche qualora il giudice ritenga che verrà irrogata una pena inferiore a tre anni.

È peraltro necessario ricordare che una posizione radicalmente diversa è stata assunta da **Sez. III, 27 febbraio 2015, n. 32702, Jabbar, Rv. 264261**, secondo la quale i limiti di applicabilità della misura inframuraria, introdotti dalla novella, *“possono essere superati dal giudice qualora ritenga, secondo quanto previsto dal successivo comma terzo, prima parte, della norma citata, comunque inadeguata a soddisfare le esigenze cautelari ogni altra misura meno afflittiva”*. Ad avviso della Terza sezione, in sostanza, il richiamo al comma 3 dell'art. 275, contenuto nel comma 2-bis, deve intendersi riferito non solo alle disposizioni che regolano la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere, ma anche a quella che apre il predetto comma 3, secondo cui *“la custodia in carcere può essere applicata soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata”*. In tale prospettiva, pertanto, *“nonostante i limiti e le preclusioni previste dall'art. 275, comma 2 bis, secondo paragrafo, la misura della custodia cautelare in carcere può essere applicata quando il giudice ritenga possibile una condanna a pena uguale o inferiore a tre anni di reclusione e contestualmente reputi inutile, sul piano cautelare, ogni altra misura meno afflittiva (tanto varrebbe, allora, non applicare affatto alcuna misura cautelare)”*.

Un secondo aspetto su cui sono riscontrabili posizioni non univoche, nella giurisprudenza della Corte di cassazione, concerne il rapporto tra le disposizioni qui in esame, da un lato, e, dall'altro, il divieto di concessione degli arresti domiciliari a chi sia

stato condannato per evasione nei cinque anni precedenti al fatto per cui si procede (art. 284, comma 5 bis).

Secondo un primo indirizzo, tale divieto di concessione degli arresti domiciliari “*ha carattere assoluto e, pertanto, prevale sulla disposizione di cui all’art. 275, comma 2 bis, cod. proc. pen., in base alla quale non può essere applicata la misura della custodia in carcere quando il giudice ritiene che la pena irrogata non sarà superiore a tre anni*” (Sez. II, 12 marzo 2015, n. 14111, **Rondinone, Rv. 262960**; in senso analogo, v. Sez. VI, 24 giugno 2015, n. 34025, **Annoscia**).

In una diversa ed anzi opposta prospettiva, si è invece affermato (Sez. VI, 12 febbraio 2015, n. 17657, **Caradonna**), che il divieto di applicazione della custodia in carcere in caso di prognosi sanzionatoria inferiore ai tre anni, di cui all’art. 275 comma 2 bis, prevede quale eccezione la sola ipotesi della violazione delle prescrizioni imposte con gli arresti domiciliari: deve pertanto escludersi l’applicazione dell’art. 284, comma 5 bis, “*perché tale disposizione presuppone chiaramente che per il reato in questione possa essere disposta la custodia in carcere*” (principio affermato in una fattispecie in cui l’imputato era stato condannato, in primo grado, alla pena di anni uno, mesi sei di reclusione).

Nella successiva evoluzione giurisprudenziale in materia, potrebbe assumere rilevanza il fatto che, a seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 47 al comma 5 bis dell’art. 284, il divieto di concessione degli arresti domiciliari al condannato per evasione nel quinquennio non è più assoluto (laddove l’assolutezza veniva valorizzata, come si è visto, dalle pronunce orientate per la prevalenza di tale divieto sulla disposizione di cui all’art. 275, comma 2 bis): il novellato comma 5 bis fa infatti salva l’ipotesi “che il giudice ritenga, sulla base di specifici elementi, che il fatto sia di lieve entità e che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con tale misura”.

Per ciò che riguarda, infine, il momento in cui il giudice procedente è chiamato ad operare la valutazione prognostica sulla pena che sarà irrogata, la giurisprudenza ha affermato che “*il limite di tre anni di pena detentiva necessario per l’applicazione della custodia in carcere, previsto dall’art. 275, comma secondo bis, cod. proc. pen., come novellato dal D.L. 26 giugno 2014, n. 92, nel testo anteriore alle modificazioni introdotte dalla legge di conversione 11 agosto 2014,*

n. 117, deve essere oggetto di valutazione prognostica solo al momento di applicazione della misura, ma non anche nel corso della protrazione della stessa, con la conseguenza che il presupposto assume rilievo non in termini di automatismo, ma solo ai fini del giudizio di perdurante adeguatezza del provvedimento coercitivo, a norma dell'art. 299, cod. proc. pen.” (Sez. VI, 16 dicembre 2014, n. 1798/2015, Ila, Rv. 262059).

Tale percorso argomentativo è stato successivamente confermato, da diverse pronunce, anche in relazione alle ordinanze cautelari emesse dopo l'entrata in vigore della legge di conversione n. 117 del 2014 (e quindi in relazione alla pena detentiva che sarà irrogata, e non alla pena “da eseguire”): cfr.. **Sez. IV, 26 marzo 2015, n. 13025, Iengo, Rv. 262961; Sez. IV, 3 giugno 2015, n. 33836, Nadir; Sez. IV, 6 luglio 2015, n. 33848, Bruno**, la quale ha tra l'altro posto in evidenza che la scelta del legislatore è stata quella di tener ferma una cesura tra custodia cautelare (in cui rileva il necessario bilanciamento tra esigenze di libertà e di sicurezza dei cittadini) ed esecuzione della pena (in cui rileva invece l'individuazione delle più idonee possibilità di recupero per il condannato): *“tale differenza non permette l'applicazione dei criteri di cui all'art. 275 c.p.p., comma 2 bis nel corso del procedimento, quando la misura cautelare sia già in atto; la circostanza delimita la necessità di tale prognosi alla fase applicativa della misura, come del resto previsto dalla collocazione della disposizione invocata, ed esclude la presenza di un obbligo di costante analisi, sulla base degli effettivi e concreti sviluppi del procedimento, con valutazione che deve avere quale orizzonte valutativo l'esito del giudizio e non le determinazioni che intervengono nelle fasi intermedie, con la considerazione del presofferto”*.

3.2. Scelta della misura e “braccialetto elettronico”.

Com'è noto, la disciplina delle “particolari modalità di controllo” correlate alla misura degli arresti domiciliari ha subito un duplice ordine di modifiche, negli anni qui presi in considerazione.

Da un lato, la prescrizione del c.d. braccialetto elettronico deve oggi essere senz'altro disposta dal giudice (accertata la disponibilità dei necessari apparati da parte della polizia giudiziaria), salvo che venga ritenuta non necessaria in relazione alle esigenze cautelari da

soddisfare nel caso concreto (art. 275-bis, comma 1, cod. proc. pen., come modificato dal d.l. n. 146 del 2013 conv. in l. n. 10 2014): laddove invece, prima della novella, il controllo elettronico veniva disposto dal giudice solo se ritenuto necessario. D’altro lato, la legge n. 47 ha introdotto – inserendo un comma 3 bis all’interno dell’art. 275 - uno specifico onere motivazionale a carico del giudice che intenda disporre la custodia in carcere, essendo egli tenuto ad “indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all’art. 275 bis, comma 1”.

Nella più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, non si registra unanimità di vedute per ciò che riguarda il problema della eventuale indisponibilità degli strumenti elettronici da parte della polizia giudiziaria, ed in particolare delle conseguenze di tale indisponibilità sulla misura da applicare nel caso concreto.

Secondo una prima opinione, *“in tema di arresti domiciliari con la prescrizione dell'adozione del cosiddetto "braccialetto elettronico", qualora il giudice - ritenendo che tale strumento di controllo sia nel caso concreto una modalità di esecuzione degli arresti domiciliari necessaria ed idonea per fronteggiare le esigenze cautelari - non accolga un'istanza di sostituzione della custodia in carcere, a causa della indisponibilità di "braccialetti" da parte della P.G., non sussiste alcun "vulnus" ai principi di cui agli artt. 3 e 13 Cost., perché la impossibilità della concessione degli arresti domiciliari senza controllo elettronico a distanza dipende pur sempre dalla intensità delle esigenze cautelari e, pertanto, è ascrivibile alla persona dell'indagato. (Conf. Sez. 1, n. 520 del 2015, non massimata)”* (**Sez. II, 19 giugno 2015, n. 28115, Candolfi, Rv. 264230**). In tale prospettiva – che in sostanza impone di includere l’indisponibilità degli strumenti di controllo, pur non imputabile all’indagato, tra i fattori da considerare nella valutazione dell’adeguatezza degli arresti domiciliari – si è ulteriormente precisato, da ultimo (**Sez. II, 10 novembre 2015, n. 46238, Pappalardo**), che, dopo la ricordata modifica dell’art. 275 bis, l’applicazione delle modalità di controllo non può essere più considerata una mera modalità di esecuzione degli arresti domiciliari, come finora reiteratamente affermato dalla giurisprudenza, ma piuttosto la regola generale, *“con la sola eccezione rimessa alla prudente valutazione del giudice in relazione alle esigenze cautelari sottese alla privazione della libertà personale dell'indagato. Ma tuttora*

l'applicazione della misura, con le descritte modalità, è subordinata all'accertamento preventivo della disponibilità dei mezzi elettronici o tecnici (cosiddetto braccialetto elettronico) da parte della polizia giudiziaria. A ciò consegue che, in caso di accertata indisponibilità dei suddetti mezzi di controllo, al giudice, sarà necessariamente imposta l'adozione della misura della custodia in carcere. Difatti le stesse esigenze cautelari che imponevano l'adozione della misura degli arresti domiciliari con adozione degli strumenti di controllo si prestano ad essere adeguatamente tutelate solo con l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere'.

In un'ottica ricostruttiva totalmente diversa, si è invece affermato (**Sez. I, 10 settembre 2015, n. 39529, Quici, Rv. 264943**) che la modifica dell'art. 275-bis ha confermato la natura di mera modalità esecutiva degli arresti domiciliari, che deve essere attribuita alle procedure di controllo elettronico. Pertanto, *“se viene ritenuta dal giudice la idoneità della misura degli arresti domiciliari a soddisfare le concrete esigenze cautelari, la applicazione ed esecuzione di detta misura non può essere condizionata da eventuali difficoltà di natura tecnica e/o amministrativa per l'esecuzione della misura, trattandosi di presupposti, all'evidenza, non comparabili tra loro”*. In buona sostanza, ad avviso della Prima Sezione, *“una volta valutata la adeguatezza della misura domiciliare secondo i criteri di cui all'art. 275 cod. proc. pen., il detenuto dovrà essere controllato con i mezzi tradizionali se risulti la indisponibilità degli strumenti elettronici”*.

Per ciò che riguarda invece la seconda modifica legislativa sopra richiamata, riguardante il nuovo onere motivazionale imposto al giudice in sede di applicazione della custodia in carcere, è opportuno richiamare **Sez. III, 27 ottobre 2015, n. 45699, Nannavecchia**, che ha accolto un'interpretazione rigorosa del nuovo comma 3 bis dell'art. 275. In particolare, è stata annullata un'ordinanza emessa in sede di riesame che non aveva assolto al predetto obbligo, essendosi limitata *“solo a chiarire le ragioni dell'inadeguatezza degli arresti domiciliari "semplici" a salvaguardare l'esigenza cautelare richiamata, senza tuttavia argomentare specificamente - come oggi richiesto dalla novella del 2015 - in ordine all'inidoneità a fronteggiare la predetta esigenza cautelare mediante la predetta misura domiciliare "aggravata”*. Sulla stessa linea interpretativa v. altresì, da ultimo, **Sez. II, 4 dicembre 2015, n. 49105, Bacio Terracino**, che ha ricollegato la necessità di un puntuale adempimento del nuovo onere motivazionale al fatto che, ai sensi del novellato art. 275

bis, l'applicazione degli arresti domiciliari con il braccialetto elettronico costituisce ormai la “*regola generale*”. V. anche **Sez. III, 25 novembre 2015, n. 48700, Buscema**, la quale ha sottolineato che la carenza argomentativa qui in esame, rilevata nel provvedimento impositivo della misura custodiale, può comunque essere colmata dal tribunale del riesame, attraverso i propri poteri di integrazione della motivazione.

In senso nettamente diverso appare peraltro orientata **Sez. VI, 28 ottobre 2015, n. 46806, Zanga**, secondo la quale deve escludersi la sussistenza del difetto di motivazione ex art. 275 comma 3 bis qualora il giudice – sulla base della pericolosità dell'indagato e delle circostanze del caso concreto – abbia adeguatamente motivato sull'inadeguatezza degli arresti domiciliari per fronteggiare il rischio di recidiva, in quanto, in tale ipotesi, “*il mancato cenno alla previsione del possibile utilizzo del braccialetto risulta assorbito dalla argomentazione complessivamente spesa per escludere l'adeguatezza in sé degli arresti*”. Sull'ammissibilità di una motivazione implicita, agli specifici fini che qui interessano, v. anche **Sez. I, 16 luglio 2015, n. 35948, Santoro**.

In una posizione per così dire intermedia sembra possibile collocare **Sez. III, 1 dicembre 2015, n. 48962, D.R.**, che ha sottolineato la necessità di una compiuta analisi della motivazione dell'ordinanza, per verificare la sua rispondenza ai nuovi requisiti motivazionali (nella specie, la S.C. ha posto in evidenza che l'ordinanza impugnata non si era limitata ad osservare che “*l'utilizzo del braccialetto elettronico non neutralizzerebbe ogni possibilità di movimento criminale dell'indagato*” – locuzione censurata dalla difesa per il suo carattere tautologico – ma aveva evidenziato l'assoluta necessità di far cessare radicalmente le comunicazioni con gli altri associati, per le quali l'indagato aveva fatto uso anche di apparecchi intestati a persone inesistenti. In tale contesto, per la Terza Sezione, non era necessario aggiungere alcun'altra “specifica ragione” per motivare l'inadeguatezza degli arresti domiciliari con braccialetto elettronico).

Sempre in tema di onere motivazionale ex art. 275, comma 3-bis, si segnala anche **Sez. I, 5 giugno 2105, n. 27335, Margari**, la quale ha escluso che la nuova disposizione sia applicabile alle ordinanze cautelari emesse in relazione a reati per i quali vige la presunzione relativa di adeguatezza della sola custodia in carcere, ai sensi del comma 3

dello stesso art. 275: infatti, per tali fattispecie, il legislatore – privilegiando non irragionevolmente le esigenze di tutela della collettività – ha ritenuto non idonea “*la modalità di esecuzione della custodia domiciliare con braccialetto elettronico, riferibile soltanto agli altri reati meno gravi per i quali non opera alcuna presunzione e la sottoposizione a custodia in carcere sia frutto di scelta discrezionale del giudice, da giustificare in modo puntuale anche sotto il profilo dell’insufficienza dei dispositivi di controllo applicabili*”.

Sul rapporto tra braccialetto elettronico e presunzione di adeguatezza, si era in precedenza affermato che, “*nei reati con presunzione relativa di idoneità della custodia cautelare in carcere, la disponibilità ad indossare il predetto dispositivo presuppone che la presunzione sia già vinta, ossia che il giudice, valutando gli elementi specifici del singolo caso, ritenga che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con misure diverse dalla detenzione carceraria*” (Sez. III, 3 dicembre 2014, n. 7421/2015, F., Rv. 262418).

4. La giurisprudenza sulle nuove disposizioni in tema di motivazione dell’ordinanza cautelare.

Com’è noto, la legge n. 47 ha introdotto rilevanti modifiche alle disposizioni del codice di rito concernenti i requisiti dell’ordinanza cautelare, modifiche chiaramente volte – come emerge dai lavori parlamentari – ad evitare la redazione di motivazioni “appiattite” su quelle del pubblico ministero richiedente. In particolare, da un lato, è stato inserito nelle lettere c) e c-bis) dell’art. 292, accanto a quello della “esposizione”, il requisito della “autonoma valutazione” degli elementi ivi indicati (esigenze cautelari, indizi, ritenuta irrilevanza delle argomentazioni difensive, inadeguatezza di misure gradate rispetto a quella carceraria); dall’altro, sono stati corrispondentemente rivisti i poteri decisorii del tribunale del riesame, aggiungendo all’art. 309, comma 9 – che prevede tra l’altro il potere, rimasto immutato, di confermare l’ordinanza impugnata anche per ragioni diverse da quelle ivi indicate - il seguente periodo conclusivo: “Il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l’autonoma valutazione, a norma dell’art. 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa”.

Tra le pronunce emesse dalla Suprema corte in argomento, va anzitutto segnalata **Sez. VI, 15 settembre 2015, n. 40978, De Luca, Rv. 264567**, che ha attribuito alle nuove disposizioni una valenza meramente ricognitiva dei rigorosi approdi ermeneutici già raggiunti da una parte della giurisprudenza (cfr. Sez. VI, 13 marzo 2014, Sanjust, Rv. 259462), secondo i quali il tribunale del riesame non può ricorrere al proprio potere integrativo per completare la motivazione di un'ordinanza cautelare che sia priva dell'autonoma valutazione, da parte del giudice emittente, del materiale posto a sostegno della richiesta. In altri termini, ad avviso della Sesta sezione, *“il riferimento alla «autonoma valutazione» non aggiunge, a quelli preesistenti, un nuovo requisito a pena di nullità bensì ritiene corretta quell'interpretazione secondo la quale il provvedimento di custodia deve sia avere il necessario contenuto «informativo» che dimostrare la effettiva valutazione da parte del giudicante e, quindi, il reale esercizio della giurisdizione”*; in tale prospettiva, l'annullamento previsto dal novellato comma 9 dell'art. 309, per l'ipotesi in cui la motivazione “manca” o “non contiene l'autonoma valutazione”, va inteso nel senso che *“la nullità ricorre quando, pur a fronte di un contenuto ineccepibile dell'atto sul piano formale di completezza, si tratta chiaramente di una mera adesione acritica alle scelte dell'accusa”*. In senso analogo, v. anche **Sez. VI, 1 ottobre 2015, n. 44607, Di Marzo**; **Sez. VI, 22 ottobre 2015, n. 45934, Perricciolo, Rv. 265068**; **Sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 47233, Moffa**; **Sez. II, 28 ottobre 2015, n. 46136, Campanella**, la quale ha evidenziato che la dimensione “autonoma” della valutazione giudiziale, relativa alla consistenza e legittimità degli elementi disponibili, è *“connaturata alla funzione di controllo affidata al giudice per le indagini preliminari”*, pur se è stata richiesta espressamente solo dalla legge n. 47. Da ultimo, cfr. la già citata **Sez. III, n. 48962 del 2015, D.R.**, la quale ha precisato che lo sforzo motivazionale richiesto dalla novella *“non può essere inteso come finalizzato ad una «originale esposizione» dei fatti; la necessità del vaglio critico degli elementi indiziari e delle esigenze cautelari non si traduce infatti nella necessità di una riscrittura del testo della richiesta del P.M., ciò che finirebbe per risolversi in un impegno letterario che poco aggiungerebbe alla tutela del diritto di difesa, cui tende l'intervento riformatore”*. Tale pronuncia si segnala anche per aver ricondotto l'onere motivazionale in questione anche al provvedimento emesso dal tribunale del riesame ai sensi dell'art. 309 cod. proc. pen.

Diverse sentenze hanno poi affrontato la questione – di assoluto rilievo nella pratica giudiziaria, oltre che strettamente correlata a quella fin qui discussa - della compatibilità, con le nuove disposizioni, della motivazione c.d. *per relationem*: questione ripetutamente risolta in senso positivo.

Si è in particolare affermato (**Sez. Fer., 12 agosto 2015, n. 34858, Liotta**) che l'espressa previsione di un obbligo di autonoma valutazione dei presupposti dell'intervento cautelare non sembra potersi tradurre *tout court* nel divieto di motivare *per relationem*, dovendosi invece ancorare la legittimità dell'ordinanza “*alla dimostrazione che il giudice, nel riportarsi al contenuto di un atto del procedimento ovvero nel riprodurlo nel corpo della motivazione, ne abbia non solo preso cognizione, ma altresì effettivamente soppesato la coerenza con la decisione assunta. Che è esattamente una delle condizioni già individuate dalla giurisprudenza per legittimare il ricorso alla motivazione per relationem, condizione che il legislatore si è dunque limitato a recepire*”. Nello stesso senso, v. tra le altre **Sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 45166, Esposito**, secondo la quale le disposizioni introdotte dalla legge n. 47, lungi dal vietare la motivazione *per relationem*, si pongono in una linea di continuità con i principi costantemente affermati dalla Suprema corte sin da Sez. un., 21 giugno 2000, Primavera, Rv. 216664; cfr. anche le già citate **Sez. II, n. 45934 del 2015, Perricciolo** e, da ultimo, **Sez. II, n. 46136 del 2015, Campanella**, secondo la quale “*la tecnica del rinvio testuale è legittima nella misura confinata nell'area della «esposizione» degli elementi posti a sostegno della misura, ma non può estendersi fino all'assorbimento dei contenuti valutativi della richiesta cautelare, confliggendo tale operazione con la strutturale funzione di controllo affidata al giudice per le indagini preliminari in materia di misure cautelari*”.

La giurisprudenza della Suprema corte ha anche sottolineato, per altro verso, che le nuove disposizioni introdotte dalla l. n. 47 non hanno fatto venir meno il potere integrativo esercitabile, dal tribunale del riesame, ai sensi del comma 9 dell'art. 309 (cfr. *supra*): fermo restando, ovviamente, che tale potere potrà oggi essere esercitato solo ove non ricorrano le nuove ipotesi di annullamento (motivazione mancante o priva dell'autonoma valutazione). In tal senso, v. **Sez. VI, 22 ottobre 2015, n. 44433, Bellinghieri**; **Sez. VI, 5 novembre 2015, n. 46623, Orsi**, secondo la quale il potere

integrativo di cui trattasi è pienamente esercitabile, in presenza dell'autonoma valutazione di cui si è detto, per integrare la “esposizione” degli elementi previsti, a pena di nullità, dalle lettere c) e c-bis) del comma 2 dell'art. 292 cod. proc. pen..

5. La giurisprudenza sul coinvolgimento della persona offesa nei procedimenti di revoca o sostituzione delle misure cautelari.

Si è già accennato, in premessa, alle importanti modifiche introdotte nell'art. 299 cod. proc. pen. – con riferimento ai procedimenti aventi ad oggetto delitti commessi con violenza alla persona - dal d.l. n. 93 del 2013, convertito dalla l. n. 119 del 2013: le nuove disposizioni prevedono infatti una forma di interlocuzione obbligatoria con la persona offesa, qualora venga proposta una richiesta di revoca o sostituzione delle misure cautelari coercitive diverse dal divieto di espatrio e dall'obbligo di presentazione alla p.g.. Invero, sia nella fase delle indagini che in quelle successive, le richieste di revoca o sostituzione devono essere contestualmente notificate al difensore della persona offesa (ovvero, in mancanza, a quest'ultima), a pena di inammissibilità delle richieste medesime.

A tale ultimo proposito, la giurisprudenza della Suprema corte è ripetutamente intervenuta, nel corso del 2015, chiarendo tra l'altro che la predetta sanzione deve ritenersi applicabile anche quando l'oggetto della richiesta sia costituito dalla revoca o dalla sostituzione della misura, ma dall'applicazione di quest'ultima con modalità meno gravose (**Sez. VI, 5 febbraio 2015, n. 6717, D. Rv. 262272**). La stessa pronuncia ha anche sottolineato che, con le nuove disposizioni, si intende rendere la persona offesa partecipe dell'evoluzione della posizione cautelare dell'indagato o imputato, “*consentendole di presentare, entro un breve lasso temporale, memorie ai sensi dell'art. 121 c.p.p., al fine di offrire all'autorità giudiziaria procedente la conoscenza di ulteriori elementi di valutazione pertinenti all'oggetto della richiesta e garantire in tal modo la possibilità di instaurare un adeguato contraddittorio con la vittima del reato all'interno dell'incidente cautelare*”; in senso conforme, v. anche **Sez. VI, 23 luglio 2015, n. 35613, T., Rv. 264342**. Un'interpretazione rigorosa della sanzione di inammissibilità era stata del resto già fornita dalle decisioni meno recenti, sia quanto alla

rilevabilità d'ufficio, sia quanto alla “insanabilità” della situazione fino al giudicato (cfr. ad es. Sez. IV, 26 luglio 2014, n. 29045, Isoldi, Rv. 259984).

È tuttavia necessario sottolineare che, di recente, è stata proposta dalla Suprema corte un'interpretazione volta a ridimensionare sensibilmente la portata applicativa delle nuove disposizioni. Si è in particolare sostenuto (**Sez. II, 14 ottobre 2015, n. 43353, Quadrelli, Rv. 265094**) che queste ultime dovrebbero riguardare solo i procedimenti per reati con violenza alla persona connotati da un pregresso rapporto personale tra vittima e imputato, non anche quelli in cui l'azione violenta è risultata del tutto occasionale.

A sostegno di tale assunto, la Seconda sezione ha affermato che – nonostante anche le vittime occasionali siano esposte al rischio di ulteriori episodi delittuosi, magari per finalità ritorsive correlate alla loro decisione di sporgere denuncia – solo un pregresso rapporto tra vittima e aggressore può “*presumibilmente*” consentire alla prima di avere a disposizione ulteriori elementi di conoscenza, da offrire al giudicante attraverso la presentazione di memorie ex art. 121 cod. proc. pen.: *“Fuori da questo ambito, il rapporto di maggior tutela, rivolto indiscriminatamente a tutte le vittime di reati con violenza alla persona, appare ridursi ad un mero formalismo, in quanto alla vittima occasionale della rapina, di regola solo casualmente - anche nella “scelta” dell'aggressore - vittima del reato, non può derivare ragionevolmente alcun pregiudizio dalla circostanza che all'imputato si revochi o si modifichi l'originaria misura cautelare”*. Su tali basi, la Seconda sezione – in una fattispecie relativa a misura cautelare disposta per più delitti di rapina aggravata in danno di istituti di credito – ha annullato l'ordinanza emessa dal tribunale, ai sensi dell'art. 310 cod. proc. pen., che aveva d'ufficio ritenuto sussistente l'inammissibilità dell'istanza, per la mancata notifica della stessa alle persone offese.

6. La giurisprudenza sulle modifiche al procedimento di riesame personale.

Nel corso della presente esposizione, si è già avuto modo di accennare ad un'importante modifica apportata dalla legge n. 47 all'art. 309 del codice di rito, concernente la ridefinizione dei poteri decisorii del tribunale investito dell'impugnazione cautelare (cfr. *supra*, § 4). Va peraltro evidenziato che la predetta legge ha profondamente

innovato anche altri aspetti del procedimento di riesame, tra i quali la partecipazione del ricorrente all'udienza camerale, i termini perentori (oggi previsti non solo per la trasmissione degli atti e per la decisione, ma anche per il deposito dell'ordinanza), le conseguenze derivanti dalla violazione dei predetti termini (oggi non più limitate alla perdita di efficacia della misura).

Nelle pagine seguenti, si farà cenno ad alcune pronunce della Suprema corte che - talora con risultati non convergenti - si sono occupate delle questioni interpretative sollevate dalle nuove disposizioni.

6.1. La partecipazione del ricorrente all'udienza camerale.

Com'è noto, la materia era finora regolata dal comma 8 dell'art. 309 cod. proc. pen., con un rinvio alle disposizioni generali dettate, per il procedimento camerale a partecipazione non necessaria, dall'art. 127 del codice di rito: rinvio che aveva dato luogo a marcate divergenze interpretative, soprattutto quanto alla posizione del detenuto "fuori distretto". Era stata infatti sostenuta sia l'insussistenza di un diritto a presenziare (avendo il detenuto solo il diritto di essere ascoltato dal magistrato di sorveglianza del luogo di detenzione: cfr. Sez. IV, 12 luglio 2007, Cammarata, Rv. 237886); sia – all'opposto - la necessità di tradurre all'udienza camerale, a pena di nullità assoluta ed insanabile, il detenuto che ne avesse fatto richiesta (opinione maggioritaria: cfr. da ultimo **Sez. VI, 21 maggio 2015, n. 21849, Farina, Rv. 263630**); sia anche – in un'ottica intermedia dai marcati contorni "sostanzialisti" - la necessità di condizionare la traduzione alla manifestazione di volontà, da parte del detenuto richiedente, "*di rendere dichiarazioni su questioni di fatto concernenti la propria condotta*" (cfr. **Sez. II, 5 novembre 2014, n. 6023/2015, Di Tella, Rv. 262312**). Quanto poi alla questione della tempestività della richiesta di traduzione (di intuitivo rilievo, in un procedimento come quello ex art. 309), la giurisprudenza aveva fornito indicazioni che, ovviamente, risentivano della mancanza di specifiche indicazioni normative (cfr. ad es. Sez. VI, 4 novembre 2011, n. 42710, Ventrici, Rv. 251277, secondo cui la richiesta di traduzione doveva essere formulata

“nella ragionevole immediatezza della ricezione della notificazione dell’avviso della data fissata per l’udienza camerale”).

La legge n. 47 ha apportato modifiche sostanziali all’art. 309, pur lasciando intatto il rinvio all’art. 127 contenuto nel comma 8. In particolare, da un lato, al comma 6 del predetto articolo si prevede che “l’imputato può chiedere di comparire personalmente”; dall’altro, il novellato comma 8-bis dispone che “l’imputato che ne abbia fatto richiesta ai sensi del comma 6 ha diritto di comparire personalmente”.

Tali disposizioni sono state diffusamente analizzate da **Sez. I, 6 ottobre 2015, n. 49882, Pernagallo**, secondo cui esse paiono “*affermare, in modo inequivoco, il diritto del ricorrente di comparire all’udienza camerale fissata per la trattazione, anche se eventualmente detenuto fuori distretto; la possibilità di esercitare tale diritto, peraltro, risulta strettamente correlata, per l’impugnante detenuto o internato, alla formulazione della richiesta nell’atto di riesame*”. In altri termini, ad avviso della Prima sezione, la novella ha inteso superare ogni pregressa incertezza sia quanto alla sussistenza del diritto a presenziare, sia quanto alla tempestività della relativa richiesta: né la previsione relativa al necessario inserimento di quest’ultima nell’atto di impugnazione può dirsi lesiva dei diritti di difesa, sia perché il ricorrente ha già potuto avere un contatto con l’organo che ha emesso la misura (a seconda dei casi, in sede di convalida o di interrogatorio di garanzia), sia perché l’impugnazione ex art. 309, con la eventuale richiesta di presenziare all’udienza, può comunque essere anche presentata dal (solo) difensore.

Infine, ad avviso della Prima sezione, deve oggi escludersi – pur essendo rimasto immutato, nel comma 8 dell’art. 309, il rinvio all’art. 127 cod. proc. pen. – che il detenuto fuori distretto possa chiedere di essere sentito prima dell’udienza dal magistrato di sorveglianza: le nuove disposizioni in tema di riesame costituiscono infatti una *lex specialis* destinata a prevalere sulle disposizioni generali di cui all’art. 127 (diversamente opinando, si avrebbe per la sentenza “una irragionevole «rimessione in termini» a beneficio esclusivo di chi è detenuto o internato in luogo posto fuori del circondario del Tribunale competente”).

6.2. Il termine per il deposito dell'ordinanza.

Nel richiamare le pronunce emesse nel 2015 dalla Suprema corte in tema di esigenze cautelari (cfr. *supra*, § 2), si è già accennato al fatto che la giurisprudenza ha ripetutamente escluso – in applicazione del principio *tempus regit actum* – che le modifiche introdotte dal codice di rito dalla legge n. 47 (con particolare riguardo al requisito dell'attualità dei pericoli di cui alle lettere b e c dell'art. 274) possano incidere sulla legittimità delle ordinanze cautelari emesse in applicazione della previgente normativa: con la conseguente impossibilità di ritenere carente di motivazione un provvedimento che non abbia esaminato aspetti non contemplati dalle norme in vigore al momento della emissione (cfr. in tal senso, oltre alle sentenze già richiamate al § 2, **Sez. II, 16 settembre 2015, n. 44515, Ax**).

Una divergenza interpretativa in ordine alle implicazioni concrete del principio *tempus regit actum* si è invece registrata con riferimento ad una delle più rilevanti innovazioni apportate dalla l. n. 47 al procedimento di riesame. Si allude all'introduzione, nell'art. 309 comma 10 cod. proc. pen., di un termine perentorio per il deposito dell'ordinanza in cancelleria (trenta giorni decorrenti dalla decisione, salva l'indicazione di un termine non superiore a quarantacinque, qualora la motivazione si riveli particolarmente complessa): termine che va ad aggiungersi a quelli – anch'essi perentori, a pena di inefficacia della misura - concernenti la mancata trasmissione al tribunale degli atti posti a sostegno della misura entro i cinque giorni dalla richiesta, e la mancata decisione sulla richiesta di riesame entro dieci giorni dalla ricezione degli atti.

Il contrasto interpretativo cui si accennava concerne la particolare ipotesi in cui la decisione del tribunale sia ritualmente intervenuta prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni (con il deposito del dispositivo nei dieci giorni dalla trasmissione degli atti), ma l'ordinanza, completa della motivazione, sia stata depositata in cancelleria dopo la novella.

Da un lato, infatti, **Sez. V, 17 settembre 2015, n. 40342, Ricciardi, Rv. 264939**, ha ritenuto applicabile la nuova normativa, dichiarando la perdita di efficacia della misura per il mancato deposito dell'ordinanza nei trenta giorni dalla decisione. A sostegno di tali

conclusioni, la Quinta Sezione ha escluso che esse conseguano ad un'applicazione retroattiva della legge n. 47, essendo invece necessario individuare quale segmento dell'attività procedimentale debba essere regolato secondo le nuove disposizioni: *“attività che deve senz'altro essere identificata nella redazione della motivazione dell'ordinanza decisoria della procedura di riesame, e non più nella precedente ed ormai esaurita emissione del dispositivo della stessa”*. In buona sostanza, tale pronuncia conferisce decisiva rilevanza al fatto che, al momento dell'entrata in vigore della nuova legge, i termini per la stesura della motivazione dell'ordinanza erano ancora pendenti, e come tali assoggettati alla nuova disciplina, sia quanto alla loro durata sia quanto alla sanzione prevista, in caso di inosservanza.

A diverse ed anzi opposte conclusioni è invece pervenuta **Sez. I, 6 ottobre 2015, n. 43804, Farina**, secondo la quale deve attribuirsi un rilievo dirimente al fatto che la decisione sulla richiesta di riesame intervenga prima della novella: anche attraverso un esplicito richiamo alla già citata sentenza Ambrogio delle Sezioni unite, la Prima sezione ha infatti affermato che *“il principio tempus regit actum comporta che, di regola, la norma vigente al momento del compimento di ciascun atto ne segna definitivamente, irrevocabilmente, le condizioni di legittimità, ne costituisce lo statuto regolativo: un atto, una norma... poiché, al momento della pronuncia dell'ordinanza, il termine suddetto non esisteva, esso non può trovare applicazione con riferimento a quel provvedimento”*. In senso del tutto conforme, v. anche **Sez. VI, 21 settembre 2015, n. 41322, Policastri**, la quale ha altresì posto in evidenza che la motivazione *“non rappresenta un atto diverso e separato dal tipo di provvedimento giurisdizionale cui inerisce quale elemento costitutivo, ma ne segue in toto la disciplina normativa in vigore al momento dell'adozione”*.

6.3. Il divieto di rinnovazione della misura divenuta inefficace.

Com'è noto, la l. n. 47 ha introdotto un'ulteriore, relevantissima modifica al comma 10 dell'art. 309, prevedendo che, in caso di mancato rispetto di uno dei tre termini perentori cui si è poc'anzi accennato, *“l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde efficacia e, salve eccezionali esigenze cautelari, non può essere rinnovata”*.

Al riguardo, è opportuno segnalare, da un lato, **Sez. VI, 12 maggio 2015, n. 23304, Vecchi**, la quale ha escluso – in base all'appena richiamato principio *tempus regit actum*, ed alla conseguente necessità di valutare un atto in relazione alla norma vigente al momento della sua emanazione – che il divieto di rinnovazione in parola possa applicarsi con riferimento ad ordinanze cautelari che abbiano perso efficacia prima dell'entrata in vigore della l. n. 47.

D'altro lato, viene in rilievo la già citata **Sez. III, 27 ottobre 2015, n. 45285, Peritore**, secondo cui il divieto di rinnovazione di cui al novellato comma 10 dell'art. 309 opera esclusivamente nelle ipotesi di perdita di efficacia della misura causata dal mancato rispetto dei termini previsti per la trasmissione degli atti, per la decisione sulla richiesta di riesame e per il deposito dell'ordinanza: non anche nelle ipotesi (quale quella ricorrente nella fattispecie) di annullamento del titolo cautelare per motivi formali. Ad avviso della Terza Sezione, deve altresì escludersi qualsiasi possibilità di estensione analogica delle nuove disposizioni, *“in quanto la specificazione che il legislatore ha inteso fare nell'art. 309 comma 10 prevedendo il divieto (peraltro non assoluto) di rinnovare una misura cautelare dichiarata inefficace per inosservanza dei termini indicati, non incide minimamente sulla reiterabilità della misura cautelare divenuta inefficace per questioni puramente formali la cui ammissibilità trova il suo fondamento - e perciò non ha formato oggetto di specifica previsione - nel generale principio del "ne bis in idem", che è ostativo alla reiterazione della misura solo quando il giudice sia chiamato a riesaminare nel merito quegli stessi elementi che già siano stati ritenuti insussistenti o insufficienti, e non quando tali elementi non siano stati valutati nel merito”*.

7. La giurisprudenza sulle modifiche al procedimento di riesame reale.

Come già accennato in premessa, la legge n. 47 ha modificato anche il procedimento di riesame avverso i provvedimenti di sequestro preventivo, conservativo e probatorio, delineato dall'art. 324 cod. proc. pen.: prima della novella, il comma 7 del predetto articolo richiamava – quali disposizioni applicabili anche nel procedimento di riesame reale – i commi 9 e 10 dell'art. 309. La legge n. 47 ha inserito anche il richiamo al comma 9-bis dell'art. 309 (il quale ha introdotto, com'è noto, la possibilità per il

ricorrente di richiedere il differimento dell'udienza camerale): sicchè, nel testo novellato, il comma 7 dell'art. 324 dispone che nel procedimento di riesame reale “si applicano le disposizioni dell'art. 309, commi 9, 9-bis e 10”.

Una prima questione affrontata dalla giurisprudenza, dopo l'entrata in vigore della l. n. 47, è quella dell'applicabilità anche ai riesami reali del termine perentorio di cinque giorni per la trasmissione degli atti (previsto per i procedimenti di riesame personale dal comma 5 dell'art. 309) e della relativa “sanzione” costituita dalla perdita di efficacia della misura, ai sensi del comma 10 del medesimo art. 309. Prima della novella, com'è noto, il quesito era stato risolto dal Supremo consesso in senso negativo (Sez. un., 28 marzo 2013, Cavalli, Rv. 255581-255584).

Al riguardo, si è affermato che, anche nella vigenza delle nuove disposizioni, “*non è applicabile, nel procedimento di riesame del provvedimento di sequestro, il termine perentorio di cinque giorni per la trasmissione degli atti al tribunale, previsto dall'art. 309, comma quinto, cod. proc. pen., con conseguente perdita di efficacia della misura cautelare impugnata in caso di trasmissione tardiva, ma il diverso termine indicato dall'art. 324, comma terzo, cod. proc. pen., che ha natura meramente ordinatoria sicché il termine perentorio di dieci giorni, entro cui deve intervenire la decisione a pena di inefficacia della misura, decorre, nel caso di trasmissione frazionata degli atti, dal momento in cui il tribunale ritenga completa l'acquisizione degli atti mancanti, nei limiti dell'effetto devolutivo dell'impugnazione*” (Sez. III, 29 settembre 2015, n. 44640, Zullo). La persistente validità dei principi affermati dalle Sezioni unite nella sentenza Cavalli è stata esplicitamente ribadita – senza peraltro alcun richiamo alla legge n. 47 – anche da Sez. V, 26 giugno 2015, n. 48021, Attia; Sez. III, 24 settembre 2015, n. 465531, Antenori; Sez. III, 22 ottobre 2015, n. 45638, Vaudi..

Un diverso profilo problematico, conseguente all'entrata in vigore della novella, concerne poi la natura del rinvio operato dal comma 7 dell'art. 324 ai commi 9, 9-bis e 10 dell'art. 309: occorre infatti tener presente che, secondo la più volte citata sentenza Cavalli del 2013, tale rinvio era di natura statica o recettizia, nel senso che oggetto del richiamo erano i commi 9 e 10 nella formulazione originaria (ovvero, quanto al comma 10, quella antecedente alle modifiche apportate dalla legge 8 agosto 1995, n. 332, proprio

in tema di termine per la trasmissione degli atti e relativa perdita di efficacia della misura, in caso di inosservanza).

Il problema che si pone, evidentemente, è quello di stabilire se tali conclusioni debbano esser tenute ferme - in tutto o in parte - anche dopo l'entrata in vigore della legge n. 47: si tratta di una questione di grande rilievo anche pratico, essendo in gioco l'applicazione ai riesami reali delle importanti innovazioni introdotte dalla medesima legge nei commi 9 e 10 dell'art. 309 (annullamento dell'ordinanza in caso di motivazione mancante o difettosa nella "autonoma valutazione"; termine perentorio anche per il deposito dell'ordinanza; divieto di rinnovazione della misura divenuta inefficace per la scadenza dei termini, salva l'esistenza di esigenze eccezionali).

Al riguardo, occorre per un verso segnalare che, secondo quanto incidentalmente affermato dalla già citata sentenza Zullo della Terza Sezione, "*sembrerebbe sostenibile*" che al rinvio debba oggi riconoscersi natura formale o dinamica (con conseguente applicazione ai riesami reali anche delle nuove disposizioni introdotte nei commi 9 e 10 dell'art. 309), avendo la legge n. 47 modificato anche la struttura dell'art. 324, con il ricordato intervento sul comma 7.

Per altro verso, va posto in evidenza che la stessa Terza Sezione della Suprema corte, con ordinanza **26 novembre 2015, n. 50581, Capasso**, ha rimesso la questione alle Sezioni unite: sarà quindi il Supremo consesso a stabilire – con le conseguenze applicative cui si è in precedenza accennato - se il novellato art. 324 comma 7 richiami i commi 9 e 10 dell'art. 309 nella nuova o nella previgente formulazione. La rimessione è stata motivata prospettando la possibilità di un contrasto interpretativo nella giurisprudenza di legittimità, anche alla luce delle divergenti posizioni espresse in dottrina.

In particolare, a sostegno della tesi della persistente natura recettizia (o statica) del rinvio, la Terza sezione ha tra l'altro evidenziato che le nuove disposizioni potrebbero essere ritenute giustificabili solo con riguardo alle misure cautelari personali, ma non anche quanto a quelle reali, "*alla luce del bene interesse coinvolto, di rango costituzionale ma suscettibile di compressione maggiore rispetto alla libertà personale*". Con specifico riguardo al

divieto di rinnovazione, si è evidenziato il suo carattere “*non proporzionato all’oggetto della tutela e potenzialmente idoneo ad annullare - senza alcuna possibilità di recupero - la funzione conservatrice e preventiva propria del vincolo, al di fuori dei casi di cui all’art. 240, comma 2, cod. pen. comunque “fatti salvi” dall’art. 324, comma 7”*. Sempre in un’ottica volta a sostenere la natura recettizia del rinvio, la Terza sezione ha altresì posto in evidenza, da un lato, che la legge n. 47 ha introdotto nel solo procedimento di riesame personale analoghe disposizioni anche nel giudizio di rinvio (cfr. art. 311 comma 5 bis, relativo appunto ai termini perentori per la decisione e per il deposito dell’ordinanza, nonché al divieto di rinnovazione): disposizioni certamente non applicabili al giudizio di rinvio a seguito di annullamento di un provvedimento impositivo di un sequestro, non essendovi alcun richiamo al predetto comma 5 bis all’interno degli artt. 324 e 325 cod. proc. pen.. D’altro lato, l’ordinanza di rimessione ha valorizzato la specifica modalità di intervento del legislatore sul comma 7 dell’art. 324: intervento consistito nella sostituzione delle parole “articolo 309 commi 9” con le parole “articolo 309 commi 9, 9 bis”, senza alcun richiamo al comma 10.

Quali argomenti di possibile sostegno della tesi volta a riconoscere natura “dinamica” al rinvio, il Collegio rimettente ha invece richiamato, in primo luogo, il fatto che la legge n. 47 è intervenuta anche nel settore del riesame reale, modificando l’art. 324 con il richiamo anche del comma 9-bis dell’art. 309 (laddove invece l’intervento operato dalla l. n. 332 del 1995, analizzato dalla sentenza Cavalli, aveva riguardato il solo settore delle misure personali). In tale prospettiva, l’inserimento del comma 9 bis accanto ai commi 9 e 10 potrebbe indurre ad interpretare tali disposizioni come un *corpus* unico posto a tutela dei diritti di difesa, indipendentemente dall’oggetto (personale o reale) del giudizio di riesame. Inoltre, il riferimento alla possibilità di differire anche il termine per il deposito della decisione, contenuto nel comma 9-bis, avrebbe senso solo applicando il novellato comma 10 dell’art. 309. Infine, quanto alla tecnica di modifica legislativa, l’omessa menzione del comma 10 da parte della l. n. 47 non sarebbe decisiva, essendo stato necessario richiamare il solo comma 9, per collegarvi il comma 9-bis.



CAPITOLO III

SEQUESTRO PREVENTIVO IMPEDITIVO E SITI WEB

(PIETRO MOLINO)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il sequestro mediante “oscuramento” di siti web. – 3. Il sequestro della testata giornalistica telematica.

1. Premessa.

Le Sezioni Unite - 29 gennaio 2015, n. 31022, F., Rv. 264089- Rv. 264090 - si sono pronunciate in tema di sequestro di siti web e di testate giornalistiche online, affermando i seguenti principi:

1) *“In tema di sequestro preventivo, l'autorità giudiziaria, ove ricorrano i presupposti del "fumus commissi delicti" e del "periculum in mora", può disporre, nel rispetto del principio di proporzionalità, il sequestro preventivo di un intero sito web o di una singola pagina telematica, imponendo al fornitore dei servizi internet, anche in via d'urgenza, di oscurare una risorsa elettronica o di impedirne l'accesso agli utenti ai sensi degli artt. 14, 15 e 16 del D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, in quanto la equiparazione dei dati informatici alle cose in senso giuridico consente di inibire la disponibilità delle informazioni in rete e di impedire la protrazione delle conseguenze dannose del reato”;*

2) *“In tema di sequestro di giornali e di altre pubblicazioni, la testata giornalistica telematica, funzionalmente assimilabile a quella tradizionale in formato cartaceo, rientra nella nozione di "stampa" di cui all'art. 1 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 e, pertanto, non può essere oggetto di sequestro preventivo in caso di commissione del reato di diffamazione a mezzo stampa, in quanto si tratta di prodotto editoriale sottoposto alla normativa di rango costituzionale e di livello ordinario, che disciplina l'attività di informazione professionale diretta al pubblico. (In motivazione la Corte ha precisato che, in tale ambito, non rientrano i nuovi mezzi di manifestazione del pensiero destinati ad essere trasmessi in via telematica quali forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list e social network, che, pur essendo espressione del diritto di manifestazione del pensiero, non possono godere delle garanzie costituzionali relative al sequestro della stampa)”.*

La prima sezione aveva richiesto al supremo collegio di chiarire due questioni,

strettamente connesse tra loro: la prima, di carattere generale, concernente la stessa possibilità giuridica di disporre il sequestro preventivo di risorse telematiche, posto che in tale frangente la cautela si risolverebbe non nella materiale apprensione della cosa pertinente al reato, bensì nell'imposizione all'indagato o all'imputato o a terzi di un *facere*, consistente nel compimento delle operazioni tecniche necessarie per "oscurare" e rendere, quindi, inaccessibili agli utenti, ove ne ricorrano i presupposti, un intero sito o una pagina web; la seconda, evidentemente conseguente ad una positiva risposta al primo quesito, riguardante l'ammissibilità del sequestro preventivo della pagina web di una testata giornalistica telematica debitamente registrata.

2. Il sequestro mediante “oscuramento” di siti web.

La questione preliminarmente rilevata dalla Sezione rimettente attiene all'astratta possibilità che il contenuto precettivo del decreto di sequestro preventivo emesso ai sensi degli artt. 321 c.p.p. e 104 disp. att. c.p.p. si risolva nell'imposizione di uno specifico obbligo di fare in capo all'indagato, all'imputato o a soggetti terzi; in particolare, nella fattispecie esaminata si tratta di imporre ai soggetti che svolgono le funzioni di cd. “access provider” di consentire, mediante un sistema di “filtraggio” dei codici, l'accesso degli utenti al sito o alla pagina web posti sotto vincolo cautelare.

La sezione rimettente, pur dando atto di un tendenziale orientamento della giurisprudenza di legittimità nel senso dell'ammissibilità del sequestro preventivo mediante oscuramento di interi siti internet o di singole pagine web (Sez. I, 4 giugno 2014, n. 32846, Ceraso, Rv. 261195; Sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594/2014, Montanari, Rv. 259887; Sez. V, 30 ottobre 2013, n. 11895/2014, Belviso, Rv. 258333; Sez. V, 19 settembre 2011, n. 46504, Bogetti; Sez. V, 18 gennaio 2011, n. 47081, Groppo, Rv. 251208; Sez. V, 10 gennaio 2011, n. 7155, Barbacetto, Rv. 249510; Sez. VI, 28 giugno 2007, n. 30968, Pantano, Rv. 237485; Sez. III, 27 settembre 2007, n. 39354, Bassora, Rv. 237819), manifestava perplessità – denunciando l'assenza di particolari approfondimenti nei precedenti della Corte - sulla possibilità di imporre, a scopo preventivo, all'indagato, all'imputato o a terzi privati il compimento di attività tecniche

necessarie per impedire l'accesso al sito o alla pagina web, oggetto di sequestro: e ciò in quanto la normativa sulla cautela reale, tipizzata e disciplinata dall'art. 321 cod. proc. pen. e art. 104 disp. att. cod. proc. pen., implica l'apprensione, in senso materiale o giuridico, della *res* da cui consegue il connesso vincolo d'indisponibilità della stessa, non già invece l'imposizione esclusiva di un fare.

Il collegio rimettente adduceva un ulteriore argomento di segno contrario alla posizione dominante, osservando come il legislatore, attraverso l'art. 254-bis cod. proc. pen., disciplina il sequestro probatorio di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni, laddove un'analogha previsione non è rinvenibile in materia di sequestro preventivo.

Nel respingere il dubbio interpretativo - e nel consacrare dunque la possibilità di sottoporre a sequestro un sito o una pagina web mediante l'imposizione di un obbligo positivo di "inibizione" all'accesso – le sezioni unite muovono da una ricostruzione dei presupposti del sequestro preventivo, figura caratterizzata da un immediato fine di prevenzione e perciò tendenzialmente orientata ad operare, pur non perdendo la sua connotazione "reale", come misura inibitoria, proprio in quanto caratterizzata da finalità di difesa sociale.

La Corte sottolinea come già nella Relazione al Progetto preliminare del codice di rito del 1988 si evidenzia che il sequestro preventivo non mira semplicemente a trasferire la *res* nella disponibilità del giudice, ma tende piuttosto ad inibire certe attività (la vendita o l'uso) che attraverso la stessa il destinatario della misura può realizzare, in quanto *"fondamento dell'istituto in questione resta l'esigenza (...) di tutela della collettività con riferimento al protrarsi dell'attività criminosa e dei suoi effetti"*. La misura, pur raccordandosi ontologicamente a un reato, può prescindere totalmente da qualsiasi profilo di "colpevolezza", proprio perché la funzione preventiva non si proietta necessariamente sull'autore del fatto criminoso, ma su beni che, postulando un vincolo di pertinenzialità col reato, sono riguardati dall'ordinamento quali strumenti la cui libera disponibilità può costituire situazione di pericolo.

La stessa locuzione "cosa pertinente al reato" di cui all'art. 321 cod. proc. pen. ha un

significato più ampio di quella impiegata nell'art. 253 cod. proc. pen., comprendendo non soltanto qualunque cosa sulla quale e a mezzo della quale il reato fu commesso o che ne costituisce il prezzo, il prodotto o il profitto, ma anche quelle legate indirettamente alla fattispecie criminosa: la nozione di pertinenza di cui all'art. 321 cod. proc. pen. delimita il campo di operatività del sequestro preventivo alla sua finalità, con l'effetto che la misura finisce con l'assumere una "connotazione di natura sostanziale", nel senso che il vincolo d'indisponibilità al quale la cosa è sottoposta scongiura il pericolo della *perpetuatio criminis* ovvero della commissione di altri reati.

Tanto premesso, la Corte entra nel cuore della questione agitata, rimarcando la necessità di chiarire se il dato informatico in quanto tale abbia una sua fisicità, rientri cioè nel concetto di "cosa": la particolarità della fattispecie, infatti, è che l'oggetto della coercizione reale non è un'entità del mondo fisico suscettibile di apprensione, possesso e custodia, bensì identificabile in un prodotto del pensiero umano che circola liberamente nella rete telematica in forma dematerializzata e che pertanto può essere assoggettato a sequestro preventivo solo mediante un intervento, a contenuto inevitabilmente inibitorio, sul prestatore di servizio affinché impedisca l'accesso al sito o alla singola pagina ovvero disponga il blocco o la cancellazione del *file* incriminato.

Al riguardo, il supremo collegio sottolinea che, mentre “...*Internet non è un luogo, né uno spazio, ma semplicemente una metodologia di comunicazione ipertestuale che consente l'accesso a qualsiasi contenuto digitale posto su sistemi informatici connessi alla rete...*”, la dimensione fisica delle informazioni reperibili attraverso la rete telematica consiste nella struttura di ciascun file e si radica spazialmente nel computer, al cui interno il documento è materialmente memorizzato: “...*i documenti reperibili in rete non sono altro che files (registrazioni magnetiche o ottiche di bytes) registrati all'interno dei servers degli Internet Service Providers ovvero sugli elaboratori degli utenti, utilizzando un sia pure infinitesimale spazio fisico. Il dato informatico, quindi, è incorporato sempre in un supporto fisico, anche se la sua fruizione attraverso la rete fa perdere di vista la sua fisicità...*”.

Le Sezioni Unite osservano ancora che, a seguito dell'entrata in vigore della legge 18 marzo 2008, n. 48, di ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità

informatica, stipulata a Budapest il 23 novembre 2001, il dato informatico è esplicitamente equiparato al concetto di "cosa", che dunque, se pertinente al reato, ben può essere oggetto di sequestro.

Anche le modifiche apportate al codice penale e a quello di procedura penale, apportate dalla L. n. 48 del 2008 di esecuzione della detta Convenzione, confermano l'assimilazione del dato informatico alle "cose".

In particolare, la modifica dell'art. 254 del codice di rito rende palese che il dato informatico in sé, in quanto normativamente equiparato a una "cosa", può essere oggetto di sequestro: è ben vero che tali modifiche interessano il sequestro probatorio, ma è altrettanto indiscutibile che se anche quest'ultimo si distingue da quello preventivo per le diverse finalità, entrambi hanno in comune la caratteristica fondamentale di scongiurare una indiscriminata utilizzabilità della *res* che ne forma oggetto, sottraendola alla disponibilità materiale e/o giuridica del proprietario, possessore o detentore; di modo che le considerazioni in ordine all'equiparazione normativa del dato informatico alla *res* devono essere estese al sequestro preventivo avente ad oggetto dati informatici, non essendo concepibile sul piano logico una differenziata valutazione al riguardo, posto che la stessa attiene al medesimo oggetto del vincolo d'indisponibilità.

Al culmine del percorso argomentativo, le sezioni unite dichiarano allora che le particolari modalità del “sequestro informatico” – ossia l'imposizione a terzi di un obbligo di impedimento all'accesso al sito – rispettano i principi di legalità e proporzionalità.

Il richiamo è alle disposizioni contenute nel decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, che, in attuazione della Direttiva n. 2000/31/CE, ha regolamentato taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico: come già correttamente rilevato (in tema di copyright) da Sez. III, 29 luglio 2009, n. 49437, Sunde Kolmisoppi, Rv. 245937, la lettura congiunta e coordinata delle disposizioni contenute nel d. lgs. n. 70 del 2003 consente di affermare che quanto in esse previsto delinea una vera e propria inibitoria, posto che il meccanismo processuale, attraverso il quale si consegue l'obiettivo di paralizzare la

protrazione delle conseguenze dannose del reato o il rischio di reiterazione dell'attività criminosa, implica, a seguito del sequestro preventivo con cui s'impone al fornitore dei servizi telematici di bloccare l'accesso degli utenti alle risorse elettroniche incriminate, l'intervento tecnico di tale fornitore, che deve rendere, operando in modo consequenziale, concretamente indisponibili tali risorse.

Conclusivamente - affermano le sezioni unite – “... *nell'ambito del mondo digitale, il sequestro preventivo, ove ne ricorrano i presupposti, investe direttamente la disponibilità delle risorse telematiche o informatiche d'interesse, equiparate normativamente a "cose", e ridonda, solo come conseguenza, anche in inibizione di attività, per garantire concreta incisività alla misura...*”.

L'approdo raggiunto dal supremo consesso – ed in particolare il richiamo al rispetto del principio di proporzionalità – suggerisce un confronto con la giurisprudenza comunitaria che, chiamata ovviamente a pronunciarsi in un ambito diverso quale quello della possibile violazione dei principi eurounitari per effetto di misure procedurali interne volte a tutelare il diritto d'autore, ha più volte ribadito che le modalità delle ingiunzioni sono stabilite dal diritto nazionale e sono compatibili con il diritto dell'Unione laddove ne rispettivo le limitazioni ed in particolare il divieto imposto dalla direttiva sul commercio elettronico alle autorità nazionali di adottare misure che obblighino un fornitore di accesso ad Internet a procedere ad una sorveglianza generalizzata sulle informazioni che esso trasmette sulla propria rete (Corte Giustizia UE, sentenza 24 novembre 2011, *Scarlett Extended*, C-70/10); con la conseguenza che ad un fornitore di accesso a Internet può essere ordinato, con un'ingiunzione pronunciata da un giudice, di bloccare l'accesso dei suoi abbonati ad un sito web che viola il diritto d'autore, qualora tale ingiunzione non specifichi quali misure tale fornitore d'accesso deve adottare e quest'ultimo possa evitare sanzioni per la violazione di tale ingiunzione dimostrando di avere adottato tutte le misure ragionevoli, a condizione tuttavia che, da un lato, le misure adottate non privino inutilmente gli utenti di Internet della possibilità di accedere in modo lecito alle informazioni disponibili e, dall'altro, che tali misure abbiano l'effetto di impedire o, almeno, di rendere difficilmente realizzabili le consultazioni non autorizzate dei materiali protetti e di scoraggiare seriamente gli utenti

di Internet che ricorrono ai servizi del destinatario di questa stessa ingiunzione dal consultare tali materiali messi a loro disposizione in violazione del diritto di proprietà intellettuale, circostanza che spetta alle autorità e ai giudici nazionali verificare (Corte di Giustizia UE, sentenza 27 marzo 2014, UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH e Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, C-314/12).

In entrambi i casi, il giudice europeo ha rigettato le argomentazioni del “provider”, affermando che, per eseguire il blocco, non è necessario ci sia un rapporto particolare tra il soggetto che commette la violazione (nella fattispecie, del diritto d'autore) e l'intermediario nei confronti del quale può essere emessa un'ingiunzione e che non è necessario neppure dimostrare che gli abbonati del fornitore d'accesso consultino effettivamente i materiali protetti accessibili sul sito Internet del terzo.

3. Il sequestro della testata giornalistica telematica.

Risolto il primo interrogativo, le sezioni unite decidono sull'ammissibilità o meno del sequestro preventivo di una testata giornalistica *on line* regolarmente registrata o di una determinata pagina *web* di detta testata, giungendo ad affermare che *“la testata giornalistica telematica, in quanto assimilabile funzionalmente a quella tradizionale, rientra nel concetto ampio di stampa e soggiace alla normativa, di rango costituzionale e di livello ordinario, che disciplina l'attività d'informazione professionale diretta al pubblico”* e che, di conseguenza, *“il giornale on line, al pari di quello cartaceo, non può essere oggetto di sequestro preventivo, eccettuati i casi tassativamente previsti dalla legge, tra i quali non è compreso il reato di diffamazione a mezzo stampa”*.

L'arresto delle sezioni unite supera, dunque, con decisione il tradizionale orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui le garanzie costituzionali in tema di sequestro preventivo della stampa non sono estensibili alle manifestazioni del pensiero destinate ad essere trasmesse in via telematica, poiché il termine “stampa” sarebbe stato assunto dalla norma costituzionale in una precisa accezione tecnica riferita alla sola “carta stampata”.

L'indirizzo preesistente infatti – espresso in Sez. V, 5 novembre 2013, n. 10594/2014, Montanari, Rv. 259887 – fondava il proprio convincimento sul presupposto della non

assimilabilità dei siti web alla stampa tradizionale: si sosteneva in particolare che gli spazi comunicativi sul web non godono della speciale protezione prevista per la libertà di stampa, ma rientrano nella sfera di espansione della libera manifestazione del pensiero, categoria più ampia e meno efficacemente tutelata rispetto alla specifica manifestazione che si estrinseca, appunto, con la parola stampata; di conseguenza, veniva automaticamente esclusa l'applicazione della tutela costituzionale non solo nei confronti dei blog, mailing list, chat, newsletter, e-mail, newsgroup (dove la pacifica sequestrabilità dei predetti "siti"), ma anche per la versione on line della carta stampata, stante appunto l'accezione squisitamente tecnica del lemma "stampa" (cfr. Sez. V, 7 dicembre 2007, n. 7319/2008, Longhini, Rv. 239103); d'altra parte – si sosteneva – se è innegabile una "situazione di tensione" con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., a ben vedere una differenza (sostanziale e non solo formale) tra stampa e informatica è individuale nella cd. "eternità mediatica", nel senso che diversamente di quanto avviene per una notizia diffusa attraverso la "carta stampata", la notizia immessa in rete, rimane fruibile a tempo indeterminato (finché non sia rimossa, ammesso che lo sia) e per un numero indeterminato di fruitori, sicché la distinzione (e l'esclusione del mondo del web dalle tutele riservate alla stampa) non sarebbe dunque ne' irragionevole, ne' iniqua; con la conseguente impossibilità, ad esempio, di configurare la responsabilità del direttore di un giornale telematico, ex art. 57 c.p., per omesso controllo sui contenuti pubblicati.

Le Sezioni Unite superano – come anticipato – tale posizione interpretativa, procedendo all'ampliamento del perimetro del significato attribuito al termine "stampa" dall'art. 1 della legge n. 47 del 1948: una disposizione che, nel considerare stampe o stampati "tutte le riproduzioni tipografiche o comunque ottenute con mezzi meccanici o fisico-chimici, in qualsiasi modo destinate alla pubblicazione", tradisce una lettura ancorata alle tecnologie dell'epoca che tuttavia non impedisce di accreditare, tenuto conto dei notevoli progressi verificatisi nel settore, una lettura estensiva del termine ma coerente con il suo significato e con il dettato costituzionale.

Infatti, se è vero che le due condizioni ritenute essenziali ai fini della sussistenza del



prodotto “stampa”, per come definito dalla legge n. 47 del 1948, sono individuabili nell’attività di riproduzione e nella destinazione alla pubblicazione, tali attività sono perfettamente rintracciabili anche nella testata giornalistica telematica, nella misura in cui la produzione di un testo su internet è funzionale alla possibilità di “riprodurne” e leggerne il contenuto sul computer o altro strumento di connessione in uso all’utente, mentre la nozione di “pubblicazione” ben può riconnettersi alla immissione dell’informazione giornalistica in rete e alla evidente volontà di diffusione di una notizia che, per la forma e natura stessa delle immissioni, diventa fruibile da parte di un numero indeterminato di utenti.

Le caratteristiche proprie della testata giornalistica telematica - in quanto assolutamente riprodotte della omologa testata tradizionale e, di converso, assenti in altri prodotti di manifestazioni del pensiero divulgati nella Rete - giustificano le garanzie che la carta costituzionale riserva alla stampa.

La Corte evidenzia infatti che un quotidiano o un periodico telematico - in quanto strutturato come un vero e proprio giornale tradizionale, registrato presso il Tribunale del luogo in cui ha sede la redazione, con una sua organizzazione redazionale e un direttore responsabile iscritto all’Albo dei giornalisti (spesso coincidenti con quelli della pubblicazione cartacea), con una diffusione regolare, un *hosting provider* che funge da stampatore, e un editore registrato presso il Registro unico degli operatori di comunicazione (ROC) - non può certo paragonarsi a uno qualunque dei siti *web* in cui chiunque può inserire dei contenuti, assumendo al contrario una connotazione del tutto coincidente, sul piano funzionale, con quella di un giornale stampato in maniera tradizionale.

Ne deriva – quale punto di arrivo del percorso interpretativo del consesso nomofilattico – che sarebbe del tutto irragionevole ritenere che il giornale “on line” non soggiaccia alla stessa disciplina e alle stesse garanzie previste per la stampa cartacea, per il solo fatto che la tecnica di diffusione al pubblico sia diversa dalla riproduzione tipografica o ottenuta con mezzi meccanici o fisico-chimici: una conclusione – questa – difficilmente infine conciliabile con quanto ritenuto dalle Corti sovranazionali che, in



numerose pronunce, considerano dato acquisito l'equiparazione tra giornale cartaceo e giornale on-line (Corte EDU, 16/07/2013, Wegrzynowski e Smolczewsky c. Polonia; Corte Giustizia, 25/10/2011, Martinez c. Società MGIM Limited; Corte Giustizia, 25/10/2011, Date Advertising c. X).

Una tale piena equiparazione tra la stampa telematica e quella cartacea non può che condurre, dunque, al riconoscere che anche la testata telematica, o la singola pagina web che di essa faccia parte, non può essere assoggettata a sequestro preventivo, se non nei casi eccezionali espressamente previsti dalla legge (violazione delle norme sulla registrazione delle pubblicazioni periodiche e sull'indicazione dei responsabili, ai sensi della legge n. 47 del 1948, artt. 3 e 16; stampati osceni o offensivi della pubblica decenza ovvero divulganti mezzi atti a procurare l'aborto, ex R.D.Lgs. n. 561 del 1946, art. 2; stampa periodica che faccia apologia del fascismo, ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, art. 8; violazione delle norme a protezione del diritto d'autore, secondo quanto previsto dalla legge 22 aprile 1941, n. 633, art. 161); una garanzia cui fa da contraltare la sottoposizione del giornale telematico alle norme che disciplinano la responsabilità per i reati commessi a mezzo stampa, laddove la responsabilità penale grava non solo sull'autore dell'articolo incriminato ma anche sul direttore o vice-direttore responsabile, il quale risponde per fatto proprio a titolo di culpa in vigilando, ai sensi dell'art. 57 cod. pen., per come sostituito dalla L. 4 marzo 1958, n. 127, art. 1.



SEZIONE V

IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

INAMMISSIBILITA' DELLE IMPUGNAZIONI E PRESCRIZIONE

(FRANCESCA COSTANTINI)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. 2. Il rapporto tra inammissibilità dell'impugnazione e cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni unite. 3. La sentenza delle Sezioni unite Bracale. 4. Gli adesivi intervenuti delle Sezioni semplici. 5. Il nuovo orientamento che ammette la rilevanza della prescrizione maturata prima della sentenza di appello. 6. La decisione delle Sezioni unite.

1. La questione controversa.

Con ordinanza del **18 giugno 2015, n. 28790**, la Sezione seconda della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni unite la questione volta a stabilire se la Corte di cassazione, adita con ricorso inammissibile, possa dichiarare la prescrizione del reato intervenuta prima della sentenza di appello, ma non rilevata né eccepita dalla parte in quella sede o nei motivi di ricorso.

Il tema attiene, dunque, all'individuazione dell'ambito di cognizione rimesso al giudice dell'impugnazione inammissibile ed in particolare ai rapporti tra inammissibilità dell'impugnazione per manifesta infondatezza dei motivi e cause di non punibilità quali delineate dall'art. 129 cod. proc. pen., con specifico riferimento alla prescrizione del reato maturata prima della sentenza di appello ma non rilevata né eccepita in quella sede o nei motivi di ricorso.

Come segnalato nell'ordinanza di rimessione, benché lo specifico quesito avesse già formato oggetto di esame da parte del Supremo consesso, che si era pronunciato in merito con la sentenza Sez. un., 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, Rv. 231164, si registrava nella più recente giurisprudenza di legittimità un conflitto interpretativo in considerazione delle riflessioni sviluppate in alcune pronunce delle Sezioni ordinarie

giunte ad elaborare sul tema una nuova ricostruzione ermeneutica volta ad offrire una soluzione antitetica a quella sviluppata sentenza “Bracale”.

2. Il rapporto tra inammissibilità dell’impugnazione e cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni unite.

Come segnalato, sulla questione esaminata già si era avuto in passato un intervento delle Sezioni unite che, con la sentenza del 22 marzo 2005, n. 23428, Bracale, Rv. 231164, avevano affermato il principio secondo il quale la presentazione di un ricorso invalido non consente di rilevare la prescrizione nemmeno qualora questa sia maturata prima della sentenza di appello. Tale affermazione costituisce l’epilogo di un lungo percorso seguito dalla giurisprudenza delle Sezioni unite, a partire dagli anni novanta, in ordine alla problematica relativa ai rapporti tra cause di inammissibilità dell’impugnazione e cause di non punibilità che ha determinato una progressiva erosione degli spazi riservati all’operatività dell’art. 129 cod. proc. pen. e all’esito del quale risulta definitivamente riconosciuta l’efficacia preclusiva dell’inammissibilità con la conseguente impossibilità per il giudice di dichiarare eventuali cause di non punibilità.

Appare, dunque, opportuno delineare sinteticamente l’elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi sul tema, con specifico riferimento alla distinzione tra cause di inammissibilità originarie dell’impugnazione - tali da inficiare *ab origine* l’atto di impugnazione, non idoneo ad instaurare un valido rapporto processuale e consentire la declaratoria di cause di estinzione del reato - e cause di inammissibilità sopravvenute, alle quali invece non si ricollegano tali effetti preclusivi. I ripetuti interventi delle Sezioni unite sul tema hanno, infatti, determinato un progressivo affinamento della indicata dicotomia, al quale ha fatto riscontro una graduale dilatazione dell’insieme delle cause originarie di inammissibilità, con la corrispondente contrazione della contrapposta area di inammissibilità, fino appunto ad affermare il definitivo abbandono della distinzione.

Con una prima pronuncia, Sez. un., 11 novembre 1994, n. 21/95, Cresci, Rv. 199903, il Supremo consesso, aveva riproposto la persistente attualità della distinzione inammissibilità originaria/sopravvenuta, sulla falsariga dell’esperienza maturata nel

vigore dell'abrogato codice di rito.

Conseguentemente, riconducendosi la manifesta infondatezza del ricorso nell'alveo delle cause di inammissibilità sopravvenuta, in considerazione della approfondita attività cognitiva occorrente per rilevarla, essa veniva ritenuta priva di effetti preclusivi e tale da consentire l'operatività alla disposizione dell'art. 129 cod. proc. pen.

In considerazione delle critiche mosse alla delineata impostazione, proprio con riferimento alla ritenuta prevalenza delle cause di non punibilità sulla manifesta infondatezza del ricorso, per il timore che ciò potesse incentivare la proposizione di ricorsi pretestuosi volti ad allungare i tempi del processo al fine di beneficiare della prescrizione del reato maturata successivamente alla sentenza impugnata, la successiva sentenza Sez. un. 30 giugno 1999, n.15, Piepoli, Rv. 213981, aveva ridefinito il confine tra le due sfere di inammissibilità ed ampliato la platea delle ipotesi di inammissibilità originaria.

La manifesta infondatezza dei motivi di gravame veniva, tuttavia, ancora qualificata come una causa peculiare di inammissibilità a fronte della quale il giudice aveva ancora il potere di rilevare e dichiarare eventuali cause di non punibilità.

Il definitivo superamento della distinzione tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute si è avuto soltanto con la sentenza Sez. un., 22 novembre 2000, n. 32, De Luca, Rv. 217266, che, affrontando la specifica questione dei rapporti tra inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza e prescrizione del reato maturata successivamente alla scadenza del termine per la proposizione del ricorso, ha ricostruito l'inammissibilità dell'impugnazione come categoria unitaria, escludendo ogni rilevanza delle modalità di rilevazione della stessa per stabilire che la manifesta infondatezza, sul piano della struttura e della funzione, deve essere assimilata alle altre ipotesi d'inammissibilità intrinseche al ricorso la cui metodica di accertamento non può comunque influire sulla natura, anche in questo caso meramente dichiarativa, della relativa decisione giudiziale.

Le Sezioni unite sono così giunte ad affermare l'insussistenza di un potere-dovere incondizionato del giudice di dichiarare le cause di non punibilità fino a quando la sentenza non sia divenuta irrevocabile e, dunque, l'insussistenza di un diritto - interesse

dell'imputato ricorrente a fare valere la prescrizione maturata in ogni caso dopo la pronuncia della sentenza impugnata. L'accertamento sommario che conduce all'inammissibilità per manifesta infondatezza produrrebbe, infatti, effetti di stretto diritto processuale consistenti nel precludere l'accesso al rapporto di impugnazione al fine di evitare che tale rapporto venga utilizzato come strumento, non soltanto, per procrastinare la formazione del titolo esecutivo ma, anche, per conseguire effetti di favore di ordine sostanziale in presenza di un gravame soltanto apparente.

3. La sentenza “Bracale”.

In tale contesto interpretativo si è posta la citata sentenza Bracale, con la quale il Supremo consesso, interrogato nuovamente sui rapporti tra inammissibilità dell'impugnazione e applicazione delle cause di non punibilità, dopo aver ripercorso ed illustrato i progressivi approdi ermeneutici raggiunti in materia, ha affermato il principio in base al quale l'inammissibilità del ricorso per cassazione perché contrassegnato da uno dei vizi indicati dalla legge (art. 591, comma 1, e art. 606, comma 3) non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude, pertanto, la possibilità sia di far valere una causa di non punibilità precedentemente maturata sia di rilevarla di ufficio.

Ad avviso della Corte, infatti, proprio le linee ermeneutiche tracciate dalle precedenti decisioni condurrebbero alla conclusione che l'intervenuta formazione del giudicato sostanziale derivante dalla proposizione di un atto di impugnazione invalido perché contrassegnato da uno dei vizi indicati dalla legge (si segnala quale unica eccezione quella della rinuncia all'impugnazione) precluda ogni possibilità sia di far valere sia di rilevare di ufficio una causa di non punibilità precedentemente maturata.

In altri termini, la conclusione è nel senso che la manifesta infondatezza resta definita sulla base di una cognizione sommaria con effetti di stretto diritto processuale consistenti nel precludere l'accesso al rapporto di impugnazione. Infatti, l'intrinseca incapacità dell'atto invalido di accedere davanti al giudice dell'impugnazione viene a tradursi in una vera e propria *absolutio ab instantia* derivante da precise sequenze procedurali che siano in grado di assegnare alle cause estintive già maturate una loro

effettività sul piano giuridico, divenendo altrimenti fatti storicamente verificatisi ma giuridicamente indifferenti per essersi già formato il giudicato sostanziale.

Ciò posto, ad avviso delle Sezioni unite, restano comunque ravvisabili nell'ordinamento dei casi di prevalenza dell'art. 129 cod. proc. pen. che vengono però circoscritti alle ipotesi della *abolitio criminis*, della dichiarazione di incostituzionalità della norma sostanziale applicata e della morte del reo. Ciò in quanto l'eccezionale possibilità di incidere *in executivis* sul provvedimento contrassegnato dalla formazione del giudicato formale parrebbe comportare che a tanto possa provvedere il giudice dell'impugnazione inammissibile – indipendentemente dalla procedura concretamente seguita – a meno che il decorso del termine, derivante dalla mancata proposizione del gravame abbia già trasformato il giudicato sostanziale in giudicato formale.

L'unica ipotesi di cognizione da parte del giudice dell'impugnazione inammissibile rimarrebbe, allora, quella relativa all'accertamento *dell'abolitio criminis* o della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice formante oggetto dell'imputazione e desumibile dall'eccezionale possibilità di incidere *in executivis* sul provvedimento contrassegnato dalla formazione del giudicato formale; così come nell'ipotesi in cui debba essere dichiarata l'estinzione del reato per morte del reo a norma dell'art. 150 cod. pen., sempre salvo il caso di proposizione tardiva del gravame. Una precisazione, ad avviso della Corte, senza dubbio dettata da esigenze di tipo prasseologico, ma da ricollegare direttamente al principio della ragionevole durata del processo, di cui all'art. 111, secondo comma, della Costituzione, solo apparentemente formulata *obiter* perché delinea un sistema che, mentre, per un verso, consente all'impugnazione inammissibile di confrontarsi con cause di non punibilità rigorosamente delimitate, come la remissione della querela, secondo un modello del tutto peculiare rispetto alle altre cause di non punibilità, per un altro verso, ribadisce la natura dirimente della inammissibilità contrassegnata dalla inosservanza del termine per impugnare destinata comunque a prevalere, non soltanto sulle ipotesi di *abolitio criminis* e di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma oggetto dell'imputazione, ma anche - ovviamente - sulle altre ipotesi di inammissibilità del ricorso per cassazione

contemplate sia dall'art. 591 sia dall'art. 606, comma 3, cod. proc. pen.

Le affermazioni formulate dalle Sezioni unite nella sentenza Bracale appaiono oggi di particolare rilievo essendosi con esse, a conclusione dell'*iter* esegetico intrapreso dalla giurisprudenza di legittimità fin dagli anni 90, delineato in via definitiva lo spazio di intervento riconosciuto al giudice dell'impugnazione inammissibile (per avvenuta formazione del giudicato solo sostanziale ma non formale), ricostruendolo e, al contempo, delimitandolo in relazione al corrispondente ambito decisionale attribuito al giudice dell'esecuzione.

4. Gli adesivi interventi delle Sezioni semplici.

I principi affermati dalle Sezioni unite sono stati successivamente richiamati e ribaditi da alcuni arresti delle Sezioni semplici.

Si è così rimarcato che l'inammissibilità originaria del ricorso per cassazione preclude ogni possibilità sia di far valere sia di rilevare d'ufficio, ex art. 129 cod. proc. pen., l'estinzione del reato per prescrizione anche se maturata in data anteriore alla pronuncia della sentenza di appello ma non dedotta né rilevata nel giudizio di merito.

Occorre in primo luogo segnalare, Sez. I, 4 giugno 2008, n. 24688, Rayyan, Rv. 240594, in cui, trattandosi di fattispecie relativa a ricorso presentato proprio al fine di far valere la prescrizione, la Corte ha affermato che l'impugnazione in quanto priva di qualsiasi doglianza relativa alla sentenza e quindi meramente apparente, si appalesa inidonea ad instaurare il rapporto di impugnazione e viola, comunque, anche il criterio della specificità dei motivi enunciato dall'art. 581 cod. proc. pen., lett. c), esulando dai casi in relazione ai quali può essere proposto a norma dell'art. 606 cod. proc. pen. In tale situazione non può dichiararsi la estinzione del reato per prescrizione neppure se fosse maturata in data anteriore alla pronuncia della sentenza di appello, non essendo stata dedotta né rilevata nel giudizio di merito.

Nel medesimo solco interpretativo si è posta Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 42839, Imperato, Rv. 244999, in cui si rileva che la manifesta infondatezza si risolve in una inammissibilità intrinseca del ricorso che determina la mera apparenza dell'atto di

impugnazione, come tale ostativa al formarsi di un rapporto processuale: carenza, questa, che, sulla base della avvenuta formazione di un giudicato sostanziale, determina l'impossibilità di prendere in considerazione il motivo, anche se unico, poggiante sulla intervenuta prescrizione del reato, tanto quando sia maturata nelle *more* tra il giudizio di appello e il ricorso per cassazione, quanto se si sia verificata prima della sentenza di merito.

In epoca più recente vengono, infine, in rilievo Sez. I, 20 gennaio 2014, n. 6693, Cappello, Rv. 259205 e Sez. VI, 14 marzo 2014, n. 25807, Rizzo ed altro, Rv. 259202, nelle quali, attraverso ampi richiami al percorso ermeneutico delle Sezioni unite, è stata ribadita l'esclusione di ogni potere di intervento del giudice a fronte di un ricorso inammissibile. Le ragioni dell'orientamento in disamina, pertanto, si rinvencono espressamente nella stratificata elaborazione della giurisprudenza delle Sezioni unite, relativa all'efficacia preclusiva dell'inammissibilità del ricorso che impedisce l'instaurarsi di un valido rapporto processuale e, pertanto, determinando il formarsi del giudicato sostanziale, nega la rilevabilità della prescrizione.

5. Il nuovo orientamento che ammette la rilevabilità della prescrizione maturata prima della sentenza di appello.

A fronte dell'orientamento sopra delineato, negli ultimi anni si è andato affermando e sempre più consolidando un diffuso indirizzo esegetico.

Possono ricondursi a tale orientamento numerose pronunce che, pur sviluppandosi su distinte linee interpretative, sostanzialmente ammettono il superamento dell'effetto preclusivo del ricorso inammissibile ai fini della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione intervenuta prima della sentenza di appello.

Tale soluzione interpretativa si è sviluppata a partire da alcune pronunce che inizialmente avevano affermato l'ammissibilità del ricorso per cassazione diretto a far valere unicamente la prescrizione maturata prima della sentenza di appello e ritualmente eccepita dalla difesa, ritenendosi che, in tal caso, il giudice di merito, indipendentemente dalla predetta eccezione della parte, ha l'obbligo di rilevare d'ufficio l'estinzione del reato

per prescrizione, con la conseguenza che l'omessa declaratoria della predetta causa estintiva determinerebbe, ove non se ne consentisse l'eccepibilità in sede di legittimità, l'assoggettamento dell'imputato alla condanna e alla correlativa esecuzione di pena, laddove in presenza della medesima situazione di fatto e di diritto, l'immediata dichiarazione dell'estinzione del reato comporterebbe che altro imputato si avvalga della prescrizione, con conseguente disparità di trattamento, in violazione del principio costituzionale di uguaglianza. Il ricorso così strutturato, dunque, non potrebbe ritenersi inammissibile in quanto volto a far valere una violazione di legge *ex art. 606 lett. b) cod. proc. pen.*, per l'omessa dichiarazione d'ufficio della estinzione del reato per prescrizione, dal momento che l'art. 129 cod. proc. pen., ben più che un potere, come recita la rubrica, impone al giudice un obbligo che il giudice di merito è tenuto ad adempiere.

Tanto più che, nell'ipotesi di omessa applicazione da parte del giudice di merito del disposto di cui all'art. 129 cod. proc. pen., comma 1, pur ricorrendone i presupposti, l'imputato acquisterebbe contezza di tale omissione solo a seguito della sentenza pronunciata, sì da non poter dedurre tale violazione di legge se non con il ricorso per cassazione. Conclusivamente, secondo tale orientamento, i su esposti principi elaborati dalla giurisprudenza delle Sezioni unite non sarebbero applicabili al caso di specie ove la causa estintiva interviene prima della sentenza di secondo grado e con il ricorso per Cassazione si contesta in radice la sentenza stessa (doveva essere emessa una declaratoria di non doversi procedere, è stata, invece, emanata, in violazione di legge, una sentenza di condanna con irrogazione della pena di tal ché non può, in alcun modo, ritenersi che in ordine a quella sentenza fondatamente impugnata si sia formato il cd. "giudicato sostanziale" (Sez. III, 30 gennaio 2014, n.11103, Colosso, Rv. 258733; Sez. IV, 6 novembre 2012, n. 49817, Cursio ed altri, Rv. 254092; Sez. IV, 21 marzo 2012, n. 11739, Mazzaro, Rv. 252319; Sez. IV, 16 novembre 2011, n. 595/12, Rimauro, Rv. 252666; Sez. V, 11 luglio 2011, n. 47024, Varone, Rv. 251209; Sez. IV, 15 gennaio 2009, n. 6835, Casadei, Rv. 243649; Sez. II, 7 luglio 2009, n. 38704, Ioime, Rv. 244809).

L'ambito di applicazione di tale principio è stato poi ampliato in altre pronunce ed esteso alle diverse ipotesi in cui la prescrizione non solo non sia stata rilevata dal giudice

di merito ma non sia stata neppure dedotta dalla difesa dell'imputato né in sede di gravame né con il ricorso in cassazione. In relazione a tali ipotesi, nell'ambito della medesima prospettiva esegetica volta ad ammettere la rilevabilità di ufficio della prescrizione da parte del giudice di legittimità pur a fronte dell'inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza, si sono affermate due linee interpretative.

Secondo una prima serie di pronunce, nelle fattispecie in esame deve ammettersi, incondizionatamente, l'applicabilità dell'art. 129 cod. proc. pen. e, dunque, la rilevabilità di ufficio della maturata prescrizione. In tali arresti non si ignora il contrapposto indirizzo formatosi sull'insegnamento delle Sezioni unite Bracale, prendendosi anzi spunto proprio da quanto affermato in tale approdo dal Supremo consesso per giungere ad affermare la rilevabilità della causa estintiva in esame. Secondo questo avviso giurisprudenziale è infatti possibile assimilare il caso della prescrizione maturata prima della conclusione della fase di merito alle altre specifiche ipotesi in cui le stesse Sezioni unite hanno ammesso che si possa superare l'efficacia preclusiva del ricorso inammissibile, conservando il giudice il potere/dovere di rendere una pronuncia che non sia solo meramente enunciativa della predetta inammissibilità. In tale prospettiva, allora, l'interpretazione propugnata non si porrebbe del tutto in contrasto con la linea ermeneutica segnata dalle Sezioni unite che richiama proprio l'esistenza di tale gruppo di ipotesi costituenti eccezione alla regola, in quanto implicanti la conservazione di un potere/dovere di cognizione da parte del giudice dell'impugnazione inammissibile. A tali fattispecie si potrebbe allora assimilare anche quella della prescrizione maturata prima della sentenza di appello ed ivi non rilevata né dedotta. Militerebbero in tal senso proprio la funzione e la stessa *ratio* dell'istituto della prescrizione. Si sostiene, infatti, che con il decorso del tempo viene meno l'interesse dello Stato ad esercitare la pretesa punitiva, senza che vi sia un apprezzamento in concreto del giudicante, ma sulla base di un automatico meccanismo presuntivo in forza del quale il trascorrere del tempo comporta l'estinzione del reato. La prescrizione, inoltre, avrebbe anche un suo fondamento costituzionale costituendo una garanzia personale per l'individuo che non può essere esposto, al di là di ragionevoli limiti temporali, al rischio di essere penalmente punito per

fatti commessi in epoca risalente. La prescrizione, dunque, come evento giuridico conseguente a un evento naturale quale il trascorrere del tempo dovrebbe operare per il solo fatto di essersi verificata. Apparirebbe, altresì, lesivo del principio costituzionale di eguaglianza il fatto che, pur in presenza della medesima situazione di fatto e di diritto, in un caso - quando la parte la eccepisca o il giudice la rilevi - l'imputato si avvalga della estinzione del reato, nell'altro - quando tale fatto "sfugga" tanto alla parte, quanto al giudice - lo stesso debba andare incontro a una condanna e alla esecuzione di una pena. Tale disparità di trattamento non apparirebbe minimamente giustificabile in quanto riconducibile a un (grave) *error iudicis*.

Esisterebbe allora, una sostanziale differenza tra la prescrizione maturata prima della sentenza di appello, da un lato, e quella maturata dopo di essa o, addirittura, dopo la proposizione del ricorso per cassazione, dall'altro. La prima, infatti, in quanto venuta ad esistenza anteriormente alla conclusione della fase di merito, imporrebbe al giudice di rilevarla in ossequio a quel meccanismo automatico previsto dal legislatore che postula per il giudice di merito un mero atto di ricognizione, colpevolmente omesso, mentre negli altri due casi la prescrizione del reato potrebbe avere rilievo solo a seguito della instaurazione del rapporto processuale di impugnazione che in caso di ricorso affetto da inammissibilità originaria non si verifica, precludendo la dichiarazione della causa estintiva. Nell'ultimo anno in tal senso si sono pronunciate, **Sez. IV, 17 aprile 2015, n. 27160, Fiandaca, Rv. 264100; Sez. V, 15 gennaio 2015, n. 10409 Romano, Rv. 263889; Sez. III, 30 ottobre 2014, n. 2001/2015, Fasciana, Rv. 262014** nonché, in precedenza, Sez. III, del 6 novembre 2014, n. 52031, Rahman, Rv. 261709; Sez. III, 22 maggio 2013, n. 46969, R., Rv. 257868; Sez. V, 17 settembre 2012 n. 42950, Xhini, Rv. 254633; Sez. II, 7 luglio 2009, n. 38704, Ioime, Rv. 244809.

Secondo altro orientamento, che si inserisce nel medesimo solco interpretativo, ma con una ulteriore specificazione, deve ammettersi la rilevabilità d'ufficio della prescrizione del reato maturata prima della pronuncia della sentenza impugnata e non rilevata dal giudice d'appello, pur se non dedotta con il ricorso per cassazione e nonostante l'inammissibilità di quest'ultimo, ma solo se, a tal fine, non occorre alcuna

attività di apprezzamento delle prove finalizzata all'individuazione di un *dies a quo* diverso da quello indicato nell'imputazione contestata e ritenuto nella sentenza di primo grado, essendo tale attività estranea ai compiti istituzionali della Corte di cassazione.

In proposito si osserva infatti che la causa estintiva della prescrizione è rilevabile ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen. in ogni stato e grado del procedimento, anche d'ufficio e rientra tra le questioni che, ai sensi dell'art. 609 cod. proc. pen. possono essere conosciute dalla Corte di legittimità anche se non dedotte con i motivi di appello. Tuttavia, il limite a tale riconosciuto potere di cognizione del giudice di legittimità, ogni volta che non ci siano altri motivi fondati per devolvere il procedimento alla cognizione della cassazione, è che la prescrizione sia maturata prima della decisione di secondo grado. Tale limite impedisce la proposizione di ricorsi strumentali inidonei a instaurare un valido ed ammissibile rapporto processuale al solo fine di lucrare l'estinzione per prescrizione in un momento successivo alla formazione sostanziale del giudicato. Alla Corte di legittimità è, infatti, devoluto il controllo sulle questioni rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo e, dunque, sulle eventuali omissioni in ordine alla declaratoria di estinzione per prescrizione ogni volta che ne ricorrano i presupposti e sempre che ciò non implichi accertamenti ed apprezzamenti in fatto nel contesto delle prove già raccolte, non devoluti ai giudici del merito ed esulanti dai poteri del giudice di legittimità (**Sez. V, 17 febbraio 2015, n. 26445, Barone, Rv. 264002; Sez. IV, 16 giugno 2015, n. 27019, Pejani, Rv. 263879; Sez. II, 21 gennaio 2015, n. 4986, Piccininni e altri, Rv. 262322; Sez. IV, 26 novembre 2014, n. 51766, Celotti, Rv. 261580; Sez. II, 15 maggio 2013, n. 34891, Vecchia, Rv. 256096; Sez. III, 30 gennaio 2014, n. 14438, Pinto, Rv. 259135; Sez. III, 21 marzo 2014, n. 15112, Bombara, Rv. 259185**).

6. La decisione delle Sezioni unite.

Con decisione assunta all'udienza del 17 dicembre 2015, le Sezioni unite hanno risolto il delineato contrasto interpretativo adottando una soluzione negativa.



La Corte ha, dunque, escluso che in caso di ricorso manifestamente infondato il giudice dell'inammissibilità possa rilevare d'ufficio la prescrizione anche se maturata prima della conclusione della fase di merito.

Occorrerà attendere il deposito della motivazione della sentenza per verificare se il Supremo consesso abbia adottato tale decisione prendendo le mosse proprio dall'impianto interpretativo così come elaborato dalla giurisprudenza di legittimità a seguito del superamento della dicotomia cause di inammissibilità originarie/sopravvenute, ponendosi in linea di continuità con la ricostruzione ermeneutica elaborata dalla sentenza Bracale ed escludendo, anche nel caso in esame, il superamento della preclusione processuale derivante dall'inammissibilità del gravame che, impedendo il passaggio del procedimento all'ulteriore grado di giudizio, inibisce la cognizione della questione e la rivisitazione del *decisum* per la formazione del cosiddetto "giudicato sostanziale".

Occorre, altresì, segnalare che, a fronte della adottata decisione, la Corte ha inteso fare chiarezza in ordine alla particolare e diversa ipotesi in cui l'intervenuta prescrizione del reato, maturata prima della sentenza di appello, sia stata dedotta - anche se quale unico motivo - nell'atto di impugnazione, escludendo in tal caso la inammissibilità del ricorso stesso.

Il Supremo consesso ha in tal modo sciolto il dubbio residuo a seguito della sentenza Bracale che aveva escluso la possibilità sia di far valere una causa di non punibilità precedentemente maturata sia di rilevarla di ufficio.

Risulta così avallato quell'orientamento delle Sezioni ordinarie, sopra esposto, che ha escluso che in tale ipotesi possa ritenersi formato il giudicato interno con conseguente inibizione dei poteri di cognizione del giudice di legittimità, in quanto il ricorso così strutturato non potrebbe ritenersi inammissibile, proprio perché volto a far valere una violazione di legge *ex art. 606 lett. b) cod. proc. pen.* per l'omessa dichiarazione da parte del giudice del merito della estinzione del reato per intervenuta prescrizione.



CAPITOLO II

IL RITO CAMERALE PER LA TRATTAZIONE IN SEDE DI LEGITTIMITÀ DEI RICORSI IN MATERIA DI SEQUESTRI

(LUIGI BARONE)

SOMMARIO: 1. La questione controversa rimessa alle Sezioni unite. - 2. L'orientamento delle Sezioni unite Serio e Lucchetta. - 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

1. La questione controversa rimessa alle Sezioni unite.

Nell'anno di riferimento le Sezioni unite, con sentenza del **17 dicembre 2015, n. 51207, Maresca ed altro, Rv. 265113**, sono intervenute affermando il principio secondo cui il procedimento in camera di consiglio innanzi alla Corte di cassazione avente ad oggetto i ricorsi ex art. 325 cod. proc. pen. in materia di sequestri deve svolgersi nelle forme del rito "non partecipato" previsto dall'art. 611 cod. proc. pen. e non in quelle di cui all'art. 127 cod. proc. pen., come invece sino a quel momento pacificamente ritenuto in sede di legittimità, dopo che le stesse Sezioni unite, nei primi anni di vita del nuovo codice, si erano occupate della questione con le pronunzie 26 aprile 1990, n. 4, Serio, Rv. 184622 e 6 novembre 1992/93, n. 14, Lucchetta, Rv. 192206.

Per inquadrare i termini della problematica occorre partire dal dato normativo di riferimento in ordine alla tipologia dei riti previsti per il giudizio in sede di legittimità e al regime di impugnabilità dei sequestri.

Relativamente al primo aspetto, l'art. 611 cod. proc. pen. stabilisce che il procedimento si svolge nelle forme del rito camerale, oltre che nei casi particolarmente previsti dalla legge (ad esempio, per la decisione su una correzione materiale o su questioni pregiudiziali proposte ex art. 3, comma 2, cod. proc. pen.), quando la Corte deve decidere su ogni ricorso contro provvedimenti non emessi nel dibattimento, fatta eccezione per le sentenze pronunciate a norma dell'art. 442 cod. proc. pen., all'esito di giudizio abbreviato. La procedura camerale è applicabile anche nel caso di ricorso presentato avverso la sentenza di patteggiamento, salvo che questa non sia stata emessa

dopo la chiusura del dibattimento di primo grado o nel giudizio di impugnazione, nel qual caso il ricorso va deciso in pubblica udienza.

Salvo che sia *diversamente stabilito*, la Corte, in deroga a quanto previsto dall'art. 127, cit., giudica sui motivi, sulle richieste del procuratore generale e sulle memorie delle altre parti senza intervento dei difensori.

In merito al secondo profilo, gli artt. 257 (in materia di sequestro probatorio) e 322 (in materia di sequestro preventivo) cod. proc. pen. riconoscono all'imputato (nonché al suo difensore nel caso dell'art. 322), alla persona alla quale le cose sono state sequestrate e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione di proporre richiesta di riesame, anche nel merito, a norma dell'art. 324.

Fuori dei casi previsti dall'art. 322, il pubblico ministero e gli altri soggetti suindicati possono proporre appello contro le ordinanze in materia di sequestro preventivo e contro il decreto di revoca del sequestro emesso dal pubblico ministero.

Analoga previsione non è prevista per il sequestro probatorio, per il quale il codice di rito si limita a disciplinare all'art. 263 il procedimento per la restituzione delle cose sequestrate, disponendo al comma 5 che, contro il decreto del pubblico ministero che dispone la restituzione o respinge la relativa richiesta, gli interessati possono proporre opposizione, sulla quale il giudice provvede con ordinanza, a norma dell'art. 127, la quale, ritiene la Suprema Corte, pur in assenza di una espressa previsione normativa in tal senso, è ricorribile per cassazione, (Sez. Un., 31 gennaio 2008, n. 7946, Eboli, Rv. 238507) e il relativo giudizio si celebra in camera di consiglio con le forme del rito non partecipato (Sez. un., 30 ottobre 2008, n. 9857/2009, Manesi, Rv. 242291).

Avverso, invece, le ordinanze emesse ai sensi degli artt. 322 bis e 324 cod. proc. pen., il legislatore ha espressamente previsto, all'art. 325 cod. proc. pen., la possibilità di proporre ricorso per cassazione, che la giurisprudenza, ormai consolidata, circoscrive al vizio di violazione di legge, comprendendo in tale nozione sia gli *errores in iudicando* o *in procedendo* sia quei vizi della motivazione così radicali da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento o del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e quindi inidoneo a rendere comprensibile

l'itinerario logico seguito dal giudice. Tale principio, enucleato già nel 2004 con una pronuncia a Sezioni unite (Sez. un, 28 gennaio 2004, n. 5876, Bevilacqua, Rv. 226710), è stato ulteriormente sviluppato e chiarito, ancora dalle Sezioni unite (29 maggio 2008, n. 25932, Ivanov, Rv. 239692), e successivamente ribadito in numerose pronunce delle sezioni semplici (*ex multis*, Sez. I, 31 gennaio 2012, n. 6821, Chiesi, Rv. 252430; Sez. V, 25 giugno 2010, n. 35532, Angelini, Rv. 248129).

Il quadro, così delineato, raffigura, dunque, in ordine alle impugnazioni in materia di sequestro probatorio una disciplina, solo in parte coincidente, a quella dettata per i sequestri preventivi, con una differente tipologia di strumenti a disposizione delle parti e dei soggetti comunque coinvolti dal provvedimento.

Il dato singolare è che, con riferimento ai ricorsi avverso i provvedimenti ex art. 263, comma 5, si perviene agevolmente, in assenza di una norma che stabilisca diversamente, alla conclusione secondo cui deve applicarsi il rito camerale "ordinario" ossia quello cartolare ex art. 611, cod. proc. pen.; nell'ipotesi invece dei ricorsi ex art. 325, cod. proc. pen. il dettato normativo da adito ad incertezze interpretative per via del richiamo, soltanto parziale, alle disposizioni dettate dai commi 3 e 4 dell'art. 311 cod. proc. pen. per l'omologo ricorso in materia di misure cautelari personali. Il comma 3 disciplina le modalità di presentazione del ricorso e i successivi adempimenti a carico del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato, per cui nessun ausilio fornisce al *thema decidendum* in discussione. Il comma 4 dispone che i motivi di ricorso devono essere enunciati contestualmente a questo, ferma restando la facoltà di enunciarne di nuovi fino alla discussione. Soltanto il comma 5, che però non viene richiamato dall'art. 325, comma 3, cit., stabilisce che la Corte di cassazione decide entro trenta giorni dalla ricezione degli atti osservando le forme previste dall'art. 127.

Ne consegue che per la materia dei ricorsi avverso le misure cautelari personali, essendo *stabilito diversamente*, si deroga alla disciplina cartolare prevista dall'art. 611, cit. e si applica il rito camerale partecipato. Il dubbio sorge invece per i ricorsi aventi ad oggetto le decisioni in materia di sequestro, stante il rinvio dell'art. 325, comma 3 cod. proc. pen.,

alle "disposizioni dell'art. 311 commi 3 e 4 e non anche a quella del comma 5, l'unica norma che richiama espressamente l'art. 127 cod. proc. pen..

2. L'orientamento delle Sezioni unite Serio e Lucchetta.

Come accennato nel paragrafo che precede, sul tema dibattuto erano intervenute, oltre venti anni fa, le Sezioni unite, che, nei due arresti sopra già indicati, hanno optato per la soluzione esegetica favorevole alla applicazione del rito camerale "partecipato" anche per i ricorsi in materia di misure cautelari reali, ex art. 325 cod. proc. pen..

La ragione, posta a fondamento della soluzione ermeneutica offerta, veniva individuata dalla Corte nel tenore letterale dell'art. 311 comma 4 (richiamato dall'art. 325 comma 3), che, prevedendo una discussione (necessariamente orale) e la possibilità di enunciare motivi nuovi prima del suo inizio, delinea un modulo procedimentale incompatibile con quello dell'art. 611 cod. proc. pen., basato unicamente su atti scritti e che facultizza le parti a presentare motivi nuovi fino a quindici giorni prima dell'udienza camerale. Per dirlo con le parole della sentenza Serio, ci si trova in presenza di un caso, in cui è diversamente stabilito e risultando inapplicabili le forme del procedimento camerale speciale non possono che essere adottate quelle generali dell'art. 127 cod. proc. pen., anche se nell'art. 325 manca il rinvio al comma 5 dell'art. 311. La mancanza del rinvio non è però senza conseguenze perché rende inapplicabile in materia di sequestro la prescrizione di decidere il ricorso "entro trenta giorni dalla ricezione degli atti" contenuta nell'art. 311, comma 5. Con la sentenza Lucchetta, i giudici, nell'aderire, oltre che alle conclusioni, anche al percorso argomentativo della Serio, integralmente riproposto, si erano soffermati sulla possibile tesi contraria, fondata sull'omesso richiamo da parte dell'art. 325, comma 3, cit., del comma 5 dell'art. 311, il solo a fare riferimento alle forme previste dall'art. 127 e quindi a legittimare la deroga al rito non partecipativo previsto dall'art. 611, per cui il rinvio operato dall'art. 325 al comma 4 dell'art. 311 sarebbe da leggersi soltanto alla parte riguardante la possibilità di enunciare nuovi motivi, non anche a quella relativa alla discussione orale. All'assunto, il Collegio della Lucchetta replicava, ritenendo *sufficiente e decisivo* considerare che il rinvio al comma 4 dell'art. 311



cod. proc. pen. (che con il suo riferimento alla discussione presuppone, necessariamente, la forma orale del procedimento) ha reso *superfluo* il richiamo del successivo comma 5 dello stesso articolo.

3. La soluzione adottata dalle Sezioni unite.

Nella sentenza in commento, la Corte ha ritenuto di rivisitare le argomentazioni sviluppate nelle richiamate pronunce Serio e Lucchetta, non prima, però, di aver rimarcato la piena legittimità della procedura camerale disciplinata dall'art. 611, cit., anche alla luce della normativa convenzionale e costituzionale, dalla quale sembra potersi affermare che il contraddittorio: a) Non annovera, tra le sue componenti fondanti, l'oralità, della quale può, pertanto, anche prescindere; b) si atteggia diversamente a seconda del passaggio o della fase processuale in cui è chiamato ad operare; c) si adatta, in sede di legittimità, al tecnicismo che caratterizza il relativo giudizio ed è garantito in tutti e tre i riti in cui quest'ultimo si articola, la cui differenziazione è determinata, non dall'entità dei beni giuridici toccati dall'applicazione delle norme processuali, ma soltanto dalla scelta discrezionale del legislatore di coniugare il rito allo spessore del valore processuale in gioco.

Svolta questa necessaria premessa, i giudici, passando ai contenuti delle disposizioni codicistiche in esame, hanno osservato come la specialità della procedura camerale non partecipata nel giudizio di cassazione e, al contempo, la sua elevazione a “regola” di giudizio, rispetto all’eccezione, costituita dai casi in cui sia “diversamente stabilito”, precludano la possibilità di interpretazioni sostanzialmente fondate su deduzioni di natura implicita, quali quelle prospettate nelle sentenze Serio e Lucchetta. In altre parole, si legge testualmente in sentenza, l'art. 325, comma 3, e l'art. 311, commi 3 e 4, in esso richiamato, non *stabiliscono* alcunché di *diverso* rispetto a quanto indicato dall'art. 611, atteso che soltanto l'art. 311, comma 5, richiama l'osservanza delle forme previste dall'art. 127 cod. proc. pen..

Si aggiunga che l'art. 311 cod. proc. pen. riguarda il ricorso per cassazione avverso provvedimenti in materia di misure coercitive, sicché la sua complessiva conformazione è chiaramente calibrata con specifico riferimento ad esse ed il richiamo alla

"discussione", presente nel comma 4, non può ritenersi determinante ai fini della individuazione del rito, così come non può ritenersi che la sua mera presenza sia significativa di una diversa previsione da parte del legislatore, il quale avrebbe, così, "diversamente stabilito" rispetto all'art. 611.

Da ciò la Corte ne trae conseguenza che l'assenza di un richiamo anche dell'art. 311, comma 5, da parte dell'art. 325, non è affatto irrilevante, venendo a mancare quella espressa previsione di un diverso rito camerale che l'art. 611 chiaramente richiede nell'individuare i casi in cui non si procede nella forma non partecipata.

Considerando, dunque, l'art. 311, cit., nel suo complesso, perde rilievo anche la ulteriore osservazione, presente nella sentenza Serio, secondo la quale il mancato richiamo al comma 5, produce comunque concrete conseguenze, rendendo inapplicabile, in tema di sequestri, l'obbligo di decidere il ricorso entro trenta giorni dalla ricezione degli atti. Tale ultima affermazione, significativamente oggetto di critica nei commenti alla decisione, mostra una evidente debolezza argomentativa, forzando la lettera della legge in un tortuoso percorso, seguendo il quale si sarebbe inteso perseguire il medesimo risultato che si sarebbe potuto ottenere attraverso il semplice richiamo dell'art. 311, comma 5, ovvero disciplinandosi del tutto autonomamente il ricorso per cassazione avverso le ordinanze in materia di sequestro, senza alcun richiamo ad altre disposizioni.

Una lettura organica dell'art. 311 c.p.p., induce, dunque, la Corte a condividere le osservazioni svolte nell'ordinanza di rimessione, laddove si osserva che la prevista possibilità di presentazione di motivi nuovi fino all'udienza può essere compresa solo se correlata alla necessità di fissare l'udienza medesima nei trenta giorni dalla ricezione degli atti, come disposto dal comma 5, considerando che i tempi ristretti giustificano la possibilità di introdurre argomenti nuovi a sostegno dei motivi già proposti e la conseguente deroga dell'art. 127, comma 2, cod. proc. pen..

Nel valutare, dunque, l'ambito di operatività dell'art. 325, comma 3, in relazione all'art. 311, commi 3 e 4, non può prescindersi dal considerare che quest'ultimo articolo è strutturato in relazione alle misure cautelari personali e che soltanto il comma 5 dell'articolo medesimo contiene un richiamo espresso all'art. 127, cit. c.p.p., e

considerandone i contenuti, che lo saldano perfettamente ai commi precedenti, può pervenirsi ad una interpretazione coerente, giungendo così alla conclusione, secondo la quale il richiamo, operato dall'art. 325, comma 3, dell'art. 311, comma 4, va riferito esclusivamente all'obbligo di enunciazione contestuale dei motivi di ricorso; precisazione a ben vedere per nulla superflua, essendo giustificata dalla necessità di affermare esplicitamente che la presentazione di una dichiarazione di impugnazione autonoma rispetto ai motivi, consentita nella fase del merito nella materia qui considerata, non è consentita nel giudizio di cassazione.

Preme, infine, al Collegio escludere il rischio che la nuova esegesi seguita possa provocare contraccolpi sulla celere definizione dei processi; ciò sia perché il maggior termine di trenta giorni di cui all'art. 610, comma 5, cod. proc. pen., rispetto a quello stabilito dall'art. 127, cit., può essere comunque ridotto a richiesta delle parti, secondo quanto disposto dall'art. 169 disp. att. cod. proc. pen., sia perché l'acquisizione della requisitoria scritta del procuratore generale non è presupposto necessario ai fini della fissazione della data dell'udienza e della trattazione del ricorso ex art. 611 (Rv. 265113).

Sulla base delle premesse argomentative svolte, le Sezioni unite, mutando il proprio tradizionale orientamento ermeneutico, sono così approdate al principio, già anticipato nel paragrafo introduttivo, secondo cui il procedimento in camera di consiglio innanzi alla Corte di cassazione avente ad oggetto i ricorsi ex art. 325 cod. proc. pen. in materia di sequestri deve svolgersi nelle forme del rito "non partecipato" previsto dall'art. 611 cod. proc. pen. e non in quelle di cui all'art. 127 cod. proc. pen. (Rv. 265112).



CAPITOLO III

IL RICORSO STRAORDINARIO PER ERRORE DI FATTO

(VALERIA PICCONE)

SOMMARIO. 1. La nozione di errore di fatto rilevante ai sensi dell'art. 625-bis cod. proc. pen.. 2. In particolare, Sezioni unite 26 marzo 2015, Moroni. 3. Sezioni unite 27 novembre 2014, Zangari. L'antefatto. 4. Inquadramento della questione. 5. La natura di mezzo di impugnazione del ricorso straordinario per errore di fatto. 6. La legittimazione processuale e le modalità di deposito del ricorso. 7. L'insussistenza dell'errore percettivo e l'impossibilità di apprezzare l'errore di fatto nel caso di specie. 8. I momenti rescindente e rescissorio nel ricorso straordinario per errore di fatto.

1. La nozione di errore di fatto rilevante ai sensi dell'art. 625-bis cod. proc. pen.

Già da tempo, le Sezioni unite (Sez. U. 27 marzo 2002, n. 16103, Basile, Rv. 221280) hanno chiarito in modo approfondito la nozione dell'errore di fatto rilevante ai fini dell'impugnazione straordinaria considerata, affermando che l'unico errore verificatosi nel giudizio di legittimità passibile del rimedio previsto dall'art. 625-bis cod. proc. pen., consiste in un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso e caratterizzato dall'influenza esercitata sul processo decisorio, viziato da una inesatta percezione delle risultanze processuali che abbia condotto a una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata senza di esso.

Tale pronuncia viene diffusamente rievocata nelle successive decisioni delle Sezioni Unite chiamate a chiarire il contenuto e la nozione dell'errore percettivo e, segnatamente dalle due decisioni depositate nell'anno appena trascorso (**Sez. un., 26 marzo 2015, n. 18651, Moroni, Rv. 263686** e **Sez. un., 27 novembre 2014, n. 32744/15, Zangari, Rv. 264047- 2640650**) sulle quali ci si soffermerà nei paragrafi che seguono.

In particolare, il supremo Collegio ha precisato, in motivazione, che qualora la causa dell'errore non sia identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva e la decisione abbia comunque contenuto valutativo, non è configurabile un errore di fatto, bensì di giudizio, aggiungendo che sono estranei all'ambito di applicazione dell'istituto gli errori di interpretazione di norme giuridiche, sostanziali o

processuali, ovvero la supposta esistenza delle norme stesse o l'attribuzione ad esse di una inesatta portata, anche se dovuti ad ignoranza di indirizzi giurisprudenziali consolidati, nonché gli errori di percezione in cui sia incorso il giudice di merito; questi ultimi, quindi, dovranno esser fatti valere soltanto nelle forme e nei limiti delle impugnazioni ordinarie. Le Sezioni unite hanno, altresì, chiarito che la configurabilità del ricorso straordinario non è limitata alle sole decisioni concernenti l'accertamento dei fatti processuali, potendo l'errore percettivo cadere su un qualsiasi dato fattuale.

Secondo il supremo Collegio, in assenza di una definizione legale dell'errore di fatto nelle prime pronunce della Corte, allo scopo di delineare un'actio finium regundorum si è fatto riferimento alla nozione dell'errore di fatto revocatorio delineata dall'art. 395 n. 4 cod. proc. civ. ed espressamente richiamata dall'art. 391-bis cod. proc. civ., con cui, in seguito alle sentenze della Corte Costituzionale n. 17 del 1986 e n. 36 del 1991, è stato regolato il ricorso per la correzione degli errori materiali e per la revocazione delle sentenze della Corte di Cassazione civile. Sulla base di tale bagaglio, si è affermato, allora, che l'errore di fatto, così come quello revocatorio può configurarsi soltanto qualora la decisione si fondi sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando sia supposta, come già accennato, l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita (il richiamo è, fra le altre, a Sez. Fer., 7 settembre 2001, n.42794 Schiavone, Rv. 220181; Sez. VI, 30 ottobre 2001, n. 39946, Botteselle, Rv. 220292). Perché possa configurarsi un errore di fatto giuridicamente rilevante per il rimedio in questione, allora, dovrà vertersi in ambito di una erronea formazione della volontà del giudice che sia non solo decisiva, in quanto determinante nella scelta della soluzione adottata, ma anche di "oggettiva ed immediata rilevabilità", ovvero immediatamente percepibile dal controllo degli atti processuali, dai quali deve trasparire, in modo diretto ed evidente e, cioè, "ictu oculi", che la decisione è stata condizionata dall'inesatta percezione e non, piuttosto, da una errata valutazione o dal non corretto apprezzamento degli atti stessi. La nozione di errore di fatto è, quindi, estremamente restrittiva nella sua dimensione soltanto percettiva, in quanto in tale errore difetta

qualsiasi aspetto di carattere meramente valutativo dei fatti sui si fonda la decisione della Corte di Cassazione.

Alla luce delle suesposte argomentazioni si è concluso, quindi, come già accennato, che, qualora la causa dell'errore non sia identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva e si caratterizzi, invece, per avere un contenuto valutativo, dovrà necessariamente parlarsi di errore di giudizio e non di errore di fatto, da cui consegue l'impossibilità di proporre ricorso straordinario.

Il Supremo Collegio ha poi chiarito che il ricorso straordinario per errore di fatto ha la funzione tipica di una impugnazione in senso tecnico, come è confermato dalla circostanza che il quarto comma dell'art. 625-bis, disponendo che la Corte, *<<se accoglie la richiesta, adotta i provvedimenti necessari per correggere l'errore>>*, prevede – all'esito della procedura camerale partecipata prevista dall'art. 127 c.p.p. - rimedi flessibili ed adattabili alle diverse situazioni, che permettono l'immediata pronuncia della nuova decisione, in luogo di quella viziata dall'errore di fatto, ovvero, se necessario, la sola caducazione di questa e la celebrazione del nuovo giudizio nelle forme dell'udienza pubblica o della camera di consiglio.

La Corte, poi, al fine di chiarire l'effettivo ambito applicativo della disciplina del ricorso straordinario per errore di fatto, ha precisato che sono certamente estranei al campo di applicazione dell'art. 625-bis cod. proc. pen. gli errori di interpretazione di norme giuridiche, sostanziali o processuali, ovvero *“la supposta esistenza delle norme stesse o l'attribuzione ad esse di una inesatta portata, anche quando siano dovuti all'ignoranza di indirizzi giurisprudenziali consolidati?”*. Ne consegue che l'errore di diritto, allo stesso modo dell'errore di giudizio o valutativo, non può mai essere fatto valere mediante ricorso straordinario.

Al riguardo, può essere interessante ricordare che, proprio allo scopo di definire la nozione di errore di fatto, Sez. VI, 30 ottobre 2001, Botteselle, cit. ha affermato che l'art. 625-bis cod. proc. pen. è inapplicabile in caso di omesso esame di un motivo di ricorso, poiché tale vizio darebbe origine ad un difetto di motivazione, che non può configurarsi in termini di errore percettivo.



In punto di rilevanza dell'errore, poi, la Corte afferma che, dovendo quest'ultimo essere decisivo, ne deriva l'irrilevanza dello stesso, agli effetti della disposizione di cui all'art. 625-bis, qualora i motivi di ricorso risultino infondati, ovvero inconferenti rispetto al tema di indagine o non siano stati dedotti con l'appello. Si è affermato in dottrina, che l'operatività del ricorso straordinario è limitata alle decisioni relative alle questioni processuali, per le quali la Corte di Cassazione è giudice anche del fatto, talché l'erronea supposizione, perche possa rilevare, dovrebbe concernere un errore procedimentali determinato da un difetto di percezione degli atti che formano oggetto di esame nel giudizio di legittimità. Dovrebbe, quindi, trattarsi di errori denunciabili ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c) cod. proc. pen., rispetto ai quali il giudice di legittimità è giudice anche del fatto, ciò che gli consente di accedere all'esame dei relativi atti.

Secondo la Corte, dall' area di rilevanza dell'errore, quindi, sono estranei le notazioni o deduzioni aventi specifico contenuto valutativo, gli errori interpretativi di norme giuridiche, sostanziali o processuali, nonché gli errori percettivi – o travisamenti fattuali – in cui sia incorso il giudice di merito trasfusi nella decisione di legittimità e non resi oggetto degli ordinari mezzi di impugnazione di merito e/o di legittimità (Sul punto, Sez. U. 14 luglio 2011, n. 37503, Corsini, Rv. 250527, nonché, fra le più recenti, Sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 44637, Stranges, Rv. 257154; Sez. V, 28 novembre 2013, n. 7469, Misuraca, Rv. 250531).

2. In particolare, Sezioni unite 26 marzo 2015, Moroni.

Richiamando la citata pronunzia Basile e le altre dello stesso tenore (Sez. un., 14 novembre 2011, n. 37505, Corsini, Rv. 250527; Sez. 5, 28 novembre 2013, n. 7469/2014, Misuraca, Rv. 259531) **Sez. un., 26 marzo 2015, n. 18651, Moroni, Rv. 263686**, chiamata a pronunziarsi su un dedotto errore di fatto nella vicenda ThyssenKrupp ribadisce che ogni qualvolta la causa dell'errore non sia identificabile esclusivamente in una fuorviata rappresentazione percettiva e la decisione abbia comunque contenuto valutativo, non è configurabile un errore di fatto, bensì di giudizio, come tale escluso

dall'orizzonte del rimedio previsto dall'art. 625-bis cod. proc. pen.. Centrale, nella motivazione, anche il richiamo alle decisioni che hanno affermato che in tema di ricorso straordinario, l'omesso esame di un motivo di ricorso per cassazione non dà luogo ad errore di fatto rilevante a norma dell'art. 625-bis cod. proc. pen., né determina incompletezza della motivazione della sentenza qualora, pur in mancanza di espressa disamina, il motivo proposto debba considerarsi implicitamente disatteso perché incompatibile con la struttura e con l'impianto della motivazione, nonché con le premesse essenziali, logiche e giuridiche che compendiano la ratio decidendi della sentenza medesima (Sez. I, 3 novembre 2004, n. 46044, Terranova, Rv. 230584; Sez. IV, 8 marzo 2006, n. 15137, Petrucci, Rv. 233963).

Sulla scorta di tali importanti premesse le Sezioni Unite, nella sentenza Moroni, giungono a ritenere esulante dal ricorso straordinario e, segnatamente, dalla nozione di errore di fatto, la questione avanzata dalla difesa ricorrente, implicando la stessa valutazioni tecnico-giuridiche del tutto incompatibili con la materialità dell'errore di fatto.

In base alla prospettazione di parte ricorrente, l'errore di fatto avrebbe riguardato la ritenuta esistenza di un nesso causale tra le condotte colpose contestate al Moroni e l'evento, non essendosi tenuto conto, nonostante la deduzione difensiva all'uopo formulata, che la data di inizio delle omissioni ascritte, come stabilita nell'atto d'accusa, rendeva le stesse ininfluenti rispetto ai drammatici eventi oggetto di giudizio. Di conseguenza, sulla base di un errore che il ricorrente asseriva essere di fatto, il nesso causale era stato escluso a proposito delle condotte dolose e contraddittoriamente affermato invece per quanto riguardava le coeve condotte colpose.

In particolare, secondo il ricorrente, le Sezioni Unite avrebbero omesso o comunque, non avrebbero adeguatamente valutato il motivo di ricorso proposto dal Moroni circa la impossibilità materiale di evitare l'evento "disastroso" ascrittogli in considerazione del tempo necessario per progettare, appaltare e realizzare gli impianti asseritamente omessi, e tale "errore" si sarebbe verificato nonostante quanto specificamente dedotto nel ricorso, ove si era rilevato che anche qualora la TKAST avesse voluto e potuto attivarsi

tempestivamente dal marzo 2007, i tempi tecnici di realizzazione dell'impianto di rilevazione e spegnimento automatico non ne avrebbero consentito l'installazione prima della primavera del 2008, circostanza, questa, che non avrebbe consentito di evitare l'evento; inoltre, che gli interventi a Terni avevano avuto inizio nel febbraio 2007 ed erano stati ultimati nel settembre 2009, dopo due anni e sei mesi. Ne sarebbe conseguito, quindi, che anche laddove gli addebiti mossi al ricorrente fossero stati del tutto corretti, gli stessi sarebbero stati privi di concreto rilievo causale rispetto al drammatico evento verificatosi nello stabilimento industriale di Torino.

Giova evidenziare che la contestazione di omicidio colposo al Moroni era stata formulata in correlazione con la concorrente contestazione di aver omesso la collocazione di impianti e apparecchiature destinati a prevenire disastri e infortuni sul lavoro e, pertanto, con riguardo alla qualità del Moroni di responsabile per la pianificazione degli investimenti in materia di sicurezza antincendio e in relazione allo stesso periodo temporale, successivo all'incendio verificatosi nello stabilimento tedesco di Krefeld, di proprietà sempre della società ThyssenKrupp, il 22 giugno 2006.

Secondo la difesa ricorrente, allora, inspiegabilmente la Suprema Corte aveva trascurato quanto era stato portato alla sua attenzione e si era limitata ad escludere per mancanza *ratione temporis* di nesso causale rispetto all'evento la rilevanza delle omissioni "dolose" di cui al capo A, ma non quella delle "coeve" omissioni colpose di cui al capo D, giungendo, quindi, ad annullare senza rinvio soltanto l'aggravante di cui al comma secondo dell'art. 437 cod. pen.

Le Sezioni Unite, muovendo dai suesposti principi espressi in sede nomofilattica con riguardo alla nozione di errore di fatto, hanno escluso la configurabilità nel caso di specie di un errore percettivo rilevante ai sensi dell'art. 625 bis cod. proc. pen..

Osservano, in particolare, come nel contestare la omissione dolosa di misure volte a prevenire gli infortuni sia stato "isolato", secondo la espressione usata dalla sentenza impugnata, uno specifico comportamento, quello della omessa realizzazione dell'impianto automatico di rivelazione e spegnimento, costituente misura di prevenzione secondaria, atta cioè a segnalare e contenere l'incendio una volta

verificatosi. I reati di incendio colposo e omicidio colposo erano invece fondati su una serie significativa di omissioni cautelari di prevenzione primaria, poiché volte alla realizzazione, in via preventiva, di condizioni di lavoro sicure, tali da evitare il verificarsi dello stesso dell'evento. Deriva, secondo le Sezioni Unite, dalla diversa struttura della contestazione, la diversa configurazione del complesso giudizio attinente al nesso di causalità, aspetto, questo, in alcun modo trascurato dalla sentenza oggetto di ricorso ex art. 625 *bis*, che si occupa diffusamente dell'efficienza causale, dedicando, inoltre, due interi paragrafi a *“Le condotte colpose e la loro connessione causale con gli eventi”* e a *“Le condotte colpose dei singoli imputati”*, e due ulteriori a *“La cooperazione colposa”* e a *“La cooperazione colposa nel presente giudizio”*.

La puntualità e la diffusione di considerazioni della pronunzia impugnata, in merito, sono estremamente approfondite e, d'altro canto, implicano valutazioni e giudizi di natura giuridica la cui considerazione è da ritenersi, ad avviso delle Sezioni Unite, decisamente al di fuori dai limiti dell'errore rilevante ai sensi dell'art. 625 *bis* cod. proc. pen..

3. Sezioni Unite 27 novembre 2014, Zangari. L'antefatto.

Nell'anno 2015, le Sezioni unite (**Sez. un., 27 novembre 2014, n. 32744/15, Zangari, Rv. 264047- 2640650**) si sono occupate del ricorso straordinario per errore di fatto sotto diversi profili.

La vicenda prende le mosse da una previa rimessione alle medesime Sezioni Unite (Sez. Fer., ord. 6 agosto 2013, n. 32843) della questione di diritto volta a stabilire *“Se la presentazione della richiesta di applicazione della pena da parte dell'imputato o il consenso a quella proposta dal pubblico ministero costituiscano una dichiarazione legale tipica di rinuncia alla prescrizione non più revocabile”*. Con sentenza n. 5838/2014 del 28 novembre 2013, le Sezioni Unite hanno dichiarato i ricorsi proposti dagli imputati inammissibili senza affrontare il tema oggetto della rimessione, in quanto reso irrilevante dall'insussistenza del presupposto fattuale della *quaestio iuris* costituito dal reale prodursi

della causa estintiva della prescrizione per alcuni reati – fine dell’associazione per delinquere contestata.

Le Sezioni unite avevano, quindi, evidenziato, da un lato, l’esistenza nel procedimento penale di specifici atti muniti di effetti interruttivi della prescrizione, tali da rendere operativo il termine di prescrizione c.d. prorogata non ancora spirato alla data della sentenza di applicazione della pena nemmeno per i più remoti episodi criminosi. Dall’altro lato, l’indeterminatezza della contestazione delle date di consumazione di alcuni reati – fine, per i quali avrebbe potuto ritenersi maturata la prescrizione alla data della sentenza di patteggiamento, non essendo stata offerta alcuna valida indicazione o allegazione di elementi da cui desumere l’effettiva data di commissione dei reati.

Avverso tale decisione, i difensori del condannato Emanuele Zangari hanno proposto, ai sensi dell’art. 625–bis cod. proc. pen., ricorso straordinario per la correzione di un errore di fatto contenuto nella sentenza, causato, secondo il ricorso, da una svista o da un equivoco determinati da una << inesatta percezione delle risultanze processuali >> da parte dei giudici di legittimità, che ne avrebbe alterato, in base all’allegazione, il processo di formazione della volontà decisoria.

4. Inquadramento della questione.

Il ricorso straordinario proposto dallo Zangari ha ad oggetto quella parte della motivazione della sentenza delle Sezioni unite nella quale si precisa, con riferimento alla sua posizione, “anche per lui il primo atto interruttivo coinciderebbe con la data di emissione del titolo custodiale; nondimeno, in virtù del contestato concorso con Citarella Giovanni e Citarella Gennaro, nessuno dei reati a ascritti ai capi 2, 16, 20 bis, 21, 29, 30, 35, 39, 39-bis, 39-ter e 39-quater, era prescritto al 01/06/2012, all’atto dell’emissione dell’ordinanza di custodia cautelare e, quindi, alla data della sentenza di patteggiamento”.

Secondo il condannato, in tal modo, le Sezioni unite, indicando specifiche ipotesi di reato che non erano state oggetto dell’accordo sulla pena intervenuto tra l’imputato e il pubblico ministero, accordo che sarebbe stato limitato al reato associativo di cui all’art.416, comma 1, cod. pen. e al reato di corruzione continuata, sarebbero incorse in

un errore rimediabile mediante il ricorso alla specifica procedura prevista dall'art. 625-bis cod. proc. pen..

L'istanza di correzione dell'allegato errore di fatto è stata dichiarata inammissibile dalle Sezioni unite sotto diversi profili.

5. La natura di mezzo di impugnazione del ricorso straordinario per errore di fatto.

La Corte, in primo luogo, statuisce sulla tempestività del ricorso in quanto depositato nel rispetto del perentorio termine di legge decorrente dal momento del deposito della decisione impugnata e non da quello, eventualmente successivo, in cui l'interessato ne abbia avuto effettiva conoscenza (il richiamo è, fra le più recenti, a Sez. II, 27 giugno 2014, n. 29050, Parnasso, Rv. 260264).

Il Collegio si preoccupa, poi, di ribadire la natura di mezzo di impugnazione, pur eccezionale – in quanto straordinario appunto - del rimedio di cui all'art. 625 – bis cod. proc. pen., circostanza, questa, che implica, in punto di ammissibilità del ricorso, che il termine di decadenza di centottanta giorni sia soggetto, come tutti i mezzi di impugnazione, alla generale sospensione dei termini processuali come prevista originariamente dall'art. 1, legge 7 ottobre 1969, n. 742 .

6. La legittimazione processuale e le modalità di deposito del ricorso.

Il supremo Collegio, tuttavia, reputa irrituale e, conseguentemente, invalida, tanto da determinare l'inammissibilità dell'istanza proposta, la formale presentazione di essa, sotto i profili, che vengono ritenuti congiunti, del difetto di legittimazione processuale dei proponenti, difensori di fiducia del condannato, nonché delle stesse modalità di proposizione dell'impugnazione medesima.

Richiamando quanto già affermato dalle stesse Sezioni unite nelle cause Brunetto e Marani (Sez. un., 21 giugno 2012, n. 2817, Brunetto, Rv. 252935 e Sez. un., 21 giugno 2012, Marani, Rv. 252695), il supremo Collegio afferma che le sole decisioni della Corte di cassazione suscettibili di essere emendate mediante il ricorso straordinario per errore

di fatto sono quelle da cui discenda la definitività della condanna in tutto o in parte e la “richiesta”, proprio alla luce del connotato di straordinarietà del mezzo in questione, si caratterizza per il carattere strettamente personale del solo condannato, in quanto strumento eccezionale volto a porre rimedio ai possibili pregiudizievoli errori di fatto contenuti in una decisione di legittimità che sia al condannato medesimo sfavorevole (ex plurimis, Sez. VI, 22 ottobre 2013, n. 91/14, Fredesvinda, Rv. 258453).

Le Sezioni unite, quindi, sposando l'orientamento prevalente nella Corte, affermano che il ricorso – richiesta deve imprescindibilmente essere presentato di persona dal condannato munito di procura speciale presso la cancelleria della Corte stessa, ovvero presso altro ufficio giudiziario, tenuto, quindi, ad inoltrare l'impugnazione alla Corte.

Il carattere di straordinarietà dell'istituto rende la norma di cui all'art. 625 – bis norma di stretta interpretazione, circostanza, questa, che preclude l'applicabilità del disposto di cui all'art. 571 comma III, che consente al difensore di proporre impugnazioni nell'interesse dell'assistito, ma espressamente si riferisce al difensore dell'imputato e non del condannato. Le Sezioni unite osservano l'esistenza di un parallelismo, per i possibili effetti rescindenti e rescissori, fra il ricorso straordinario e la richiesta di revisione regolata dall'art. 633 cod. proc. pen., e, di conseguenza, postulano l'esigenza di una specifica procura del condannato che, ai sensi dell'art. 122, comma I, cod. proc. pen., autorizzi il difensore a proporre e presentare l'atto di impugnazione volto a richiedere la correzione di un errore di fatto verificatosi nel giudizio di legittimità (fra le altre, Sez. IV, 5 luglio 2011, Tempesta, Rv. 252456, nonché, Sez. VI, 11 maggio 2012, n. 28713, Carlevaris, Rv. 253246).

Sulla base del principio di diritto enucleato, allora, secondo cui è inammissibile per difetto di legittimazione soggettiva, cioè di rappresentanza, il ricorso straordinario per la correzione dell'errore di fatto proposto ai sensi dell'art. 625- bis cod. proc. pen. dal difensore del condannato privo di procura speciale per la proposizione dell'impugnazione straordinaria ex art. 122 cod. proc. pen., le Sezioni unite hanno dichiarato l'inammissibilità del ricorso straordinario proposto da soggetti privi della rappresentanza, gli avvocati muniti di un semplice mandato difensivo che può, al più,

costituire presupposto o condizione genetica della procura speciale per “atto determinato” di cui alla richiamata disposizione codicistica e che esaurisce il proprio scopo e contenuto con la conclusione della fase giudiziale di cognizione e la definitività della pronuncia di condanna afferente alla res iudicata (ex plurimis, Sez. IV, 14 gennaio 2014, n. 7372, Guida, Rv. 259319; Sez. VI, 12 dicembre 2013, n. 2899/2014, Scino, Rv. 258332).

Nel caso di specie, tuttavia, secondo le Sezioni unite, si aggiunge alla invalidità della proposizione del ricorso da parte dei due difensori di fiducia privi della necessaria procura speciale, l'invalidità scaturente dalle modalità di “presentazione” del ricorso medesimo.

Il ricorso in questione, infatti, può dirsi ritualmente presentato se proposto e presentato personalmente dall'interessato presso la cancelleria della Corte entro il termine stabilito, ovvero, qualora sia presentata presso altro ufficio, deve pervenire entro lo stesso termine alla medesima cancelleria; questa ulteriore modalità di presentazione, infatti, secondo le Sezioni unite, non può dirsi preclusa dalla lettera dell'art. 625 – bis cod. proc. pen. che non deroga sul punto alla previsione generale in tema di impugnazioni di cui all'art. 582, comma II, cod. proc. pen., talché, in applicazione del c.d. favor impugnationis, l'impugnazione deve ritenersi ritualmente presentata dalle parti non solo se presentata presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento, ma anche nella cancelleria del tribunale o del giudice presso cui le parti o i difensori si trovino, se diverso.

Nel caso di specie, tuttavia, il ricorso era stato depositato presso la cancelleria di un Tribunale da un avvocato del locale foro su mandato unicamente verbale dei due difensori del condannato e in assenza di qualsivoglia elemento idoneo ad attestare l'esistenza di un rapporto professionale tra l'interessato, i due professionisti – già privi di procura speciale - ed il delegato.

Le Sezioni unite richiamano sul punto la consolidata giurisprudenza di legittimità secondo cui qualora l'impugnazione non sia presentata personalmente, ma a mezzo di incaricato, secondo quanto consentito dall'art. 582, comma 1, cod. proc. pen., deve

ritenersi necessario che la qualità di incaricato risulti o da una esplicita delega rilasciata dal titolare del diritto di impugnazione, ovvero da inequivoca attestazione con la quale il pubblico ufficiale cui l'impugnazione viene presentata dia atto della dichiarazione resaagli dal presentatore di agire per delega del titolare medesimo (fra le tante, Sez. VI, 11 maggio 2012, n. 28713, Carlevaris, Rv. 253246; Sez. III, 5 maggio 2010, n. 26753, A.K., Rv. 247920).

Difettando assolutamente le attestazioni de quibus nel caso di specie, la delega in forma orale rilasciata dai due difensori, peraltro muniti del solo mandato difensivo non poteva reputarsi idonea per le finalità richieste, con conseguente ulteriore profilo di inammissibilità della questione proposta, in considerazione delle peculiarità e della natura eccezionale della impugnazione straordinaria ex art. 625–bis cod. proc. pen..

7. L'insussistenza dell'errore percettivo e l'impossibilità di apprezzare l'errore di fatto nel caso di specie.

Pur alla luce della pregiudiziale ed assorbente causa di inammissibilità del ricorso straordinario proposto, ragioni di completezza espositiva collegate alla funzione nomofilattica della Corte hanno indotto le Sezioni unite ad esaminare, sebbene in termini di sintesi, anche il profilo concernente l'errore percettivo dedotto, del quale viene ritenuta la manifesta insussistenza, con conseguente ulteriore aspetto di inammissibilità.

Come già accennato, le Sezioni unite (Sez. U. 27 marzo 2002, n. 16103, Basile, 221280) hanno chiarito in modo approfondito la nozione dell'errore di fatto rilevante ai fini dell'impugnazione straordinaria considerata, affermando che l'unico errore verificatosi nel giudizio di legittimità passibile del rimedio previsto dall'art. 625-bis cod. proc. pen., consiste in un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco in cui la Corte di cassazione sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio stesso.

Afferma la Corte nella decisione **32744/15** che l'errore di fatto che può verificarsi nel giudizio di legittimità - trasfondendosi in una sentenza di legittimità confermativa di una condanna - è rappresentato da un vizio della volontà decisoria della Corte consistente in un errore percettivo o nella sviata prefigurazione di un fatto determinato prodotto da un

equivoco in cui la Corte sia incorsa nella lettura degli atti interni al giudizio medesimo. Tale errore, per essere rilevante, deve qualificarsi in termini di diretta incidenza sulla formazione della volontà decisoria della Corte tale da determinare una decisione diversa da quella che sarebbe stata adottata senza di esso.

Tenuto conto, quindi, della consolidata ricostruzione giurisprudenziale dell'istituto, le Sezioni unite Zangari, analizzando i motivi di censura descritti in ricorso, ne rilevano la non apprezzabilità ai fini degli effetti di cui all'art. 625-bis cod. proc. pen.. Secondo il Collegio, infatti, le argomentazioni ed il ragionamento decisorio espressi dalla decisione impugnata non recavano alcuna traccia di errore di fatto o percezione con riguardo al dedotto omesso riconoscimento dell'essere stato l'accordo sulla pena raggiunto dal condannato con il pubblico ministero limitato al reato di organizzazione e promozione dell'associazione per delinquere e ai plurimi reati fine di corruzione propria aggravata contestati al ricorrente.

Il Collegio osserva che pur volendo prescindere dalla genericità della doglianza, la circostanza in base alla quale la sentenza delle Sezioni unite ha preso in considerazione, nell'esame della posizione processuale dello Zangari, anche una serie di reati – fine rimasti estranei alla sentenza di patteggiamento, non ha inciso sulla decisione del giudice di legittimità, ciò in quanto le Sezioni unite stesse avevano compiuto una completa disamina della causa estintiva della prescrizione per tutti i reati contestati agli associati a delinquere ricorrenti, argomentando, all'esito, ampiamente quanto alla posizione dello Zangari, in ordine all'insussistenza di ipotesi di reato, tra quelle al medesimo ascritte, attinte dalla prescrizione.

Giova evidenziare che Sez. U. 14 luglio 2011, n. 37505, Corsini, Rv. 250528, aveva riconosciuto l'ammissibilità del ricorso straordinario per errore di fatto in tema di prescrizione del reato, ma l'aveva limitato a situazioni decisorie indotte dalla "esclusiva conseguenza di un errore percettivo causato da una svista o da un equivoco" quale un errore di calcolo aritmetico dei periodi di sospensione della prescrizione verificatisi nel giudizio di merito, non estendendola ai casi di pretesi errori sulla causa estintiva derivanti da una qualsiasi valutazione giuridica o dalle inferenze di un fatto processuale. Sez. U.

Zangari, allora, osserva che l'apprezzamento degli effetti temporali, dinamici e sequenziali di una causa sospensiva o interruttiva della prescrizione implica, tout court, un tipico atto valutativo ed un connesso giudizio. Si tratta, secondo la Corte, di un vero e proprio giudizio di valore che può non essere condiviso e può anche essere erroneo, ma è incompatibile con i possibili errori percettivi su fatti determinati, sostanziali o processuali che mira ad emendare il ricorso straordinario di cui all'art. 625-bis cod. proc. pen..

La Corte ritiene, allora, incongrua la prospettazione ricorrente che deduce quale frutto di un apparente errore percettivo su elementi di fatto il complessivo giudizio espresso nella sentenza delle Sezioni unite in ordine all'efficacia ed al rilievo degli atti interruttivi verificatisi nel giudizio di merito in rapporto alla ricostruibile data di consumazione dei reati più remoti contestati a tutti i ricorrenti. Anche volendo accedere alla generica prospettazione ricorrente, secondo la Corte, si sarebbe trattato esclusivamente di un errore attinente ai contenuti valutativi del giudizio di legittimità e, pertanto, non ad errori di fatto in senso tecnico, bensì a presunti errori di giudizio non scrutinabili, in quanto tali, mediante il ricorso allo strumento dell'art.625 – bis cod. proc. pen..

8. I momenti rescindente e rescissorio nel ricorso straordinario per errore di fatto.

Principio cardine, in ipotesi di ricorso straordinario per errore di fatto, quello espresso da Sez. U. 27 marzo 2002, Basile, Rv. 221282 secondo cui, in caso di accoglimento del ricorso straordinario per errore di fatto, il momento rescindente e quello rescissorio, pur restando concettualmente sempre distinguibili, possono essere unificati o separati, secondo il prudente apprezzamento della Corte, in relazione alle peculiari connotazioni delle singole situazioni processuali e comunque, nonostante l'art. 625-bis si limiti a parlare di “correzione”, l'accoglimento del ricorso comporta una nuova decisione che sostituisce quella precedente.

Poiché l'art. 625-bis, comma 4, cod. proc. pen. dispone che la Corte di cassazione, se accoglie la richiesta, adotta i provvedimenti necessari per correggere l'errore, l'esito del

procedimento camerale conseguente alla proposizione di tale mezzo straordinario di impugnazione va individuato di volta in volta in relazione alle peculiari connotazioni delle singole situazioni processuali. La definizione della procedura, quindi, secondo le Sezioni Unite, non deve necessariamente articolarsi nelle due distinte fasi della immediata caducazione del provvedimento viziato e della successiva udienza, pubblica o in camera di consiglio, per la celebrazione del rinnovato giudizio sul precedente ricorso per cassazione e può, quindi, avvenire con l'immediata pronuncia della decisione che, se è di accoglimento del ricorso, non rappresenta una semplice "correzione" di quella precedente, ma la sostituisce integralmente.

Negli stessi termini si è pronunciata la prevalente giurisprudenza successiva della Corte; in particolare, ribadisce la possibilità per il giudice di legittimità di pronunciarsi immediatamente sul merito del ricorso originario una volta adottati i provvedimenti necessari per correggere l'errore, Sez. VI, 12 gennaio 2012, n. 9926, Rizzato, Rv. 252257. Nella specie, il Collegio, dopo aver rilevato che nel precedente giudizio di legittimità era stato omesso l'avviso al difensore dell'imputato, aveva revocato la propria precedente decisione e, esaminati i motivi di ricorso, li aveva dichiarati inammissibili. Esattamente negli stessi termini, Sez. VI, 1 luglio 2014, n. 36192, Mazzarella, Rv. 260028.

Nell'anno in corso, riproducono, poi, ancora una volta *in terminis*, le Sezioni Unite Basile, **Sez. III, 18 marzo 2015, n. 29285, Di Nicola, Rv. 264423**, nonché, **Sez. IV, 8 aprile 2015, n. 17178, Giori, Rv. 263444**, che confermano l'esclusione della necessità di una distinzione fra fase rescindente e fase rescissoria, individuandone la ratio nella motivazione articolata offerta dal Supremo Collegio.

E' presente, tuttavia, nella Corte, altro orientamento, confermato da una pronuncia dell'anno in corso e riconducibile a **Sez. VI, 24 ottobre 2002, n. 22093/15, Laurendi, Rv. 225247**, che diffusamente motiva sulla necessità di confermare la distinzione fra fase rescindente e fase rescissoria.

In particolare, la Corte rileva di trovarsi in presenza di un errore di fatto non avendo essa stessa considerato, od avendo frainteso, un dato oggettivo di cui dava atto la

sentenza allora impugnata, errore consistito, quindi, nel supporre la “inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita”.

La Corte ne ritiene la rilevanza ai fini del decidere sul punto della esclusione di una aggravante.

Nel caso considerato, secondo la Corte, la sentenza impugnata doveva essere, quindi, emendata, nella parte in cui affermava che non era stata fornita prova della irrevocabilità della sentenza di assoluzione nei confronti del condannato impugnante atteso che tale prova derivava direttamente dalla certificazione di Cancelleria.

La vicenda verte, a questo punto, sulla necessità di verificare se il Collegio possa in questa sede “adottare i provvedimenti necessari per correggere l'errore”.

Osserva la Corte che se l'errore fosse solamente formale, basterebbe dichiararlo; se il rimedio da porre ad esso fosse in grado di soddisfare interamente le ragioni del ricorrente, non occorrerebbe alcun altro “provvedimento”, ulteriore al mero accertamento dell'errore. Dall'errore di fatto, tuttavia, derivano necessariamente effetti rescindenti e, cioè, secondo il Collegio, esso produce una decisione erronea, che deve in ogni caso essere sostituita da quella che la Corte di Cassazione avrebbe dovuto adottare se l'errore non si fosse verificato. Non si verte, quindi, solo in una ipotesi di correzione di una svista, ma nella sostituzione di una nuova decisione a quella colpita dall'errore.

Il Collegio richiama le Sezioni unite Basile ed in particolare il principio ivi espresso secondo cui non necessariamente la fase rescindente debba essere separata da quella rescissoria. Secondo tale impostazione, quindi, potrebbe configurarsi una compenetrazione delle due fasi, attratte entrambe nella sede camerale. Tale corollario, tuttavia, secondo la Corte, ha essenzialmente una giustificazione pratica, in quanto talora dall'accertamento dell'errore derivano conseguenze “semplici, univoche, indiscutibili”, per la cui adozione un'apposita trattazione e una sede in cui il contraddittorio si possa esplicare nella sua forma fisiologica potrebbe ritenersi un mero formalismo.

Nel caso di specie, nondimeno, l'accertamento si configurava come molto più complesso. Dalla rilevazione dell'errore sarebbe conseguita, infatti, la eliminazione di una aggravante che avrebbe comportato la riduzione della pena, e poiché nel ricorso avverso



la sentenza della Corte di appello era stato censurato il trattamento sanzionatorio e i giudici di appello avevano ritenuto la pena congrua anche in ordine all'aggravante, la sentenza avrebbe dovuto essere annullata con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Milano per nuova valutazione circa la pena da infliggere a seguito della eliminazione dell'aggravante stessa.

Pure, alla luce dell'assoluzione di un coimputato, il condannato assumeva nel caso de quo che si sarebbe dovuto provvedere ad una rivalutazione del motivo di ricorso attinente alla credibilità dei dichiaranti in ordine all'addebito a suo carico, ma tale prospettazione, secondo il Collegio non poteva in alcun modo formare oggetto di esame nella limitata sede considerata e, quindi, altro Collegio della medesima Corte, all'esito di pubblica udienza, avrebbe avuto l'onere di valutare l'incidenza della eliminazione dell'aggravante sia in punto di determinazione della pena sia, ancor prima, di consistenza del quadro probatorio delineato dai giudici di merito a carico dell'imputato.

Sulla stessa scia, nell'anno in corso, **Sez. VI, 21 ottobre 2014, n. 685/15, Valente, Rv. 261550** secondo cui, ogni qualvolta debba procedersi alla sostituzione della decisione viziata da errore, la procedura di correzione non può esaurirsi nell'udienza camerale conseguente alla proposizione del mezzo straordinario, ma deve articolarsi nelle due distinte fasi della immediata caducazione del provvedimento viziato e della successiva udienza per la celebrazione del rinnovato giudizio sul ricorso per cassazione, che può portare alla sostituzione della precedente sentenza.

Legittimamente, quindi, secondo il Collegio, deve distinguersi una fase rescindente da una rescissoria.

CAPITOLO IV

IL NUOVO RECLAMO EX ART. 35 TER ORD. PEN.

(LUIGI BARONE)

SOMMARIO: 1. Premessa: la sentenza “Torreggiani” e l’introduzione nell’ordinamento penitenziario di rimedi preventivi e risarcitori (artt. 35-bis e 35-ter ord. pen.). - 2. Prime questioni interpretative della nuova disciplina affrontate dalla giurisprudenza. - 2.1. La (non) necessaria attualità del pregiudizio ai fini del rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen.. - 2.2. L’applicabilità ai procedimenti ex art. 35 bis ord. pen. del regolamento delle spese inter partes . - 2.3. Il regime di impugnabilità dei provvedimenti ex art. 35 bis ord. pen.. - 2.3.1 Profili di diritto intertemporale. - 2.4. Lo spazio minimo vitale secondo le indicazioni della “Torreggiani”. - 2.4.1. Gli orientamenti della giurisprudenza di Strasburgo in tema di sovraffollamento. -2.4.2. Gli attuali parametri metrici fissati dalla Suprema Corte.

1. Premessa: la sentenza “Torreggiani” e l’introduzione nell’ordinamento penitenziario di rimedi preventivi e risarcitori (artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. pen.).

Con la sentenza pilota 8 gennaio 2013, “Torreggiani c. Italia”, la Corte edu, rilevata la strutturale violazione dell’art. 3 Cedu da parte dell’Italia, a causa del “grave sovraffollamento” dei relativi istituti penitenziari - condannava il nostro Paese, ma, al contempo, dichiarava sospesi tutti i ricorsi dei detenuti italiani, aventi ad oggetto il riconoscimento della violazione patita, concedendo allo Stato convenuto il termine di un anno a partire dal maggio 2013 (successivamente posticipato al giugno 2015), entro il quale adottare le misure necessarie per porre rimedio alla situazione di sovraffollamento delle carceri.

In risposta a quanto intimatogli, il governo italiano, con due distinti interventi normativi (d.l. n. 146 del 2013, conv. nella l. n. 10 del 2014 e d.l. n. 92 del 2014, conv. nella l. n. 117 del 2014), ha, tra l’altro, introdotto nell’ordinamento penitenziario nuovi rimedi preventivi e risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che lamentino di aver subito un trattamento in violazione dell’art. 3 della CEDU.

In estrema sintesi, la rafforzata tutela si concretizza in due autonome azioni, disciplinate, rispettivamente, agli artt. 35-*bis* e 35-*ter* ord. pen., che consentono al detenuto di essere sottratto con rapidità da una situazione che genera la violazione del suo fondamentale diritto a non subire trattamenti inumani e al contempo di conseguire un ristoro per la violazione subita.

I due rimedi non sono alternativi tra loro, ma al contrario consentono all'interessato, che assuma di patire (o di aver patito) una condizione detentiva contraria all'art. 3 Cedu, di rivolgersi al magistrato di sorveglianza al fine di ottenere l'immediato ripristino della legalità e al contempo di ottenere una riduzione della pena da espiare (nella misura di un giorno per ogni dieci giorni di pregiudizio subito) o, in via subordinata, un risarcimento in forma monetaria (nella misura di 8 euro per ogni giorno di pregiudizio patito); ciò in aderente conformità a quanto affermato dai giudici di Strasburgo nella sentenza "pilota".

Nel primo caso (art. 35-*bis* ord. pen.), il procedimento prevede nel suo sviluppo uno specifico rimedio mutuato dallo schema del giudizio amministrativo di ottemperanza; nel secondo caso il contenuto risarcitorio conferisce al procedimento natura marcatamente civilistica, al punto da prevedere una tutela sussidiaria e residua davanti al tribunale ordinario - entro sei mesi dalla cessazione della pena -, nei casi in cui il pregiudizio non sia computabile nella determinazione della pena da espiare ovvero il soggetto che assume di averlo patito abbia terminato di espiare la pena detentiva.

In entrambe le ipotesi (35-*bis* e 35-*ter* cit.), il procedimento innanzi al magistrato di sorveglianza si svolge secondo le previsioni degli artt. 666 e 678 cod. proc. pen., con la necessaria estensione del contraddittorio all'amministrazione interessata; nell'ipotesi residuale di competenza del tribunale civile in composizione monocratica, la disciplina è quella fissata dagli artt. 737 e ss. cod. proc. civ. e il risarcimento del danno è da liquidare nella stessa misura determinata per i casi in cui a decidere sia il magistrato di sorveglianza.

2. Prime questioni interpretative della nuova disciplina affrontate dalla giurisprudenza.

Nelle prime applicazioni della nuova disciplina non sono mancati, specie nella giurisprudenza di merito, dubbi interpretativi, taluni dei quali già sottoposti all'esame della Suprema Corte, che, nella sua funzione nomofilattica, ha fissato, per ciascuna delle questioni trattate, significativi principi risolutivi.

2.1. La (non) necessaria attualità del pregiudizio ai fini del rimedio risarcitorio ex art. 35-ter ord. pen.

Nel quadro delle problematiche applicative si colloca la difficile delimitazione dell'ambito operativo del rimedio risarcitorio previsto dall'art. 35-ter cit.

Il problema lo pone l'*incipit* della norma che, tra i presupposti costitutivi dell'istituto, rimanda, per qualificare il pregiudizio legittimante l'azione, all'art. 69, comma 6, lett. b., ord. pen., che considera rilevante, ai fini del reclamo di cui all'art. 35-bis, ord. pen., *l'inosservanza da parte dell'amministrazione delle disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento, dalla quale derivi al detenuto o all'internato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei diritti*. Il rinvio normativo appena evidenziato ha posto subito il problema di individuare tra quale delle distinte azioni risarcitorie previste dall'art. 35-ter cit. collocare i ricorsi avanzati da soggetti, in stato di detenzione, che lamentano un pregiudizio non più attuale.

La lettera della norma è chiara, infatti, nell'individuare la competenza del magistrato di sorveglianza a decidere i ricorsi del soggetto che si dolga nell'attualità di una inumana detenzione (art. 35-ter, commi 1 e 2, cit.), nonché quella del giudice civile per i ricorsi di coloro che, per varie ragioni, non siano più detenuti (art. 35-ter, comma 3, cit.). Oscura è invece la legge nel riparto di competenza tra ufficio di sorveglianza e giudice civile in relazione alle istanze provenienti dal soggetto che, da detenuto, lamenti una pregressa, ma non più attuale, detenzione in violazione dell'art. 3 CEDU, con le conseguenze che ne derivano, atteso che, solo nel primo caso, ricorrendo gli altri presupposti di legge, il detenuto potrebbe ottenere il risarcimento in forma specifica.

Sulla questione è intervenuta **Sez. I, 11 giugno 2015, n. 43722, Salierno**, che ha forse posto fine alle oscillazioni della giurisprudenza di merito tra due antitetiche opzioni interpretative.

Nello specifico, un primo filone esegetico, seguito da una significativa componente della magistratura di sorveglianza, sosteneva che i rimedi compensativi previsti dall'art. 35, commi 1 e 2, ord. pen. radicassero la competenza del magistrato di sorveglianza, a condizione che il pregiudizio patito fosse sussistente al momento della presentazione

dell'istanza e perdurasse sino al giorno della decisione. Sulla base di questo presupposto, quegli uffici di sorveglianza, aderenti all'indirizzo ermeneutico ora in esame, hanno dichiarato inammissibili o comunque rigettato le istanze avanzate ai sensi dell'art. 35-ter, comma 1, ord. pen. da soggetto detenuto in esecuzione pena, se relative a pregiudizi non più attuali.

Altro indirizzo ermeneutico, seguito dalla restante giurisprudenza di merito e sostenuto da gran parte della dottrina, riteneva che, tra i requisiti fondanti la legittimazione ad agire innanzi al magistrato di sorveglianza, ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 35-ter cit. non fosse da includere l'attualità del pregiudizio, inteso quale attualità della violazione, ovvero delle condizioni disumane e degradanti.

Della tesi confutata, questo secondo orientamento contesta, innanzi tutto, l'argomento fondante (vale a dire i risultati dell'interpretazione testuale del dato normativo) e ne evidenzia, poi, anche gli scompensi sistematici ed applicativi, contrapponendo, sotto ambedue i profili di valutazione, una diversa esegesi della norma, che si assume essere maggiormente conforme alla volontà del legislatore e più in armonia con il sistema nel suo complesso. In merito al primo punto (interpretazione letterale della norma), si osserva che il pregiudizio di cui all'articolo 69, comma 6, lett. b), oltre ad essere espressamente menzionato al primo comma dell'art. 35-ter, cit., è anche oggetto del rinvio operato dal terzo comma dello stesso articolo che indica come platea di riferimento per il ricorso da esso regolamentato “coloro che hanno subito il pregiudizio di cui al comma 1”. In ragione del richiamo operato dal terzo comma, la nozione di pregiudizio della norma non può che essere unica e riferirsi, quindi, allo stesso evento dannoso, con le stesse caratteristiche; a differire sarebbe solo il profilo della competenza a decidere: in un caso il magistrato di sorveglianza, nell'altro il tribunale ordinario. Se, però, in relazione alla istanza di cui al primo comma, è possibile in astratto configurare ipotesi di pregiudizio sia attuale che “non”, nel caso invece del terzo comma, che presuppone sempre la cessazione dello stato di detenzione dell'istante, il pregiudizio può, per definizione, essere solo non attuale. Dovrebbe, dunque, ipotizzarsi che al medesimo termine (pregiudizio) il legislatore abbia inteso attribuire nel corpo della stessa norma

due differenti accezioni; il che appare palesemente incongruo ed offre, così, ai fautori dell'indirizzo ora in esame, un primo argomento di difficile superamento a sostegno di una nozione di pregiudizio che prescinde dal profilo dell'attualità e che conseguentemente porti a ritenere la competenza esclusiva del magistrato di sorveglianza ad esaminare tutti i ricorsi di soggetti in stato di detenzione per violazione dell'art. 3 CEDU, a prescindere se relativi ad una situazione di attualità o meno del pregiudizio.

La conclusione cui si perviene è che nella formulazione delle norme in esame la volontà del legislatore sarebbe stata mal espressa, in quanto il rinvio all'art. 69 comma 6 lett. b) altro non significherebbe che il rapporto di *species a genus* del pregiudizio legittimante l'azione ex art. 35-ter cit. rispetto al "pregiudizio all'esercizio dei diritti" per inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni previste dall'ordinamento penitenziario.

L'argomento appena sviluppato non è però l'unico, in quanto, restando ancora sul piano della interpretazione letterale della norma, si osserva, da parte della dottrina più attenta, che, seguendo la confutata opzione esegetica strettamente aderente al testo dell'art. 69, comma 6, lett. b, si giungerebbe ad affermare che il pregiudizio derivante da violazione dell'art. 3 della CEDU, oltre quello dell'attualità, dovrebbe possedere anche il requisito della gravità, con la conseguente introduzione ai fini della risarcibilità di una distinzione tra violazioni dell'art. 3 CEDU «gravi» e «non gravi», priva di contenuto e soprattutto sconosciuta alla giurisprudenza della Corte edu.

Ed ancora, tornando al profilo della attualità, oscura risulterebbe la previsione contenuta al secondo comma dell'art. 35-ter cit. (risarcimento nel caso di detenzione in condizioni non conformi all'art. 3 inferiore ai quindici giorni), in quanto relativa ad una ipotesi in cui il pregiudizio non potrebbe mai essere attuale al momento della decisione, atteso che le stesse scadenze del procedimento escludono che il magistrato possa decidere prima di quindici giorni dalla presentazione dell'istanza. Non è un caso che lo stesso legislatore utilizza, nell'occasione, verbi coniugati ad un tempo passato (*qualora il periodo espiato...sia stato*). Una più meditata ed articolata lettura del testo di legge scardinerebbe, dunque, (a dire sempre dei sostenitori di questo secondo indirizzo) nelle sua fundamenta

la tesi della "necessaria attualità del pregiudizio", rispetto alla quale gli stessi autori non mancano, poi, di evidenziare i profili di incongruenza in chiave sistematica.

Si osserva, in questa seconda prospettiva, che, ove anche si volesse ritenere forzata l'interpretazione letterale da cui discende la non necessaria attualità del pregiudizio di cui al rimedio risarcitorio, certamente più ardua sarebbe l'anticipazione per via analogica della competenza del giudice civile ad un momento precedente rispetto alla dimissione carceraria dell'istante. Al più, si aggiunge, a voler tutto concedere all'idea della lacuna normativa, questa potrebbe essere colmata, nell'ottica di una interpretazione costituzionalmente orientata che escluda disparità di trattamento, assimilando la posizione dei detenuti che lamentano un pregiudizio pregresso a quella dei detenuti che stanno subendo il danno al momento in cui presentano il ricorso. In questo caso, infatti, l'estensione per analogia della norma, essendo in *bonam partem*, non si scontrerebbe con il divieto posto dall'art. 14 prel. e consentirebbe ai detenuti di ricorrere al magistrato di sorveglianza e di accedere al risarcimento in forma specifica, cui il legislatore attribuisce valenza prioritaria, rispetto a quello compensativo.

Questi erano i termini del dibattito, prima dell'intervento della Suprema Corte, la quale, con l'arresto sopra già richiamato, ha preso posizione a favore della tesi che esclude l'attualità tra i requisiti del pregiudizio legittimante il reclamo innanzi il magistrato di sorveglianza. Nello specifico, la Corte ha ritenuto che la limitazione della competenza funzionale del magistrato di sorveglianza, con esclusione della attribuzione a tale giudice di istanze che lamentino, in costanza di detenzione, un pregiudizio modellato sull'art. 35 *ter* ma non attuale, non risulta conforme ad una interpretazione logica e sistematica delle disposizioni in rilievo, fermo restando l'infelice utilizzo di una tecnica di redazione normativa che parrebbe legittimare una estensione totalizzante del rinvio contenuto nell'art. 35 *ter* co.1 alle caratteristiche del pregiudizio descritte nella disposizione richiamata.

Il legislatore, infatti, riconduce nell'alveo tracciato dall'art. 69 comma 6 lett. b il particolare «pregiudizio» derivante dal trattamento inumano e degradante perché trattasi, in ogni caso, di una forma 'aggravata' di violazione dei diritti del detenuto, ma ciò non

autorizza a ritenere che la sua «attualità» sia condizione di accesso al rimedio, essenzialmente di tipo risarcitorio, a differenza delle lesioni comuni (quelle di cui all'art. 69), che danno luogo a rimedi di tipo inibitorio/preventivo, concepiti per rimuovere la condizione di ostacolo alla fruizione del diritto.

Ciò perché la necessaria "attualità" del pregiudizio è condizione necessaria nel reclamo ordinario (art. 69) proprio in ragione della correlazione con la tipologia di tutela che il sistema offre rispetto alle conseguenze dell'illecito (art. 35 comma 3) lì dove non diventa requisito essenziale dell'azione quando la domanda, data la particolare gravità della condotta violatrice, è tesa ad ottenere (in senso ampio) tutela *risarcitoria*.

Una tutela risarcitoria *sui generis*, che, da un lato, evoca la risarcibilità del danno derivante da lesione di diritti costituzionali inviolabili (tra le molte, in sede civile, Sez. III n.26367 del 16.12.2014, Rv. 633919) con predeterminazione legale del *quantum*, dall'altro - in via peraltro prioritaria - si pone come rimedio compensativo operante su un piano alquanto diverso, rappresentato dalla riduzione della durata della pena ancora da espiare (al di là della rimozione del fatto da cui la lesione è derivata) nella misura di un giorno per ogni dieci di pregiudizio sofferto, rimedio che *presuppone* una detenzione in atto e che dunque conduce sul piano logico e sistematico alla attribuzione della sua cognizione al magistrato di sorveglianza.

Trattasi infatti di un rimedio - la riduzione della pena detentiva ancora da espiare - che sarebbe del tutto irragionevole attribuire alla competenza della giurisdizione civile, trattandosi di una misura riparatoria tesa ad incidere sul rapporto esecutivo, quest'ultimo di natura strettamente penalistica. Del resto, la *voluntas legis* appare del tutto chiara nell'attribuire (art. 35 *ter* comma 4) al tribunale ordinario in sede civile la giurisdizione sulle domande di tipo risarcitorio poste in essere dai soggetti che hanno subito un pregiudizio in fase cautelare non seguito da esecuzione o che hanno «terminato di espiare la pena detentiva in carcere», in ciò ponendo una evidente correlazione funzionale tra la protrazione della detenzione (nel cui ambito si sia verificato il denunciato pregiudizio) e la giurisdizione del magistrato di sorveglianza. Va dunque qui affermato che il rinvio, contenuto nell'art. 35 *ter*, comma 1, al pregiudizio di cui all'art. 69

comma 6, lett. b, identifica la categoria giuridica di riferimento e dunque il reclamo avente oggetto una pretesa condotta di violazione dei diritti inviolabili del soggetto detenuto ma non le caratteristiche del pregiudizio in termini di sua necessaria attualità - *rectius* della condotta che lo determina - al momento della domanda stessa. La cognizione da parte del magistrato di sorveglianza (e in secondo grado del tribunale di sorveglianza) si estende pertanto alla verifica di 'fatti generatori' di una lamentata violazione antecedente al momento della domanda, sempre che - in termini generali - sia in corso l'esecuzione del medesimo decreto di cumulo e possa pertanto parlarsi di unicità del periodo detentivo, tuttora in atto (con riferimento alla data della domanda).

L'arresto appena richiamato ha trovato pieno seguito nelle successive **Sez. I, 16 luglio 2015, n. 46966, Koleci**, la quale ha, tra l'altro, osservato che, se la competenza del magistrato di sorveglianza venisse meno nel momento in cui vengono rimosse le condizioni di carcerazione, causa del pregiudizio risarcibile, sarebbe arduo, in base alla lettera della norma, individuare il giudice cui poter rivolgersi da parte del soggetto, ancora detenuto, che voglia ottenere il rimedio compensativo del pregiudizio cessato, posto che il comma 3 dell'art. 35-ter ord. pen. espressamente attribuisce la competenza al giudice civile per le richieste di coloro hanno terminato di espiare la pena detentiva. E - come è stato efficacemente rimarcato da parte della dottrina - sarebbe difficilmente difendibile una soluzione che congeli eventualmente per anni la possibilità di indennizzare chi ha subito un trattamento contrario al senso di umanità. Una simile interpretazione, all'evidenza, esporrebbe la norma a rilievi per violazione dei principi convenzionali e costituzionali e ad essi non si sottrarrebbe neppure la tesi - comunque sganciata dal tenore letterale della norma - secondo la quale, venuta meno l'attualità del pregiudizio e, con essa, la competenza del magistrato di sorveglianza, si radicherebbe quella del giudice civile.

Quest'ultima lettura esclude, evidentemente, che il detenuto possa ottenere il risarcimento nella "forma specifica" della diminuzione della pena ancora da espiare e lascerebbe spazio a non pochi dubbi circa le forme e le modalità di intervento del giudice civile, specie tenuto conto delle limitate ipotesi cui si riferisce lo specifico procedimento

dinanzi al tribunale in composizione monocratica, ai sensi dell'art. 737 cod. proc. civ., disciplinato dal comma 3 dell'art. 35-ter ord. pen..

Sia l'interpretazione letterale sia quella sistematica della norma devono, quindi, condurre a ritenere che il richiamo contenuto all'art. 35-ter comma 1 ord. pen. al pregiudizio di cui all'art. 69, comma 6, lett. b), individua la categoria del reclamo relativo alla violazione dei diritti inviolabili del detenuto e il modello procedimentale applicabile, ma non può essere riferito ai presupposti del pregiudizio in termini di necessaria attualità al momento della domanda e, ancor meno, della decisione.

2.2. L'applicabilità ai procedimenti ex art. 35 bis ord. pen. del regolamento delle spese *inter partes*. Altra questione, oggetto di controversia interpretativa, attiene alla ammissibilità del regolamento delle spese *inter partes* nel procedimento ex art. 35 bis ord. pen..

L'inquadramento della questione impone di prendere avvio dalle norme di riferimento:

L'art. 204, comma 2, d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, circoscrive, nei procedimenti di prevenzione, di esecuzione e di sorveglianza, il recupero delle spese alla sola ipotesi di soccombenza innanzi la Corte di cassazione, escludendolo nelle fasi di merito (*ex multis*, Sez. I, 19 aprile 2011, n. 26302, Parrinella - relativa a fattispecie di condanna alle spese pronunciata, in violazione dell'art. 204 cit., con decreto di sottoposizione a misure di prevenzione).

L'art. 35-*bis* ord. pen. prevede lo svolgimento del procedimento relativo al reclamo di cui all'art. 69, comma 6, secondo le regole dettate dagli artt. 666 (procedimento di esecuzione) e 678 (procedimento di sorveglianza) cod. proc. pen..

La giurisprudenza di merito, in talune sue pronunce, ha ritenuto di dover dare applicazione, sulla base dei dati normativi suindicati, al principio generale secondo cui il procedimento di esecuzione (al quale ricondurre *lato sensu* quello ex art. 35-*bis* o.p.) non prevede condanna al pagamento delle spese processuali e ha quindi dichiarato non luogo a provvedere alla relativa richiesta proveniente dalle parti.

Avverso tali decisioni, in più di una occasione, il Ministero della Giustizia, rappresentata dall'Avvocatura dello Stato, ha proposto ricorso deducendo che il principio suindicato troverebbe valida ragione di deroga allorquando, come nel caso di specie, nel procedimento incidentale camerale di esecuzione vengano introdotte situazioni giuridiche patrimoniali appartenenti a soggetti diversi dal condannato. Al riguardo, la parte ricorrente richiama Sez. IV, 30 giugno 1995, n. 2489, Ministero del Tesoro in proc. Pisanelli, che, in verità, affronta il tema del procedimento incidentale di liquidazione dell'indennità di custodia delle cose sottoposte a sequestro.

La tesi da ultimo prospettata non ha, però, trovato accoglimento nei primi arresti della Cassazione, che, pur seguendo un diverso percorso argomentativo rispetto a quello seguito dai giudici del merito, è pervenuta alle medesime conclusioni di questi ultimi.

In particolare, Sez. I, 27 novembre 2014, n. 53011, Ministero Della Giustizia, Rv. 262354 (ma in termini perfettamente sovrapponibili anche **Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 5697/15, Ministero Della Giustizia, Rv. 262357**), hanno osservato che la adozione del rito camerale del procedimento di sorveglianza, a norma degli artt. 678 e 666 cod. proc. pen., richiamati dall'art. 35 bis, comma 1, prima parte, ord. pen., non costituisce, di per sé sola, ostacolo alla condanna della parte soccombente alla rifusione delle spese processuali a favore di quella vittoriosa. La legge stabilisce che la decisione del magistrato di sorveglianza assume la forma della ordinanza e, in astratto, tale tipologia di provvedimento può certamente recare la statuizione di condanna al pagamento delle spese.

Ciò che conta è, semmai, l'analisi contenutistica del procedimento del reclamo "giurisdizionale" in parola, il quale dà vita ad un vero e proprio giudizio, di carattere contenzioso, vertente sull'accertamento, in contraddittorio, del "grave e attuale pregiudizio all'esercizio dei diritti" del detenuto, finalizzato alla adozione del provvedimento riparatorio del giudice (consistente nell'ordine di porre rimedio), e imperniato sul coesenziale antagonismo tra la parte privata reclamante (attrice necessaria ed esclusiva) e la amministrazione penitenziaria (contraddittore istituzionale), potenzialmente resistente.

E però, osserva la Corte, avuto riguardo all'istituto in esame, il legislatore ha dettagliatamente disciplinato il procedimento all'art. 35 bis (e all'art. 35 ter, commi 1 e 2) ord. pen., attribuendo, in sede civile, al tribunale ordinario (in composizione monocratica) del capoluogo del distretto di residenza dell'attore la competenza relativa alla speciale azione risarcitoria, nei casi di patita custodia cautelare infungibile e di intervenuta espiazione della pena, disciplinando il relativo procedimento contenzioso con le forme dell'art. 737 cod. proc. civ. e ss., sicché trovano applicazione le disposizioni dell'art. 91 cod. proc. civ. e segg. (Sez. I Civ., 1 luglio 2004, n. 12021, Rv. 573979; Sez. I Civ., 21 ottobre 2009, n. 22292, Rv. 609743). La mancata inserzione di alcuna disposizione relativa al regolamento delle spese *inter partes* nel procedimento di reclamo giurisdizionale davanti ai giudici di sorveglianza e, comunque, l'omesso richiamo degli artt. 91 e 97 cod. proc. civ. - a fronte, peraltro, della attribuzione della medesima azione risarcitoria alla competenza del giudice civile, nei residui casi previsti - appare, per vero, espressione della evidente volontà del legislatore di escludere il regolamento ridetto.

Né, continua la Corte, giova alla tesi contraria il richiamo operato all'arresto, in materia di procedimento incidentale di liquidazione del compenso del custode, sulla opposizione della parte interessata. Il precedente è, oltretutto, inattuale. L'art. 695 c.p.p., che disponeva: "Sulle questioni concernenti le materie previste nel presente titolo spese dei procedimenti penali decide il giudice della esecuzione, che provvede con le forme indicate nell'art. 666 c.p.p.", è stato abrogato dall'art. 299, comma 1, del T. U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, approvato con d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115. Il procedimento *de quo* è attualmente regolato dall'articolo 170 del T.U. cit., che richiama la l. 13 giugno 1942, n. 794, art. 29. Comunque la giurisprudenza di legittimità (con la pronuncia sopra citata) era pervenuta alla conclusione che la fase contenziosa del procedimento in parola dovesse essere disciplinata, in carenza di specifiche disposizioni, dalle "norme ... del codice di procedura civile". E tale non è il caso del reclamo giurisdizionale davanti ai giudici della sorveglianza.



La conclusione raggiunta, infine, si armonizza perfettamente con la tipologia del procedimento di sorveglianza, cui, in linea di principio, è affatto estraneo il regolamento delle spese *inter partes*.

Nella medesima pronuncia, la Corte ha ritenuto che, per quanto invece riguarda la fase di legittimità, il Ministero della Giustizia ricorrente debba essere condannato al pagamento delle spese processuali in favore dell'Erario nel caso di rigetto o di dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione, in quanto nel procedimento susseguente a reclamo giurisdizionale presentato ai sensi dell'art. 35 bis ord. pen. la p.a. assume il ruolo di contraddittore necessario e sostanziale del detenuto o dell'internato reclamanti e deve ritenersi assimilata alle altre parti private.

2.3. Il regime di impugnabilità dei provvedimenti ex art. 35 bis ord. pen..

Un terzo profilo problematico, affrontato dalla Corte nell'anno in commento, attiene al regime di impugnabilità delle ordinanze del magistrato di sorveglianza sulle istanze dei detenuti ex art. 35 bis ord. pen..

La Corte ha affermato che avverso detti provvedimenti è proponibile il reclamo al tribunale di sorveglianza e non il ricorso diretto per cassazione, il quale, se proposto, non è, tuttavia, inammissibile, ma, in virtù del principio di conversione di cui all'art. 568, comma quinto, cod. proc. pen., va trasmesso al tribunale di sorveglianza, previa qualificazione come reclamo, ai sensi dell'art. 35 bis, comma 4, cit.. In questi termini, **Sez. I, 20 marzo 2015, n. 16375, Tirendi e altri, Rv. 263462**, in una fattispecie, nella quale i detenuti si erano doluti della installazione di reti metalliche, fissate alle inferriate delle celle, ritenendo che esse impedissero l'entrata di luce e aria.

Osserva, nell'occasione la Corte, che il procedimento del reclamo giurisdizionale contempla in *limine* la possibilità di un epilogo precoce, immediato e meramente formale, mediante provvedimento *de plano* a contenuto vincolato (inammissibilità) nei casi tassativi "di manifesta inammissibilità della richiesta", contemplati nella clausola di salvezza dell'art. 35- bis ord. pen., comma 1, seconda parte, recante rinvio alle previsioni contenute nell'art. 666 c.p.p., comma 2, prima parte, della pura e semplice riproposizione

della richiesta "già rigettata, basata sui medesimi elementi", ovvero della richiesta "manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge".

Le ulteriori disposizioni dell'art. 35-bis ord. pen., comma 1 e ss., cit. disciplinano forme, termini e contenuti del procedimento del reclamo giurisdizionale nel caso alternativo che, in difetto della definizione in limine col decreto, la procedura abbia, invece, corso.

Si tratta, dunque, di un procedimento articolato in due veri e propri gradi di merito - avverso la decisione del magistrato di sorveglianza è ammesso reclamo al tribunale di sorveglianza a termini dell'art. 35- bis ord. pen., comma 4 - integrati dalla previsione del ricorso per cassazione per violazione di legge contro la decisione del tribunale di sorveglianza (art. 35-bis ord. pen., comma 4).

Sul tema, in termini perfettamente sovrapponibili, si sono espresse **Sez. I, 17 dicembre 2014, n. [315/15](#), Le Pera, Rv. 261706** e **Sez. I, 12 giugno 2015, n. 34256, Olaru, Rv. 264237**.

In quest'ultimo arresto (e così anche **Sez. I, 16 luglio 2015, n. 46967, Mecikian** e **Sez. I, 14 maggio 2015, n. 35840, Sanchez**), i giudici hanno precisato che la ammissibilità in via generale del reclamo al tribunale di sorveglianza, trova eccezione nell'ipotesi in cui il magistrato di sorveglianza dichiara l'inammissibilità della richiesta, ai sensi dell'art. 666, comma 2, cod. proc. pen. (esplicitamente richiamato dal primo comma del predetto art. 35 bis), perché in tal caso il provvedimento è impugnabile con ricorso immediato per cassazione (in motivazione, la S.C. ha precisato che il reclamo erroneamente proposto al tribunale di sorveglianza deve essere riqualificato come ricorso per cassazione e trasmesso alla S.C., in applicazione del principio generale di cui all'art. 568, comma 4, cod. proc. pen.). Se si seguisse, invece, la tesi per cui anche in caso di provvedimento illegittimamente emesso *de plano* l'unico rimedio sarebbe il reclamo al tribunale di sorveglianza, a fronte di una patente e radicale violazione del contraddittorio, dovrebbe, giocoforza, riconoscersi che il giudice collegiale sarebbe comunque tenuto a provvedere ai sensi dell'art. 604, comma 4, cod. proc. pen., dichiarando la nullità del provvedimento di primo grado, rimettendo le parti davanti al magistrato di sorveglianza,

con inutile dispendio di tempo (**Sez. I, 16 luglio 2015, n. 46966, Koleci; Sez. I, 16 luglio 2015, n. 47480, Manfra**).

Per assonanza con il tema in parola, da segnalare **Sez. I, 13 maggio 2015, n. 22164, Ferraro, Rv. 263613**, che, tra le cause di inammissibilità del reclamo, ha individuato l'ipotesi in cui tale atto non indichi i periodi di detenzione, le strutture carcerarie e le precise ragioni inerenti alle specifiche condizioni detentive, in relazione ai quali si deduce un trattamento penitenziario subito in violazione dell'art. 3 Cedu, mentre, al di là di tali necessarie indicazioni, eventuali profili di genericità della richiesta non possono costituire, *ex se*, causa di inammissibilità, ai sensi dell'art. 666, comma 2, cod. proc. pen. (negli stessi termini, **Sez. I, 16 luglio 2015, n. 47480, Manfra**).

2.3.1. Profili di diritto intertemporale. - In merito all'applicabilità nel tempo della nuova disciplina, considerate le modifiche apportate dalla legge di conversione dell'originario decreto legge, la Corte ha, ripetutamente, risolto la questione, richiamandosi all'insegnamento delle Sezioni unite, secondo cui, ai fini dell'individuazione del regime applicabile in materia di impugnazioni, allorché si succedano nel tempo diverse discipline e non sia espressamente regolato, con disposizioni transitorie, il passaggio dall'una all'altra, l'applicazione del principio *tempus regit actum* impone di far riferimento al momento di emissione del provvedimento impugnato e non già a quello della proposizione dell'impugnazione (**Sez. un., 29 marzo 2007, n. 27614, Lista, Rv. 236537**).

Per l'effetto, **Sez. I, 12 dicembre 2014, n. 5697/15, Ministero Della Giustizia, Rv. 262355** ha ritenuto di essere (la Corte) competente a decidere sul ricorso per cassazione proposto avverso la decisione del magistrato di sorveglianza in tema di reclamo giurisdizionale, emessa nel vigore dell'art. 35 bis, comma quarto, legge 26 luglio 1975, n. 354, nel testo introdotto dall'art. 3, comma primo, lett.b), D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, prima delle modificazioni apportate dalla legge di conversione 21 febbraio 2014, n. 10 ed ha conseguentemente escluso di dover procedere alla qualificazione dell'atto di impugnazione come reclamo al tribunale di sorveglianza, così come stabilito dalle previsioni della legge di conversione.

Affermazione che ha trovato seguito in **Sez. I, 20 marzo 2015, n. 16375, Tirendi e altri, Rv. 263463**, ma in precedenza anche **Sez. I, 27 novembre 2014, n. 53011, Ministero Della Giustizia, Rv. 262352**.

2.4. Lo spazio minimo vitale secondo le indicazioni della "Torreggiani".

Nella causa "Torreggiani ed altri c. Italia" i sette ricorrenti risultavano aver potuto usufruire, durante i periodi di detenzione in contestazione, di uno spazio vitale individuale di 3 mq., ulteriormente ridotto dalla presenza di mobilio nelle celle.

Tale spazio veniva ritenuto dai giudici non conforme ai criteri fissati dalla Corte medesima ed inferiore, peraltro, ai quattro metri quadrati raccomandati dal CPT in materia di spazio abitabile nelle celle collettive (§ 76).

La Corte osservava che la grave mancanza di spazio, sperimentata dai sette ricorrenti per periodi variabili dai quattordici ai cinquantaquattro mesi, costitutiva di per sé un trattamento contrario alla Convenzione, nello specifico ulteriormente aggravato da altri fattori, da soli non sufficienti ad integrare la violazione dell'art. 3 CEDU, ma fonte ugualmente di maggiore sofferenza per chi era costretto a soggiornare e pernottare in uno spazio inferiore ai 3 mq..

Il riferimento era alla prolungata mancanza di acqua calda negli istituti, alla illuminazione e ventilazione nelle celle insufficienti (§ 77).

Il Giudice della Convenzione riteneva, pertanto, che le condizioni detentive in questione, tenuto conto anche della durata della carcerazione dei ricorrenti, avessero sottoposto questi ultimi ad una prova d'intensità superiore al fisiologico livello di sofferenza proprio della detenzione (§ 78) e che, pertanto, vi era stata violazione dell'articolo 3 della CEDU (§ 79).

Nel giudizio espresso, la Corte si richiamava espressamente ai principi da essa stessa affermati nel tempo, così sintetizzati ai §§ 68 e 69:

Quando si è dovuta occupare di casi di sovraffollamento grave, la Corte ha giudicato che tale elemento, da solo, basta a concludere per la violazione dell'articolo 3 della Convenzione. Di norma, sebbene lo spazio ritenuto auspicabile dal CPT per le celle collettive sia di 4 m², si tratta di casi emblematici in cui

lo spazio personale concesso ad un ricorrente era inferiore a 3 m² (*Kantjyrev c. Russia*, n. 37213/02, §§ 50-51, 21 giugno 2007; *Andreï Frolov c. Russia*, n. 205/02, §§ 47-49, 29 marzo 2007; *Kadikis c. Lettonia*, n. 62393/00, § 55, 4 maggio 2006; *Sulejmanovic c. Italia*, n. 22635/03, § 43, 16 luglio 2009).

Invece, in cause in cui il sovraffollamento non era così serio da sollevare da solo un problema sotto il profilo dell'articolo 3, la Corte ha notato che, nell'esame del rispetto di tale disposizione, andavano presi in considerazione altri aspetti delle condizioni detentive. Tra questi elementi figurano la possibilità di utilizzare i servizi igienici in modo riservato, l'aerazione disponibile, l'accesso alla luce e all'aria naturali, la qualità del riscaldamento e il rispetto delle esigenze sanitarie di base (si vedano anche gli elementi risultanti dalle regole penitenziarie europee adottate dal Comitato dei Ministri, citate nel paragrafo 32 *supra*). Così, persino in cause in cui ciascun detenuto disponeva di uno spazio variabile dai 3 ai 4 m², la Corte ha concluso per la violazione dell'articolo 3 quando la mancanza di spazio era accompagnata da una mancanza di ventilazione e di luce (*Moisseiev c. Russia*, n. 62936/00, 9 ottobre 2008; si vedano anche *Vlassov c. Russia*, n. 78146/01, § 84, 12 giugno 2008; *Babouchkine c. Russia*, n. 67253/01, § 44, 18 ottobre 2007); da un accesso limitato alla passeggiata all'aria aperta (*István Gábor Kovács c. Ungheria*, n. 15707/10, § 26, 17 gennaio 2012) o da una mancanza totale d'intimità nelle celle (si vedano, *mutatis mutandis*, *Belevitskiy c. Russia*, n. 72967/01, §§ 73-79, 1° marzo 2007; *Khudoyorov c. Russia*, n. 6847/02, §§ 106-107, CEDU 2005-X (estratti); e *Novoselov c. Russia*, n. 66460/01, §§ 32 e 40-43, 2 giugno 2005).

La sentenza pilota si conformava, pertanto, a quell'orientamento della Corte ed che nel caso di sovraffollamento distingue un'ipotesi grave, che si realizza con la compressione dello spazio fruibile dal detenuto ad un livello inferiore ai 3 mq e che da sola è idonea ad integrare la violazione dell'articolo 3 della Convenzione; ed una ipotesi di minore gravità, caratterizzata da uno spazio vitale oscillante tra i 3 ed i 4 mq., idonea a determinare una situazione di trattamento inumano soltanto ove risultino carenti altri aspetti delle condizioni detentive.

Indirizzo, dal quale, come si evidenzierà nel paragrafo che segue, si discostano altre pronunce della Corte europee.

Tra queste, anche la recentissima *Mursic c. Croazia* (12 marzo 2015), che, intervenuta sullo spazio ridotto nelle celle dei detenuti, ha affermato che l'eventuale compressione dello spazio minimo ad una misura inferiore alla soglia dei 3 mq. non integra, necessariamente, violazione dell'art. 3 Cedu, se, come nella fattispecie ivi trattata, i periodi di detenzione nelle condizioni anzidette risultino brevi e se al contempo al detenuto siano consentiti ampie occasioni, nel corso della giornata, fuori dalla cella per dedicarsi ad attività lavorative o comunque significative.

2.4.1. Gli orientamenti della giurisprudenza di Strasburgo in tema di sovraffollamento.

La divergenza tra la sentenza pilota e la successiva *Mursic c. Croazia* è paradigmatica della mancanza di omogeneità della giurisprudenza europea sulla questione del sovraffollamento carcerario, a partire dalla specifica problematica del minimo spazio da garantire ai detenuti, rispetto alla quale risultano almeno tre distinti orientamenti.

a) Secondo la sentenza pilota "*Torreggiani*" e altri arresti a questa conformi⁶, quando la mancanza di spazio personale per ciascun detenuto si abbassa al di sotto della soglia dei 3 mq (netti), si determina una situazione di pregiudizio talmente grave, da integrare, questa sola ragione, la violazione dell'art. 3 della Convenzione. Trattasi di una presunzione assoluta di trattamento inumano e degradante, incompatibile con qualsiasi altro positivo accorgimento, volto ad alleviare la sofferenza del regime carcerario vissuto dal detenuto.

Ove, invece, la misura della superficie fruibile dal singolo detenuto si attestasse su valori compresi tra i 3 ed i 4 mq. la presunzione di cui sopra sarebbe relativa, con una forza di resistenza inversamente proporzionale all'entità di spazio disponibile, superabile da altri fattori, costituiti dalle condizioni della cella (luce, areazione, climatizzazione, pulizia, umidità, allocazione dei servizi igienici) da quelle psico-fisiche del detenuto, nonché dalle complessive caratteristiche del trattamento e dalla concreta possibilità per il

⁶Cfr. CEDU, *Byglyashvili c. Grecia*, 25 settembre 2012, §§ 58 e 59; *Tereschenko c. Russia*, 5 giugno 2014, § 84, entrambe richiamate dall'opinione dissenziente del giudice Sicilianos alla sentenza *Mursic c. Croazia*, § 1, lett. A.

detenuto di vivere per prolungate ore del giorno fuori dalla camera di pernottamento.

b) Secondo un diverso orientamento, che di recente ha trovato seguito nella già menzionata sentenza Mursic c. Croazia del 12 marzo 2015, non vi sarebbe mai una situazione di presunzione assoluta, in quanto anche nell'ipotesi di spazio inferiore ai 3 mq., scatterebbe solo una "*forte presunzione*", difficilmente confutabile, ma pur sempre superabile in presenza di significativi fattori di contro-bilanciamento e di una compressione dello spazio detentivo di durata breve ed occasionale⁷.

c) All'estremo opposto, rispetto all'indirizzo appena richiamato, si pone un altro gruppo di arresti⁸, che, strettamente aderenti alla prassi ed alle raccomandazioni del CPT, secondo le quali 4 metri quadri sarebbe lo spazio personale minimo (netto) assegnato ai detenuti, ritengono che, al disotto di tale soglia, scatterebbe quella presunzione assoluta, che la sentenza pilota "Torreggiani" individua, invece, in tre metri quadri.

Da tutti gli indirizzi giurisprudenziali appena richiamati, pur nella diversità delle conclusioni raggiunte, emerge l'estrema difficoltà di stabilire aprioristicamente in modo preciso e definitivo una misura di spazio personale da riconoscere a ciascun detenuto, in ragione del necessario combinarsi di quest'ultimo dato con le molteplici variabili già indicate, come la durata della privazione della libertà, la possibilità di accesso all'aria aperta, la condizione mentale e fisica della persona ristretta, il rispetto delle esigenze sanitarie di base, il tempo spendibile dal detenuto in attività lavorative o comunque "significative" e così via.

Esemplificativo al riguardo quanto da ultimo affermato nel parere dissenziente alla sentenza Mursic. c. Croazia dal giudice Sicilianos, secondo cui i diversi approcci interpretativi alla questione del minimo spazio garantito e la mancanza di una chiara metodologia per l'applicazione del criterio della "forte presunzione" inducono a riflettere sulla necessità di una maggiore coerenza.

Altrettanto significative, le considerazioni svolte dal giudice Zagrebelsky, nell'opinione dissenziente alla sentenza Sulejmanovic c. Italia 16 luglio 2009 (precedente ma sulla stessa linea esegetica della "Torreggiani": presunzione assoluta di violazione ex art. 3

⁷ CEDU, Ananyev ed altri c. Russia, 10 gennaio 2012, § 148; CEDU, Olszewski c. Polonia, 2 aprile 2013, § 98.

⁸ CEDU, Apostu c. Romania, 3 febbraio 2015, § 79.



CEDU nel caso di spazio minimo al di sotto dei 3 mq.), secondo cui non pertinente sarebbe, innanzi tutto, il riferimento ai parametri indicati dal CPT, in quanto quando tale Comitato indica le dimensioni minime da osservare nella realizzazione delle camere detentive, si riferisce alle celle individuali di polizia e non alle celle destinate alla reclusione.

In secondo luogo, prosegue il giudice, si deve escludere qualunque automatismo nel rapporto tra dimensioni delle celle e numero dei detenuti; dal momento che l'esiguità dello spazio a disposizione di un detenuto non può assurgere a criterio esclusivo, dovendo sempre essere considerati anche altri elementi, quali un accesso insufficiente alla luce e all'aria naturale, condizioni igieniche precarie, mancanza di ventilazione e calore eccessivo durante la stagione estiva e così via.

2.4.2. Gli attuali parametri metrici fissati dalla Suprema Corte.

La giurisprudenza della Cassazione è consolidata nell'affermazione, secondo cui, ai fini della determinazione dello spazio individuale minimo intramurario, pari o superiore a tre metri quadrati da assicurare a ogni detenuto affinché lo Stato non incorra nella violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti, stabilito dall'art. 3 della CEDU, così come interpretato dalla conforme giurisprudenza della Corte EDU in data 8 gennaio 2013 nel caso *Torreggiani c. Italia*, dalla superficie lorda della cella deve essere detratta l'area occupata dagli arredi (Sez. I, 19 dicembre 2013, n. 5728/14, Berni, Rv. 257924; Conf. Sez. I, n. 5729 del 2014, non massimata).

Nell'anno in commento, non si registrano sul tema nuove pronunce massimate, anche se il tema risulta affrontato, sotto il profilo della sindacabilità in sede di legittimità della motivazione del provvedimento di merito, da Sez. I, 27 novembre 2014, n. 53011, Ministero Della Giustizia, la quale ha osservato che in materia di spazi intramurari il legislatore non ha inteso stabilire precisi standard metrici di superficie, né indici di densità/affollamento della popolazione reclusa, con la conseguenza che la valutazione del giudice del merito è ricorribile soltanto per violazione di legge.



In questa situazione, al fine di valutare se la capienza della cella sia conforme o meno ai canoni contrari ad un trattamento inumano, il dato normativo di riferimento è costituito dall'art. 6 ord. pen., secondo cui "i locali nei quali si svolge la vita dei detenuti devono essere di ampiezza sufficiente..." (comma 1) e "i locali destinati al pernottamento consistono in camere dotate di uno o più posti" (comma 2). Il giudice, in assenza nella corrispondente disposizione dell'articolo 6 del Regolamento penitenziario di alcuno standard o parametro metrico in ordine alle dimensioni dei locali destinati al soggiorno dei detenuti e delle celle di pernottamento, è chiamato, pertanto, ad accertare e valutare la condizione di fatto della carcerazione, da operare esclusivamente alla stregua dei canoni e degli standard giurisprudenziali e segnatamente alla luce di criteri elaborati dal Comitato per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti disumani o degradanti, sui quali la giurisprudenza della Corte edu ha fissato i parametri in funzione di specifici standard dimensionali in ordine alla superficie degli spazi intramurari.



CAPITOLO V

RESPONSABILITA' DEGLI ENTI E IMPUGNAZIONI DI MISURE CAUTELARI

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. Aspetti peculiari della partecipazione ed assistenza difensiva dell'ente – 2. La tesi fondata sul richiamo all'art. 96 cod. proc. pen. – 3. L'orientamento contrario. – 4. Il ruolo del difensore d'ufficio. - 5. La soluzione adottata dalle Sezioni unite. – 6. La compatibilità della costituzione formale nel caso di compimento dei c.d. “atti a sorpresa” – 7. L'eventuale incompatibilità del legale rappresentante.

1. Aspetti peculiari della partecipazione ed assistenza difensiva dell'ente.

La necessità di armonizzazione alla struttura dell'ente le regole processuali previste per la persona fisica, ha indotto il legislatore ad introdurre una disciplina particolare per la costituzione dell'ente nel procedimento che si svolge a suo carico. L'art. 39 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 ha previsto che l'ente partecipi al procedimento costituendosi con formalità che richiamano quelle previste per le parti private, essendo richiesto il conferimento di procura speciale al difensore il quale, per svolgere la sua funzione difensiva, dovrà anche depositare un atto di costituzione, assumendo la rappresentanza dell'ente nel caso di assenza della persona fisica del legale rappresentante. La norma prescrive, altresì, che nella dichiarazione di costituzione vadano inserite, a pena di inammissibilità, una serie di indicazioni tassative, quali la denominazione dell'ente e delle generalità del legale rappresentante, il nominativo del difensore e l'indicazione della procura, la dichiarazione o elezione di domicilio; la suddetta dichiarazione va sottoscritta dal difensore di fiducia e la procura va depositata, unitamente all'atto di costituzione, nella segreteria del PM o nella cancelleria del giudice che procede.

A fronte di specifiche formalità di costituzione dell'ente, sono sorti dubbi in ordine allo spettro applicativo dell'art.39 d. lgs. n. 231 del 2001, atteso che la norma, facendo riferimento al deposito dell'atto con il quale l'ente dichiara di volersi costituire, sembrerebbe richiamare la fase propriamente dibattimentale del processo e non già

anche quella procedimentale. L'esatta interpretazione della richiamata disposizione ha assunto un rilievo centrale nella disciplina processuale della responsabilità degli enti, atteso che la problematica inerente la costituzione dell'ente e la sua assistenza difensiva coinvolge le garanzie primarie riconosciute nell'ambito del procedimento penale e, conseguentemente, rappresenta un vero e proprio banco di prova dell'effettiva equiparazione dell'ente all'imputato sul piano delle garanzie difensive.

L'ambito in cui la questione è venuta maggiormente all'attenzione della giurisprudenza di legittimità concerne la fase delle impugnazioni avverso provvedimenti cautelari reali, fase che fisiologicamente interviene prima dell'instaurazione del giudizio, in un segmento procedimentale in cui l'ente normalmente non ha provveduto alla costituzione formale secondo le previsioni dell'art.39 d.lgs. n. 231 del 2001. Tuttavia, è bene considerare che la tematica ha una valenza ben più ampia, riguardando in generale la fase delle indagini preliminari con specifico riferimento sia alla partecipazione agli atti di indagine per i quali è prevista la presenza, facoltativa o necessaria, del difensore, sia alle dinamiche prettamente cautelari ed, in riferimento alle misure cautelari interdittive, all'instaurazione del contraddittorio anticipato ex art.47 2°co. d.lgs. n. 231 del 2001.

A fronte dell'importanza della questione in esame, occorre fin da ora evidenziare come il contrasto giurisprudenziale che ha successivamente condotto alla pronuncia delle Sezioni Unite ha riguardato essenzialmente l'aspetto dell'assistenza difensiva nella fase delle impugnazioni cautelari, tuttavia, il supremo organo nomofilattico ha fornito una ricostruzione complessiva dell'istituto della partecipazione ed assistenza difensiva nella fase predibattimentale, in tal modo delineando un quadro interpretativo tale da consentire l'esclusione di possibili vuoti di tutela delle garanzie difensive attribuite all'ente. È stata, inoltre, direttamente affrontata anche una questione strettamente connessa alla problematica delle forme di assistenza e difesa garantite all'ente, riguardante i riflessi che l'incompatibilità del legale rappresentante indagato determina sulla tematica della nomina del difensore di fiducia.

2. La tesi fondata sul richiamo all'art. 96 cod. proc. pen.

Procedendo al sia pur sintetico esame della giurisprudenza che ha dato luogo al contrasto, occorre prendere le mosse dalla prima pronuncia che si è occupata direttamente della questione. La sentenza in oggetto – Sez.VI, 5 novembre 2007, n.43642, Quisqueyana s.p.a., Rv.238322 – ha affrontato la problematica delle forme di costituzione e difesa dell'ente nella fase delle impugnazioni cautelari ponendo l'attenzione sulla generale formula di richiamo contenuta negli art.34 e 35 d.lgs. n. 231 del 2001 in base ai quali, per quanto non espressamente disciplinato, si applicano le norme previste dal codice di procedura penale, inoltre, all'ente si estendono tutte le disposizioni concernenti l'imputato, in quanto compatibili. Sulla base di tali previsioni, si è ritenuto che l'ente avrebbe la facoltà di nominare un difensore di fiducia, secondo le forme previste dall'art.96 cod. proc. pen., non dovendo necessariamente ricorrere alle modalità di costituzione previste dall'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001. In tal senso deporrebbe sia la consolidata lettura degli artt. 257 e 324 cod. proc. pen., secondo cui il potere di proporre riesame avverso il decreto di sequestro spetta - oltre che all'imputato, alla persona alla quale le cose sono state sequestrate e a quella che avrebbe diritto alla loro restituzione - anche al difensore dell'indagato; sia la previsione dell'art. 52, comma 1, d.lgs. n. 231 del 2001, in base alla quale l'ente, “per mezzo del suo difensore”, può proporre appello contro tutti i provvedimenti in materia di misure cautelari, indicandone contestualmente i motivi, e “si osservano le disposizioni di cui all'art. 322 bis cod. proc. pen., commi 1 bis e 2”. Il fatto che la norma specifichi il riferimento al difensore, non richiedendo la proposizione dell'impugnazione per mezzo del rappresentante legale, starebbe a dimostrare che l'impugnazione della misura cautelare non è subordinata alla manifestazione di volontà da parte dell'ente di partecipare al giudizio ed alla conseguente costituzione nel giudizio stesso a norma dell'art. 39.

In conclusione, l'ente - venuto a conoscenza della instaurazione di un procedimento a proprio carico – avrebbe la facoltà di nominare un difensore di fiducia nei modi previsti dall'art. 96 cod. proc. pen., al pari della persona fisica sottoposta alle indagini o imputata,

essendo onerato di costituirsi con le formalità di cui all'art. 39 d. lgs. n.231 del 2001 solo nella fase del giudizio.

Il ragionamento seguito nella sentenza *Quisqueyana* si fonda essenzialmente sulla differenza delle funzioni che il difensore è chiamato a svolgere nella fase del giudizio rispetto a quella delle indagini preliminari e dei procedimenti incidentali concernenti le impugnazioni delle misure cautelari.

Nel giudizio il difensore, oltre ad assicurare la difesa tecnica, assume anche la rappresentanza dell'ente nei casi di assenza del legale rappresentante – ex art. 39, ultimo comma, d.lgs. n.231 del 2001 – il che giustificherebbe il rilascio della procura ex art.100 cod. proc. pen. e la formalizzazione della costituzione nelle forme previste dall'art.39.

L'atto di costituzione, infatti, non assolve alla mera funzione di nominare un difensore di fiducia, per cui sarebbe sufficiente il conferimento del mandato, bensì consente di individuare il soggetto – potenzialmente diverso dal legale rappresentante incaricato dell'ordinaria gestione dell'ente – che nell'ambito del procedimento ha la legittimazione ad agire per conto dell'ente, compiendo le necessarie scelte processuali e ponendo in essere gli atti personalissimi, quali ad esempio la sottoposizione ad esame dibattimentale. Tali esigenze non sussisterebbero nel corso delle indagini preliminari lì dove si pone, invece, un'esigenza di assicurare all'ente l'assistenza difensiva secondo le modalità maggiormente compatibili con i tempi e la natura degli atti da porre in essere.

Appare opportuno precisare che la sentenza *Quisqueyana*, a supporto della conclusione favorevole alla nomina del difensore di fiducia da parte dell'ente ex art. 96 cod. proc. pen., cita una precedente pronuncia – Sez.VI, 23 giugno 2006, n.32627, La Fiorita Soc. coop. a r.l., Rv. 235637 - che, invero, aveva affrontato l'ambito applicativo dell'art.39 d.lgs. n.231 del 2001 sotto un profilo essenzialmente diverso. Tale sentenza si è limitata ad affermare che la costituzione secondo le forme previste dall'art.39 è funzionale all'individuazione del soggetto che è deputato a manifestare nel processo la volontà dell'ente collettivo, non prendendo tuttavia espressamente posizione in merito all'eventuale possibilità per l'ente di conferire la nomina al difensore di fiducia ex art. 96 cod. proc. pen., trattandosi di questione non dedotta nei motivi di ricorso ivi scrutinati.

3. L'orientamento contrario.

L'impostazione seguita dalla sentenza *Quisqueyana* non ha trovato conferma nelle successive pronunce, che hanno dato luogo ad un orientamento essenzialmente fondato sulla specialità della disciplina contenuta nel d.lgs. n.231 del 2001 in ordine alle forme di costituzione e difesa dell'ente.

A partire dalla pronuncia emessa da Sez.VI, 5 febbraio 2008, n.15689, Ari International s.r.l., RV.241011, si è delineato un orientamento nettamente favorevole ad individuare nelle formalità di cui all'art. 39 d.lgs. n.231 del 2001 lo schema unitario di partecipazione e difesa dell'ente, facendo leva sulla peculiarità della natura collettiva del soggetto sottoposto al procedimento penale, nonché sul dettato normativo riferito all'intero procedimento e non già alla sola fase del giudizio. In termini sostanzialmente analoghi si è espressa la giurisprudenza successiva – Sez.II, 9 dicembre 2014, n.52748, Vbi01, Rv.261967- ribadendo che il “*testo della norma di cui all'art. 39 del D.Lgs. 231/2001 è assolutamente chiaro nel momento in cui commina la sanzione processuale dell'inammissibilità (come tale rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento) in assenza del predetto atto di costituzione la cui presenza formale è richiesta nella fase nella quale si opera, in quanto l'art. 39, comma 2, legge cit. fa riferimento all'intero procedimento disciplinato nel capo 3, del D.Lgs. n. 231 del 2001 il quale ricomprende anche le questioni relative ai sequestri ed alle loro impugnazioni ai sensi dell'art. 53 del medesimo Decreto Legislativo*”. La necessità di una formale costituzione dell'ente per lo svolgimento di qualsivoglia attività defensionale è stata desunta dalla stessa natura del soggetto coinvolto nel procedimento penale che, essendo un'entità non personificata, non può manifestare la propria volontà di partecipazione mediante la presenza fisica nel procedimento, occorrendo un'estrinsecazione che assuma le forme previste dall'art.39 d.lgs. n.231 del 2001. Né si è ritenuto che dalla condotta del legale rappresentante dell'ente il quale abbia proceduto alla nomina di un difensore di fiducia, che si è poi attivato per sostenere la posizione dell'ente in una qualsivoglia fase del procedimento o del processo, se ne possa desumere l'espressione della volontà di costituirsi nel processo al fine di parteciparvi attivamente. Per come è strutturata la disciplina in esame, l'atto di costituzione ed il conferimento della procura speciale al

difensore, sono atti autonomi che, pur producendo conseguenze complementari tra di loro, conservano una distinta individualità formale e funzionale. L'atto di costituzione manifesta la volontà dell'ente di partecipare al procedimento, mentre la procura conferita al difensore nelle forme di cui all'art.100 cod. proc. pen. attribuisce a quest'ultimo il potere di agire nell'ambito del processo nell'interesse dell'ente ed, in caso di assenze del legale rappresentante, anche in rappresentanza del soggetto collettivo.

4. Il ruolo del difensore d'ufficio.

L'adesione alla tesi secondo cui la costituzione, con la conseguente possibilità di nominare il difensore di fiducia, richieda necessariamente il rispetto delle forme previste dall'art. 39 d.lgs. n.231 del 2001, ha comportato necessariamente il confronto con la problematica più ampia dell'effettività delle garanzie partecipative dell'ente al procedimento. È di tutta evidenza che, se si ammette la sufficienza della semplice nomina fiduciaria ex art.96 cod. proc. pen., non si pongono questioni in ordine all'effettività della garanzia difensiva anche in rapporto ad atti che, in base alle ordinarie cadenze procedurali, si svolgono in termini necessariamente ristretti, come avviene, per l'appunto, con riferimento alle impugnazioni delle misure cautelari. Viceversa, ipotizzare che nella fase delle indagini preliminari e, quindi, nei procedimenti incidentali *de libertate* la costituzione vada pur sempre effettuata secondo l'iter descritto all'art.39 d.lgs. n. 231 del 2001, ha fatto sorgere il sospetto di incostituzionalità della norma, ritenendosi in concreto non effettiva la garanzia del diritto alla partecipazione ed alla difesa tecnica. Tale problema è stato compiutamente esaminato da una pronuncia che, pur inserendosi nel solco dell'orientamento favorevole a richiedere in ogni fase la costituzione ex art.39 d.lgs. n.231 del 2001, si è fatta carico di valutare complessivamente l'istituto, anche e soprattutto in relazione alle garanzie costituzionali che spettano all'ente al pari dell'imputato persona fisica. È sicuramente degna di nota, anche per l'incidenza che ha avuto sul successivo pronunciamento delle Sezioni Unite, la sentenza emessa da Sez. VI, 19 giugno 2009, Caporello, n.41398, Rv. 244407, che ricostruisce l'istituto in esame proprio in relazione ad un'ipotesi di proposizione dell'appello avverso un

sequestro preventivo, presentato dal difensore di fiducia dell'ente nominato ex art.96 cod. proc. pen. dal legale rappresentante, a sua volta indagato del reato presupposto e, quindi, incompatibile ad assumere la rappresentanza dell'ente all'interno del procedimento penale. Il ricorrente deduceva l'incostituzionalità dell'art.39 d.lgs. n.231 del 2001 nella parte in cui, non prevedendo un meccanismo procedurale in grado di ovviare alla situazione di incompatibilità, determinerebbe l'impossibilità per l'ente di partecipare attivamente nel giudizio che si svolge a suo carico. Nel dichiarare la questione manifestamente infondata, la Corte ha chiarito come la scelta di partecipare o meno al procedimento è di esclusiva spettanza dell'ente, con la conseguenza che qualora non venga esercitata la facoltà di costituzione secondo le forme previste dall'art.39 d.lgs. n.231 del 2001, alcuna lesione del diritto di difesa è ipotizzabile. Tanto più che il sistema normativo in esame prevede espressamente, quale garanzia minima, la difesa d'ufficio in favore dell'ente indagato che si sia regolarmente munito di un difensore di fiducia, circostanza che può verificarsi sia per una libera determinazione, sia nell'ipotesi di nomina del difensore da parte del legale rappresentante incompatibile, con conseguente inammissibilità degli atti compiuti dal difensore nominato da un soggetto privo di legittimazione.

Peraltro, la Corte ha avuto cura di precisare che anche *“la semplice nomina del difensore di fiducia dell'ente da parte del rappresentante legale incompatibile deve considerarsi ricompresa nel divieto posto dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39, comma 1, in quanto realizzata da un soggetto che non è legittimato a rappresentare l'ente, cioè ad esprimere la volontà del soggetto collettivo nel procedimento che lo riguarda. Del resto la nomina del difensore non può essere considerata un atto neutro, ma anzi è strettamente connessa alla partecipazione nel processo, anche in considerazione dei maggiori poteri rappresentativi che il difensore ha nel processo a carico dell'ente (D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 39, comma 4), sicché è evidente come una tale decisione possa apparire quanto meno sospetta qualora provenga da un soggetto che la legge considera incompetente a rappresentare l'ente. Tra l'altro si tratta di una scelta che determina l'instaurarsi di un rapporto di fiducia tra le parti, garantito anche dal segreto professionale, sicché l'atto di nomina deve avere i caratteri di una libera determinazione dell'ente e non*

può essere rimessa ad un soggetto che si trova in una situazione di conflitto di interessi, presunta dalla legge in termini assoluti?

In conclusione, il regime che hanno delineato i giudici della sesta sezione si fonda sul riconoscimento dell'incompatibilità ex art.39 d.lgs. n.231 del 2001 quale assoluta ed applicabile in ogni fase del procedimento, evidenziando come il diritto all'assistenza tecnica dell'ente sia pur sempre garantito dal ricorso alla difesa d'ufficio. Unica alternativa rispetto a quest'ultima eventualità è che l'ente, tramite un soggetto che non versi in situazione di incompatibilità, provveda alla formale costituzione e nomina del difensore secondo le forme previste dall'art.39 d.lgs. n.231 del 2001. Sul punto la Corte riafferma che le diverse modalità di costituzione dell'ente nel processo e di nomina del difensore, previste nel d.lgs. n. 231 del 2001, prevalgono sulla disciplina codicistica avendo natura di disposizioni speciali, conseguentemente escludendo che l'impugnazione in materia di misure cautelari possa essere proposta da un difensore nominato ex art.96 cod. proc. pen.

L'ultimo passaggio argomentativo degno di rilievo è quello concernente la modalità di attuazione dell'assistenza difensiva nella fase delle indagini preliminari ed in concomitanza con atti che, per la loro tempistica, potrebbero obiettivamente risultare incompatibili con la procedura di costituzione delineata dall'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001. Rispetto a tale evenienza, la Corte osserva come *“All'ente viene comunque assicurato il diritto di difesa tecnica attraverso la nomina di un difensore d'ufficio: trova, infatti, applicazione nella fase delle indagini l'istituto dell'informazione sul diritto di difesa previsto dall'art. 369 bis c.p.p., del tutto compatibile con il processo disciplinato dal D.Lgs. n. 231 del 2001, per cui il pubblico ministero sin dal primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere deve provvedere alla nomina del difensore d'ufficio, il quale può esercitare tutte le prerogative difensive a favore dell'ente, ad eccezione di quelle rientranti nella categoria degli atti c.d. personalissimi. In questo modo, l'ente che decida di non sostituire il rappresentante legale incompatibile non rimarrà privo di difesa nel corso delle indagini preliminari, in quanto, ad esempio, spetterà al difensore d'ufficio proporre impugnazione avverso i provvedimenti cautelari reali ovvero partecipare all'udienza prevista dal D.Lgs. n. 231 del 2001, art. 47, comma 2”*.

Ciò che resterà precluso all'ente non costituitosi, pertanto, saranno i soli atti difensivi personalissimi – quali l'interrogatorio, la ricusazione, la rinuncia alla prescrizione, le richieste di riti alternativi – che presuppongono la diretta partecipazione del soggetto sottoposto al procedimento, il quale rimane libero di scegliere se partecipare o meno, senza che ciò possa in alcun modo ledere le prerogative tipicamente riconosciute all'indagato o imputato.

5. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

A fronte dei richiamati contrapposti orientamenti emersi nelle pronunce di legittimità, le **Sez.un., 28 maggio 2015, n.33041, Gabrielloni, Rv. 264309-264313**, hanno ritenuto di offrire una ricostruzione complessiva delle problematiche concernenti le modalità di partecipazione ed assistenza difensiva dell'ente, partendo dal presupposto che il dettato normativo dell'art.39 d.lgs. n.231 del 2001 costituisce il paradigma di fondo sul quale improntare l'esame della questione. La suddetta norma è stata ritenuta il *primum movens* sia sotto il profilo dell'inequivoco tenore letterale, sia per la centralità che il legislatore gli ha attribuito nel delineare il profilo della rappresentanza dell'ente. Con riferimento all'interpretazione letterale dell'art.39, la Corte ha evidenziato come l'utilizzo del termine "procedimento" per l'individuazione dell'ambito di applicabilità della disciplina, non può certamente essere sminuito ad una presunta imprecisione del legislatore. Invero, la collocazione sistematica dell'art.39, nell'ambito di una scansione temporale precisa e che delinea le fasi delle indagini preliminari, dell'udienza preliminare e del giudizio, il richiamo alla distinzione tra la fase procedimentale e quella processuale, "*rende evidente come l'istituto della costituzione nel procedimento e il suo carattere di onere sia destinato a spiegare pienamente i propri effetti già per l'esercizio delle facoltà spettanti nella fase delle indagini preliminari*".

Accanto all'esegesi testuale della norma, assume altrettanto rilievo la *ratio* sottesa alla previsione di modalità di costituzione dell'ente del tutto peculiari e derogatorie rispetto a quelle previste in linea generale dal codice di procedura nei confronti dell'indagato-imputato. Si è sottolineato, infatti, come la necessità della costituzione dell'ente con le forme previste dall'art.39 d.lgs. n.231 del 2001 discende essenzialmente dalla natura

impersonale dell'ente, spesso caratterizzato da una organizzazione complesse, tale da rendere necessarie forme di esternazione della volontà di partecipare al procedimento sicuramente più articolate rispetto a quanto previsto per la persona fisica. A ciò occorre aggiungere che nei confronti dell'ente sussiste fin dalle prime fasi procedurali l'esigenza di rendere chiaramente percepibile per l'autorità giudiziaria l'eventuale situazione di conflitto di interessi che può discendere dall'assunzione da parte del legale rappresentante del ruolo di indagato del reato presupposto della responsabilità amministrativa.

In definitiva, è proprio la connotazione soggettiva dell'ente, privo della fisicità propria dell'indagato/imputato, che determina la necessità di manifestare la volontà di partecipare ed esercitare il diritto di nomina del difensore di fiducia con formalità specifiche. Affermano le Sezioni Unite che l'ente *“per mezzo del suo rappresentante legale può scegliere se intenda o meno partecipare al procedimento, ma nel primo caso è tenuto a seguire un percorso procedimentale inderogabile che è quello della costituzione mediante il deposito della dichiarazione: la quale è finalizzata, per l'appunto, a presentare l'ente – anche nelle vicende modificative eventuali e successive (v. art.42 che richiama ancora una volta la procedura di esternazione di cui all'art.30, comma 2) – ossia a far emergere elementi che sono certamente il frutto della sua autonomia negoziale (esplicitazione del nome del legale rappresentante, indicazione del proprio difensore di fiducia, attestazione del già avvenuto rilascio della procura ai sensi dell'art.100, comma 1, cod.proc.pen.) e che, per questo, il legislatore chiede siano formalizzati già nel procedimento”*.

In conclusione, in linea generale è stato affermato il principio per cui l'onere di formale costituzione ai sensi dell'art. 39 D.Lgs. 231/2001, previsto come condizione per la partecipazione attiva dell'ente al procedimento che lo riguarda, opera sin dalla fase delle indagini preliminari (**Sez.un., 28 maggio 2015, n.33041, Gabrielloni, Rv.264313**).

6. La compatibilità della costituzione formale nel caso di compimento dei c.d. “atti a sorpresa”.

Affermato quale principio di fondo che le forme di costituzione e rappresentanza dell'ente sono quelle descritte dall'art.39 d.lgs. n.231 del 2001, le Sezioni unite hanno

verificato la compatibilità di una procedura di costituzione obiettivamente non di immediata attuabilità – contemplando anche l’eventuale intervento di organi deliberativi collegiali dell’ente - rispetto alla scansione temporale degli atti di indagine ed, in particolare, di quelli rispetto ai quali, pur essendo prevista l’eventuale presenza del difensore, non è consentito il previo avvertimento. Si tratta dell’ampia categoria dei cosiddetti “atti a sorpresa” nel cui novero rientrano perquisizioni e sequestri, integranti fattispecie di atti di indagine particolarmente frequenti nei procedimenti a carico degli enti. Sottolineano le Sezioni unite come la “*rapidità e urgenza*” di tali atti va di norma ad inserirsi in una fase iniziale del procedimento, allorquando è altamente probabile che l’ente non conosca neppure l’esistenza dell’indagine o, quanto meno, non ha certamente avuto modo e ragione di predisporre quanto necessario per la tempestiva costituzione ex art.39 d.lgs. n.231 del 2001. Individuare forme che consentano all’ente, anche in tali frangenti, di potersi munire di un difensore di fiducia risponde all’attuazione del fondamentale diritto di difesa, garanzia di rango costituzionale, stante la previsione dell’art.24 Cost., garanzia espressamente ribadita nel sistema del d.lgs. n.231 del 2001 lì dove la posizione dell’ente è stata integralmente equiparata a quella dell’indagato/imputato. Una volta accertata l’incompatibilità della costituzione formale ex art.39 d.lgs. n.231 del 2001 con riferimento agli atti a sorpresa, le Sezioni unite hanno valorizzato un’interpretazione costituzionalmente orientata del sistema normativo, ritenendo che “*la nomina del difensore di fiducia da parte del legale rappresentante dell’ente, secondo il disposto dell’art.96 cod.proc.pen., abilita quello al pieno esercizio delle facoltà descritte dalle norme di volta in volta considerato*”. La nomina effettuata in occasione del compimento di uno dei predetti atti determina quale effetto consequenziale l’attribuzione al difensore di fiducia della legittimazione ad assumere le connesse iniziative nell’interesse dell’ente, anche mediante proposizione dei mezzi di gravame eventualmente consentiti. L’efficacia della nomina del difensore di fiducia ex art.96 cod. proc. pen. ed in assenza di formale costituzione, tuttavia, ha una durata temporale necessariamente circoscritta ed è destinata a venir meno per effetto della notifica dell’informazione di garanzia, rivolta all’ente in base all’art.57 d.lgs. n.231 del 2001, con la quale viene dato all’ente l’avvertimento che,

per partecipare al procedimento, deve depositare la dichiarazione di cui all'art.39 comma 2.

La notifica dell'informazione di garanzia, pertanto, diviene lo snodo centrale dell'argomentazione seguita dalle Sezioni unite, essendosi ritenuto che tale atto *“serve ad allertare l'ente circa gli oneri partecipativi al procedimento, una sorta di messa in mora per effetto della quale quello può venirsi a trovare nella condizione di non versare più nella situazione della imprevedibilità e della urgenza della reazione che vengono qui ritenute incompatibili con i tempi della costituzione nel procedimento”*.

In buona sostanza, a decorrere dal momento in cui l'ente riceve l'avvertimento in ordine alle modalità della costituzione, diviene priva di ragion d'essere la difesa di fiducia ex art.96 cod. proc. pen., proprio perché si richiede che l'ente manifesti nelle forme tipiche l'intenzione di partecipare, fornendo anche le indicazioni specifiche contenute nell'atto di costituzione così come delineato dall'art.39.

La Corte si è anche premurata di distinguere a seconda che l'informazione di garanzia venga ritualmente notificata contestualmente al compimento dell'atto cui il difensore ha diritto di assistere, rispetto alle ipotesi in cui, per una pluralità di ragioni, tale notifica intervenga solo successivamente. Ben può avvenire, infatti, che l'atto venga compiuto non alla presenza del legale rappresentante dell'ente indagato e, quindi, l'informazione deve necessariamente seguire in un secondo momento. Altrettanto plausibile è il caso dell'omissione patologica dell'informazione, nel qual caso si è precisato, tuttavia, che non necessariamente si determina la nullità dell'atto di perquisizione e sequestro, richiamandosi la consolidata giurisprudenza in materia (si veda Sez.V, 7 maggio 2013, n.28336, Scalera, Rv. 256776; con specifico riferimento al procedimento a carico degli enti si veda Sez. II, 25 maggio 2005, n.23189, Zanettin, Rv. 232007; più in generale Sez.un., 23 febbraio 2000, n.7, Mariano, Rv.215839).

In definitiva, si è individuato nel momento in cui interviene la notifica dell'informazione di garanzia ex art.57 d.lgs. n.231 del 2001 un vero e proprio spartiacque tra l'esercizio della legittima facoltà di avvalersi del difensore di fiducia, rispetto alla necessità di procedere alla formale costituzione ex art.39. Affermano

testualmente le Sezioni unite che il difensore di fiducia nominato ex art.96 cod. proc. pen. “*conserva appieno tutte le facoltà connesse con il mandato, solo prima della costituzione dell'ente, per l'espletamento dei diritti correlati alle attività della parte pubblica che si presentino col carattere della imprevedibilità e della urgenza. Ovviamente la legittimazione di quello stesso difensore è destinata ad essere validata dalla successiva costituzione dell'ente che confermi, nella relativa dichiarazione, la nomina stessa, nuovamente legittimandola anche mediante il conferimento di una procura ad hoc.*

Al contrario, nei casi diversi da quelli appena evocati e segnatamente, tra l'altro, in tutti i frangenti e i segmenti procedurali che seguono l'informazione di garanzia contenente l'avvertimento della necessità della costituzione per partecipare al procedimento, il mancato esercizio di tale onere deve essere ritenuto come una precisa opzione processuale che vale a incidere negativamente, travolgendola ex lege, anche sulla legittimazione del difensore di fiducia, i cui poteri restano incapaci di produrre effetti procedurali, con il conseguente subentro di quelli del - a questo punto indispensabile - difensore di ufficio.”

Così ricostruiti i rapporti tra la difesa fiduciaria impostata sul tipico modello previsto nei confronti dell'indagato persona fisica e la più complessa forma di rappresentanza ed assistenza riguardante l'ente indagato, si è fatto salvo il principio di specialità dell'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001, escludendone l'applicazione in quei soli casi residuali rispetto ai quali, per la cadenze ristrette ed obiettivamente incompatibili con la formalizzazione della costituzione, il ricorso alla nomina del difensore di fiducia ex art.96 cod. proc. pen. è risultata essere l'unica modalità concretamente in grado di garantire la tutela del diritto all'assistenza difensiva.

I principi sopra espressi, sono stati trasfusi nella risoluzione del quesito posto alle Sezioni unite concernenti, nello specifico, le modalità di costituzione e rappresentanza dell'ente nell'ipotesi dell'impugnazione dei provvedimenti cautelari reali, quesito al quale la Corte ha risposto con il principio così massimato “*è ammissibile la richiesta di riesame avverso il decreto di sequestro preventivo presentata, ai sensi dell'art. 324 cod. proc. pen., dal difensore di fiducia nominato dal rappresentante dell'ente secondo il disposto dell'art. 96 cod. proc. pen. ed in assenza di un previo atto formale di costituzione a norma dell'art. 39 D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, a condizione che, precedentemente o contestualmente all'esecuzione del sequestro, non sia stata comunicata*

l'informazione di garanzia prevista dall'art. 57 del d.lgs medesimo” (Sez. un., 28 maggio 2015, n.33041, Gabrielloni, Rv.264309).

7. L'eventuale incompatibilità del legale rappresentante. – La sentenza in commento, pur rilevando come nel caso sottoposto al suo esame la nomina del difensore era stata fatta dal legale rappresentante non indagato, ha ritenuto opportuno esaminare la questione concernente l'ambito processuale di applicazione dell'incompatibilità ex art.39 d.lgs. n.231 del 2001. L'argomento è stato opportunamente approfondito sul presupposto che, nei casi portati all'attenzione della Suprema Corte e che avevano dato luogo al contrasto, la nomina del difensore di fiducia ex art.96 cod.proc.pen. era stata soventemente percorsa anche per superare l'*impasse* creatasi allorquando, nella fase delle indagini preliminari, interviene un provvedimento cautelare nei confronti dell'ente il cui legale rappresentante è indagato del reato presupposto. Come precedentemente evidenziato, si è addirittura dubitato della legittimità costituzionale dell'estensione dell'incompatibilità ex art. 39 d.lgs. n.231 del 2001 alla fase delle indagini preliminari, sottolineando come la tempistica degli atti che contraddistingue tale segmento procedurale risulterebbe incompatibile con la procedura – a volte necessariamente complessa e che può richiedere l'intervento di organi collegiali dell'ente – volta ad individuare un rappresentante dell'ente diverso da quello in carica e che si trovi in condizione di incompatibilità (sul punto si richiama la pronuncia resa da Sez. VI, 19 giugno 2009, Caporello, n.41398, Rv.244407, nonché Sez.VI, 31 maggio 2011, n.29930, Ingross Levante spa, Rv.250432).

Seguendo la tesi favorevole alla generalizzata facoltà di nomina del difensore ex art.96 cod.proc.pen., il problema dell'incompatibilità del legale rappresentante sarebbe stato superabile ritenendo applicabile la suddetta previsione ai soli casi di costituzione formale ex art.39 d.lgs. n.231 del 2001 e, conseguentemente, ipotizzando che fin quando l'ente si limita ad avvalersi della difesa tecnica fiduciaria la nomina del difensore potrebbe essere legittimamente effettuata anche dal legale rappresentante incompatibile.

La tesi è stata nettamente smentita dalle Sezioni unite, sulla base di una complessiva ricostruzione della *ratio* del regime dell'incompatibilità e della verifica dell'estensione della stessa, giungendo alla conclusione che il rappresentante legale indagato o imputato del reato presupposto non può provvedere, a causa di tale condizione di incompatibilità, alla nomina del difensore dell'ente, per il generale e assoluto divieto di rappresentanza posto dall'art. 39 d.lgs. n. 231 del 2001 (**Sez.un., 28 maggio 2015, n.33041, Gabrielloni, Rv.264310**).

L'*iter* argomentativo seguito dalle Sezioni unite parte dalla struttura dell'art.39 d.lgs. n.231 del 2001, evidenziando come la *consecutio* dei principi fissati al primo ed al secondo comma dell'art.39 richiama l'attenzione sul fatto che l'incompatibilità opera "*prima ed a prescindere dell'atto di costituzione*", in quanto la situazione di potenziale conflitto di interessi tra il legale rappresentante indagato e l'ente incide direttamente sulla legittimazione del primo a porre in essere atti di qualsivoglia natura interni al procedimento penale. La *ratio* di tale carenza di legittimazione è stata ravvisata nel fatto stesso che l'incompatibilità in esame si fonda su una presunzione assoluta introdotta dal legislatore, derivante dal fatto che le scelte operate dal legale rappresentante indagato del reato presupposto sono inficcate in quanto sussiste il sospetto – per l'appunto presunto *ex lege* – che siano "*frutto di una scelta strategica inquinata del rappresentante*". A ben vedere, pur non potendosi in astratto escludere che non vi sia contrasto tra le strategie difensive dell'ente e del legale rappresentante imputato per il reato presupposto, di fondo rimane che l'impianto dell'imputazione oggettiva dell'illecito dipendente da reato all'ente depona nel senso della sussistenza della contrapposizione di posizioni. Basti considerare che l'ente avrà tutto l'interesse a dimostrare che il reato è stato commesso per finalità esclusivamente riconducibili all'interesse dell'agente, mentre quest'ultimo tenderà ad attribuire la condotta ad altri soggetti che operavano per l'ente o, quanto meno, a ricondurre il fatto nell'ambito di una politica d'impresa dettata dall'ente.

A fronte della problematica ricostruzione dei rapporti tra ente e legale rappresentante indagato, pertanto, sarebbe il legislatore stesso ad aver introdotto una presunzione di incompatibilità tra le due figure soggettive, proprio perché la contrapposizione di

interessi processuali è insita nello stesso sistema di imputazione dell'illecito amministrativo dipendente da reato.

La Corte ha anche sottolineato come a fronte dell'incapacità presunta *ope legis* non vi è neppure spazio per valutazioni in concreto rimesse all'autorità giudiziaria sul paradigma di quanto previsto per la diversa ipotesi dell'incompatibilità del difensore ex art.106 cod.proc.pen. In quest'ultima fattispecie, infatti, la nomina del difensore di fiducia è di per sé perfettamente valida, potendo derivare una situazione di incompatibilità – ma si precisa del difensore e non già dell'assistito – per effetto dell'assunzione della difesa di soggetti con posizioni processuali incompatibili. Ben diversa è la situazione che si verifica nel caso di nomina del difensore da parte del legale rappresentante indagato del reato presupposto, lì dove il conflitto di interessi non attiene alla figura del difensore, bensì a quella del soggetto che effettua la nomina e che, per tale via, potrebbe favorire la propria difesa a discapito di quella dell'ente.

Infine, le Sezioni unite sottolineano come la portata generale dell'incompatibilità ex art.39 d.lgs. n.231 del 2001 trovi conferma nel peculiare regime previsto per la prima notifica all'ente indagato. L'art.43 2°co. d.lgs. n.231 del 2001, infatti, prevede quale ipotesi eccezionale e derogatoria la validità della notifica effettuata mediante consegna al legale rappresentante indagato del reato presupposto. Tale norma è stata oggetto di una pronuncia della Corte Costituzionale chiamata a verificare la legittimità della previsione sotto il profilo della compatibilità con i principi di ragionevolezza, del giusto processo e dell'effettività del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio dell'ente. La Consulta ha dichiarato l'inammissibilità della questione, evidenziando come la ricezione delle notifiche, assicurando unicamente una funzione di informazione, non presuppone in capo al soggetto che riceve l'atto il compimento di scelte e manifestazioni di volontà che involgono un latente contrasto tra interessi divergenti. La norma contenuta nell'art.43 2°co. d.lgs. n.231 del 2001, pertanto, è stata ritenuta compatibile, sia pur nella sua portata derogatoria rispetto alla previsione generale dell'art.39, con le esigenze di garantire l'effettività della partecipazione dell'ente fin dalla fase iniziale concernente la notifica del primo atto che vede l'ente indagato o imputato quale destinatario. È sintomatico,



tuttavia, che la stessa Consulta ha ritenuto opportuno precisare che, qualora l'autorità giudiziaria dovesse ravvisare concreti elementi dai quali desumere l'infedeltà dell'amministratore incompatibile, un *“utile strumento, secondo la stessa prospettazione del giudice rimettente, potrebbe essere individuato nella nomina di un curatore speciale, a norma dell'art.78, secondo comma, cod.proc.civ.; in tal caso, però gli atti andrebbero notificati direttamente al curatore e non sarebbe applicabile l'art.43, comma 2, del d.lgs. n.231 del 2001”* (C.Cost., 27 luglio 2011, n.249).

In conclusione, la pronuncia sopra richiamata – lungi dal fornire argomenti a sostegno della tesi della legittimazione del legale rappresentante alla nomina del difensore di fiducia in sede di indagine – costituisce un argomento centrale per affermare la natura assoluta dell'incompatibilità e la rilevanza della stessa fin dalla fase procedimentale; tanto ciò è vero che, pur a fronte di una previsione eccezionale e derogatoria qual è quella contenuta all'art.43 2°co. d.lgs. n. 231 del 2001, la stessa Corte Costituzionale ha avvertito l'esigenza di indicare una via interpretativa idonea a tutelare l'ente nelle ipotesi in cui il legale rappresentante indagato venga meno anche al semplice obbligo di informare gli organi dell'ente dell'esistenza del procedimento penale.

Una volta affermato, pertanto, che l'incompatibilità ex art.39 d.lgs. n.231 del 2001 opera con riferimento a qualsivoglia fase procedurale, ne consegue che l'impugnazione avverso l'ordinanza cautelare proposta dal difensore di fiducia nominato ex art.96 cod.proc.pen. sarà inammissibile non solo nei casi in cui occorre la preventiva costituzione formale dell'ente, ma anche allorquando la nomina fiduciaria sia stata effettuata dal legale rappresentante incompatibile e, pertanto, non legittimato a compiere alcun atto difensivo in nome e per conto dell'ente.



SEZIONE VI

PROCEDIMENTI DEFLATTIVI

CAPITOLO I

L'ESTINZIONE DELLA PROCEDIBILITÀ PER PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO NEL PROCEDIMENTO DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

(LUIGI BARONE)

SOMMARIO: 1. Effetti della mancata comparizione della persona offesa all'udienza dibattimentale sulla declaratoria di improcedibilità per particolare tenuità del fatto. - 1.1. Inquadramento della questione. - 1.2. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità. - 1.3. La soluzione offerta dalle Sezioni unite. -

1. Effetti della mancata comparizione della persona offesa all'udienza dibattimentale sulla declaratoria di improcedibilità per particolare tenuità del fatto.

Nell'anno trascorso, le Sezioni unite (**16 luglio 2015, n. 43264, Steger, Rv. 264547**), si sono occupate, in materia di giudice di pace, della questione, rimessa dalla Quinta sezione penale in quanto oggetto di contrasto giurisprudenziale, se la mancata comparizione della persona offesa alla udienza davanti al giudice di pace implichi di per sé una opposizione a che il procedimento sia definito con la declaratoria di particolare tenuità del fatto a norma dell'art. 34, comma 3, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

1.1. Inquadramento della questione.

L'istituto della particolare tenuità del fatto si inquadra tra gli strumenti di deflazione processuale volti a fronteggiare il fenomeno della crescente domanda di giustizia e del conseguente ingolfamento del sistema giudiziario. Si tratta di una previsione da ricomprendere nell'ambito della categoria delle *diversion*, intendendo con questa espressione ogni deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale prima

della pronuncia sull'imputazione. Oggetto della *diversion* sono i cosiddetti reati bagatellari impropri, che sfuggono agli interventi di depenalizzazione dei reati bagatellari "propri", ritenuti ormai privi di offensività, ma che vengono attratti nel meccanismo deflattivo in questione, se in concreto dimostrano una esigua lesività, tanto da far perdere l'interesse ad un loro perseguimento penale. Il fatto integra una fattispecie criminosa in tutti i suoi aspetti, soggettivi ed oggettivi, ma è la sua concreta manifestazione ad essere apprezzata in termini di particolare tenuità, tanto da far venire meno l'interesse al perseguimento del reato. Nell'ordinamento penale italiano sono ormai tre le ipotesi di improcedibilità collegate alla tenuità del fatto: la prima, in ordine cronologico, disciplinata dall'art. 27 del d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, nel processo penale a carico di imputati minorenni (*irrilevanza del fatto*); la seconda, prevista dall'art. 34, d.l.vo 28 agosto 2000, n. 274, tra le disposizioni che regolano il procedimento penale davanti al giudice di pace (*esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*); la terza, di recentissima creazione, prevista dall'art. 131-bis cod. pen. (introdotto dall'art. 1, comma 2, del d.l.vo 16 marzo 2015, n. 28): *esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*.

Avuto riguardo alla seconda previsione, cui evidentemente preme qui maggiormente soffermarsi, l'art. 34, d.l.vo, cit. stabilisce, al comma 1, che il fatto è di particolare tenuità quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché la sua occasionalità e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale, tenuto altresì conto del pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può recare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato.

La norma impone, dunque, una duplice valutazione: la prima riguarda il reato e la sua concreta offensività (intesa sia come lesione che come messa in pericolo); la seconda, di natura soggettiva, tiene conto della personalità dell'imputato e della sua capacità a delinquere, intesa come probabilità di continuare a violare nel futuro la legge penale.

Sin qui, la previsione, nella sua commistione di profili oggettivi e soggettivi, ricalca strutturalmente la "irrilevanza del fatto" del procedimento minorile (che pure valorizza tra i presupposti le caratteristiche del fatto, in termini di tenuità ed occasionalità e

l'esigenza che l'ulteriore corso del procedimento non pregiudichi il percorso educativo del minore), dalla quale, invece, si discosta introducendo un ulteriore requisito di carattere negativo e procedurale, costituito, nel corso delle indagini preliminari, dall'assenza di interesse della persona offesa alla prosecuzione del procedimento; dopo l'esercizio dell'azione penale, dalla mancata opposizione dell'imputato e della persona offesa. Requisiti, questi ultimi, che la dottrina legge e giustifica nell'ottica *conciliativa*, che permea il processo davanti al giudice di pace, al punto da valorizzare la prospettiva anche della vittima del reato, riconoscendole un'autonoma dignità, solo in parte riscontrabile nella nuova disciplina sulla tenuità del fatto ex art. 131-bis cod. pen., la quale, in una prospettiva marcatamente più deflazionistica, riconosce, tanto alla persona offesa quanto all'imputato, il diritto di interlocuzione ma non di veto.

1.2. Il contrasto nella giurisprudenza di legittimità.

Nel solco delle problematiche interpretative inerenti il ruolo ed i diritti delle parti private in relazione alla declaratoria di improcedibilità ex art. 34 d.lgs. cit., dopo l'esercizio dell'azione penale, quindi nella fase dibattimentale, si inquadra la questione, posta nell'anno in esame all'attenzione delle Sezioni unite, concernente il significato da attribuire alla mancata comparizione della persona offesa in udienza e, nello specifico, se questa rappresenti univoca manifestazione della volontà di non opporsi alla definizione del procedimento ex art. 34, cit..

Sul tema si registrava, invero, un aperto dibattito che la giurisprudenza di legittimità, pur nella diversità delle conclusioni raggiunte, tendeva ad incanalare nella valenza ("neutra" o di "volontà non oppositiva") da riconoscere alla circostanza fattuale, in sé, della assenza della persona offesa dal processo.

Un primo orientamento, affermatosi con Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 9700/09, Arhni, Rv. 242971, riteneva che la decisione di non comparire all'udienza costituisse inequivoca espressione di una precisa strategia processuale e cioè della volontà di rinuncia all'esercizio di tutte le facoltà consentite dalla legge, come la possibilità di opporsi alla dichiarazione di non procedibilità dell'azione per la particolare tenuità del fatto.

Del resto, osservava nell'occasione la Corte, la declaratoria ex art. 34, cit., fondata sul presupposto della sostanziale inerzia della persona offesa, non arreca a quest'ultima alcun pregiudizio, restandole sempre aperta la strada della proposizione dell'azione di risarcimento in sede civile.

Indirizzo, questo, che nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite, il Collegio riteneva essere maggiormente intellegibile se inquadrato nel solco di quelle pronunce di legittimità (Sez. III, 6 novembre 2013, n. 48096, Tavernaro, rv. 258054), che, nell'affermare l'applicabilità della particolare tenuità del fatto ad ogni tipologia di reato, a prescindere dalla presenza o meno della persona offesa, mettono in risalto come la disciplina del giudice di pace sia ispirata alla creazione di un diritto penale “mite”, efficace, ma non ingiustificatamente afflittivo e tendenzialmente votato alla ricomposizione del conflitto causato dalla commissione del reato; sicché il fatto di particolare tenuità risponde pure alla necessità di escludere una indifferenziata applicazione delle medesime sanzioni ad un ampio ventaglio di condotte criminose concrete, tra loro graduabili, in una rinnovata visione dell'articolo 3 Cost. (Sez. IV, 26 ottobre 2004, n. 41702, Nuciforo).

A questo primo indirizzo, se ne contrapponeva altro (maggioritario), secondo cui la non opposizione dell'imputato e della persona offesa sarebbe verificabile, oltre che a mezzo di interpello o di spontanea dichiarazione dell'interessato, anche per fatti assolutamente sintomatici, purché univoci e concludenti, non riducibili alla mera assenza della persona offesa.

Questo comportamento, infatti, rappresenterebbe semplicemente la scelta della persona offesa di non coltivare l'azione civile nel processo penale, ma non la volontà di non opporsi all'immediata statuizione di proscioglimento dell'imputato (Sez. V, 3 marzo 2004, n. 16689, Frascari, Rv. 229860; Sez. V, 7 maggio 2009, n. 33689, Bakiu ed altro, Rv. 244609; Sez. V, 21 settembre 2012, n. 49781, Sabouri, Rv. 254833).

In questi termini, anche la recente Sez. V, 9 luglio 2013, n. 33763, De Cicco, Rv. 257121, che, proprio con riguardo ad un caso in cui la persona offesa, irreperibile, non era comparsa, aveva affermato che l'assenza dell'imputato in udienza costituisce un fatto

neutro, che, in quanto tale, non può essere *certamente interpretato* come espressivo della volontà di non opposizione all'epilogo decisorio ex art. 34, cit..

1.3. La soluzione offerta dalle Sezioni unite.

Nel risolvere la questione sottoposta alla sua attenzione, le Sezioni unite hanno rilevato il difetto dell'impostazione ermeneutica, sulla quale poggiano entrambi i filoni giurisprudenziali, pur pervenendo a soluzioni contrapposte. Questi, infatti, attribuiscono alla mancata comparizione in udienza della persona offesa un significato di volontà (a seconda degli indirizzi: contraria o favorevole) all'acquiescenza ad un esito del processo ai sensi dell'art. 34 d.lgs. cit..

Senonché, osservano adesso i giudici, la norma da ultimo richiamata non richiede da parte della persona offesa un'adesione a un simile esito, stabilendo invece che esso sia escluso solo in presenza di una presa di posizione che abbia il valore della "opposizione". Il che significa, come affermato dalla Corte costituzionale (n. 63 del 2007), proprio con riferimento all'art. 34, cit., che, *ai fini dell'operatività dell'istituto in oggetto nella fase successiva all'esercizio dell'azione penale, la norma richiede non già una condizione positiva (il consenso), ma una condizione negativa (la non opposizione: se l'imputato e la persona offesa non si oppongono)*.

La conclusione cui si perviene è che la volontà di opposizione debba essere necessariamente espressa (anche attraverso memorie), non potendo essere desunta da atti o comportamenti che non abbiano il carattere di una formale ed univoca manifestazione di volontà (come potrebbe essere il caso in cui la persona offesa, costituitasi, in quanto soggetto danneggiato dal reato, quale parte civile, formuli in udienza, a mezzo del procuratore speciale, richiesta di risarcimento dei danni).

In linea con l'opzione ermeneutica adottata deve leggersi, secondo la Corte, il disposto dell'art. 469, comma 1-bis, cod. proc. pen., dalla cui lettura congiunta con l'art. 34, cit., può desumersi il principio di più ampia portata, secondo cui nei vari casi in cui l'ordinamento prevede procedure intese ad accertare la particolare tenuità del fatto, la mancata comparizione della persona offesa (sia che abbia poteri di interdizione sia che

abbia un mero diritto di interlocuzione come nel caso del citato art. 469, comma 1-bis) non impedisce l'adozione della sentenza liberatoria.

Conclusione, questa, ritenuta non collidente con quanto ritenuto dalla giurisprudenza in tema di remissione tacita della querela, per cui la mancata comparizione del querelante – pur previamente avvisato che la sua assenza sarebbe stata ritenuta concludente nel senso della remissione tacita della querela – non costituisce fatto incompatibile con la volontà di persistere nella stessa, sì da integrare la remissione tacita, ai sensi dell'articolo 152 cod. pen., comma 2, (Sez. un., 30 ottobre 2008, n. 46088, Viele, Rv. 241357).

Osservano, invero, i giudici che le due affermazioni di principio non sono sovrapponibili in quanto in un caso (art. 152, cit.) in forza del dettato normativo l'effetto estintivo si determina in base ad un comportamento del querelante dal quale sia ricavabile la volontà di rimettere la querela, nell'altro (art. 34, cit.) *il comportamento dell'offeso è – all'opposto – richiesto per impedire il verificarsi della causa di non punibilità.*

Il percorso argomentativo delle Sezioni unite approda, così, all'enunciazione del principio secondo cui nel procedimento davanti al giudice di pace, dopo l'esercizio dell'azione penale, la mancata comparizione in udienza della persona offesa, ritualmente citata ancorché irreperibile, non è di per sé di ostacolo alla dichiarazione di particolare tenuità del fatto, in quanto l'opposizione, prevista come condizione ostativa dall'art. 34 comma 3 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, deve essere necessariamente espressa e non può essere desunta da atti o comportamenti che non abbiano il carattere di una formale ed inequivoca manifestazione di volontà in tal senso (**Rv. 264547**).

A completamento di quanto ritenuto, la Corte fissa, infine, una serie di corollari:

a) La persona offesa deve essere stata messa in grado di esprimere la sua eventuale volontà oppositiva (ergo: deve essere accertata la sua rituale citazione al dibattimento).

b) L'atto di opposizione è *personalissimo*, in quanto rientra nel genere di atti *idonei a determinare il contenuto della pronuncia*, con la conseguenza che possono dirsi abilitati ad esprimere una simile volontà la persona offesa (e l'imputato) personalmente o a mezzo di procuratore speciale e non il difensore o altri soggetti, fatta eccezione per i casi di rappresentanza della persona offesa minore, interdetta o inabilitata.



c) La volontà di opposizione deve essere manifestata solo dopo l'esercizio dell'azione penale e non può, pertanto, riconoscersi alcuna idoneità ad una eventuale espressione di opposizione formulata prima di tale cadenza processuale "ora per allora".



CAPITOLO II

L'ESTINZIONE DEL REATO PER LA CONDOTTA RIPARATORIA DELL'IMPUTATO NEL PROCEDIMENTO DAVANTI AL GIUDICE DI PACE

(FRANCESCA COSTANTINI)

Sommario: 1. La questione esaminata. 2. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. 3. La sentenza di estinzione del reato per condotte riparatorie. 4. La decisione delle Sezioni unite.

1. La questione esaminata.

Le Sezione Unite penali della Suprema Corte di cassazione, con sentenza del **23 aprile 2015, n. 33864, Sbaiz, Rv. 264238-264240**, hanno risolto la particolare questione relativa alla sussistenza o meno, in tema di reati di competenza del giudice di pace, dell'interesse per la parte civile a proporre impugnazione, anche ai soli effetti civili, avverso la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie, prevista dall'art. 35, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

Sulla questione si registrava, infatti, un contrasto involgente un duplice profilo: quello relativo alla possibilità o meno per la parte civile che non abbia proposto ricorso immediato ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. n. 274 del 2000, di proporre impugnazione non solo agli effetti civili ma anche agli effetti penali e, qualora si escluda tale ultima opzione, quello relativo alla sussistenza o meno in capo alla parte civile dell'interesse a proporre impugnazione anche ai soli effetti civili.

Le Sezioni unite, nel decidere la questione, all'esito dell'esame dei contrapposti orientamenti, oltre a richiamare i principi elaborati dalla giurisprudenza di legittimità sul più generale tema della legittimazione e dell'interesse della parte civile ad impugnare le sentenze di proscioglimento, hanno, altresì, analizzato il peculiare istituto previsto dall'art. 35, d.lgs. 274 del 2000, con riferimento alla natura e alle modalità operative del meccanismo estintivo, affermando anche in relazione a tale tema importanti principi di diritto.

2. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa.

Come evidenziato nell'ordinanza del 18 novembre 2014, n. 2291, con la quale la Quinta sezione della Corte di cassazione ha investito della questione il Supremo collegio, il contrasto esistente tra le sezioni ordinarie si articolava in due distinti orientamenti, sostanzialmente sviluppati sulla base di una diversa considerazione della natura e degli effetti che la particolare tipologia di sentenza contemplata dall'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000 può produrre nei confronti della parte civile.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, inizialmente affermato da Sez. IV, 14 maggio 2008, n. 23527, Di Martino, Rv. 240939, in tema di reati di competenza del giudice di pace deve ritenersi sussistente l'interesse della parte civile ad impugnare la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato per intervenuto risarcimento dei danni, atteso che detta pronuncia contiene valutazioni incidenti nel merito della pretesa civilistica e potenzialmente pregiudizievoli per gli interessi della parte privata. Nella motivazione di tale pronuncia si osservava, infatti, che deve riconoscersi alla parte civile che non sia ricorrente ai sensi dell' art. 21 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, la facoltà di impugnare, ai soli effetti della responsabilità civile, le sentenze di proscioglimento - al cui genere si ritiene riconducibile la particolare sentenza in esame - pronunciate nel giudizio di primo grado, ai sensi dell'articolo 576 cod. proc. pen., disposizione che troverebbe applicazione anche in caso di sentenza pronunciata dal giudice di pace, in forza del richiamo alle norme del codice di procedura penale contenuto nell'art. 2 del citato decreto.

Conseguentemente, sotto il profilo dell'interesse a ricorrere, si dovrebbe ritenere certamente ammissibile l'impugnazione ai soli effetti civili della sentenza in esame perché ritenuta potenzialmente pregiudizievole degli interessi della parte civile.

In termini adesivi si erano, successivamente, espresse Sez. V, 7 novembre 2013, n. 50578, Bucci, Rv. 257841; Sez. V, 18 aprile 2013, n. 20070, Ruggeri e Sez. IV, 6 ottobre 2009, n. 40873, Simonaggio.

Nel medesimo solco interpretativo, poi, ulteriori pronunce avevano anche affermato che tale interesse ad impugnare sarebbe direttamente ricollegabile alla particolare natura

della sentenza in esame che, implicando da parte del giudice un'unica valutazione che involge necessariamente sia gli effetti civili che quelli penali, determinerebbe la legittimazione della parte civile ad impugnare tale sentenza sia ai fini penali che a quelli civili (Sez. V, 23 settembre 2010, n. 40876, Pezzano, Rv. 248657, poi seguita da Sez. IV, 20 marzo 2013, n. 16261, Mollo; Sez. V, 30 settembre 2013, n. 51390, Cannariato; Sez. IV, 26 giugno 2014, n. 32131, Gorini; Sez. IV, 15 maggio 2014, n. 22290, Rubattu e altri; Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 27593, Franchi).

A tale impostazione si contrapponeva un distinto indirizzo giurisprudenziale secondo il quale, invece, si deve escludere ogni interesse della parte civile ad impugnare la sentenza dichiarativa di estinzione del reato per condotte riparatorie sia agli effetti penali che civili, in quanto tale pronuncia, limitandosi ad accertare la congruità del risarcimento offerto ai soli fini dell'estinzione del reato ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, con valutazione operata allo stato degli atti, senza alcuna istruttoria e con sentenza predibattimentale, non riveste autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno e non produce, pertanto, alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile. Si osservava, infatti, che le sentenze di proscioglimento di natura processuale per estinzione del reato, ove non contengano alcun capo relativo all'accertamento ed alla quantificazione del danno, non statuiscano sulla responsabilità dell'imputato e non hanno alcuna efficacia preclusiva in sede civile in ordine al richiesto risarcimento. La facoltà per la parte civile di impugnare le sentenze di assoluzione, invece, risiederebbe nel fatto che esse, giudicando sulla responsabilità penale, contengono normalmente un espresso rigetto della domanda civile e compiono, comunque, una valutazione in fatto che ha effetti pregiudizievoli sulla richiesta di risarcimento. Non c'è, dunque, motivo per consentire l'impugnazione alla parte civile, che può essere riconosciuta solo nei casi eccezionali previsti dalla legge come ad esempio l'art. 38 del d.lgs. n. 274 del 2000 o l'art. 428 cod. proc. pen. in sede di udienza preliminare, laddove il legislatore ha voluto eccezionalmente accordare tutela alle ragioni di segno penale del titolare dell'interesse protetto dal precetto penale, cioè della vittima del reato (Sez. V, 6 giugno 2008, n. 27392, Di Rienzo; Sez. IV, 26 gennaio 2011,



D'Angelo; Sez. IV, 18 febbraio 2014, n. 46368, Imbrocè, Rv. 260946; Sez. V, 26 giugno 2014, n. 30535, Uggini, Rv. 260037; Sez. V, 25 settembre 2014, n. 48706, Bersani, Rv. 261226; **Sez. IV, 15 gennaio 2015, n. 4610, Orazi, Rv. 261875**; Sez. V, 10 novembre 2014, n. 52083, Giustetto).

3. La sentenza di estinzione del reato per condotte riparatorie.

L'istituto dell'estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie è disciplinato dall'art. 35 del d.lgs. n. 274 del 2000 il quale prevede, al primo comma, che il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, prima dell'udienza di comparizione, alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato.

Con la pronuncia in esame la Suprema corte ha analizzato tale strumento giuridico sottolineando la necessità ai fini della risoluzione della questione esaminata di individuare e delineare, in particolare, la “qualità” della valutazione del giudice di pace in ordine alla sufficienza e alla esaustività della condotta riparatoria posta in essere dall'imputato. Anche sotto tale profilo la Corte segnala, infatti, l'esistenza di due distinti orientamenti, evidenziando che all'accoglimento dell'uno o dell'altro conseguirebbe una diversa soluzione della principale questione rimessa all'attenzione delle Sezioni unite circa la riconoscibilità o meno dell'interesse ad impugnare in capo alla parte civile.

Secondo una prima impostazione, infatti, in considerazione dell'interpretazione letterale della norma, non potrebbe attribuirsi rilevanza a forme non integrali di risarcimento del danno ad opera dell'imputato, imponendosi, da parte del giudice, una valutazione di assoluta esaustività della condotta riparatoria. Conseguentemente, la sentenza pronunciata all'esito di tale valutazione sarebbe suscettibile di formare cosa giudicata ai sensi dell'art. 2909 cod. civ. e, implicando necessariamente un accertamento del danno civile prodotto dal reato non più punibile, comprensivo della sua quantificazione, dovrebbe essere assimilata alla categoria delle sentenze di

proscioglimento dibattimentali piuttosto che a quelle predibattimentali, non suscettibili di formare un giudicato vincolante nel giudizio civile.

Secondo altro orientamento, viceversa, ai fini della operatività del meccanismo estintivo sarebbe sufficiente un positivo apprezzamento di idoneità soddisfattiva della condotta riparatoria che, formulato più con riguardo alle esigenze di riprovazione e prevenzione, lascerebbe alla competente sede civile ogni valutazione in ordine alla esaustività della somma offerta a tali fini.

Privilegiando tale impostazione e attribuendo prevalenza alla componente afflittiva – preventiva dell'istituto, si dovrebbe riconoscere la natura meramente processuale della sentenza in esame, non implicante alcun pregiudizio per le ragioni civilistiche dell'offeso. Sul punto la Corte, procedendo attraverso l'esame della natura e degli effetti della sentenza pronunciata dal giudice di pace ai sensi dell'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, osserva che essa indubbiamente presenta delle caratteristiche peculiari che, a prescindere dal *nomen iuris*, le attribuiscono dei tratti di originalità rispetto alle altre pronunce dichiarative di estinzione del reato previste nel nostro sistema processuale, trattandosi in ogni caso di una pronuncia che contiene una valutazione in ordine all'entità dei danni subiti dalla parte civile. La norma, ad avviso della Corte è costruita *con modalità tutte interne al sistema penale ed è tesa a perseguire la ricomposizione della c.d. "pace sociale" dal punto di vista penalistico*, laddove la persona offesa, pur se presa in considerazione, si trova in una posizione di "lateralità" processuale. Ciò sarebbe chiaramente evincibile dal fatto che nel correlare l'estinzione del reato alla valutazione di congruità del giudice di pace, la disposizione richiede che siano state sentite le parti, ma non che sia stato acquisito il consenso della persona offesa, la cui eventuale mancanza, ad avviso della Corte, non si pone, pertanto, quale condizione ostativa all'operatività del meccanismo estintivo.

Ne deriva, conseguentemente, la legittimità della declaratoria di estinzione del reato per intervenuta riparazione del danno qualora, pur nel dichiarato dissenso della persona offesa per l'inadeguatezza della somma di denaro posta a sua disposizione dall'imputato, il giudice esprima una motivata valutazione di congruità della medesima somma.

Nella ricostruzione dell'istituto operata nella pronuncia in esame è, infatti, evidente la centralità riconosciuta proprio alla valutazione di congruità effettuata dal giudice di pace in ordine alle condotte risarcitorie e riparatorie poste in essere dall'imputato che si muove su due binari paralleli diretti alla realizzazione di un unico obiettivo finale. Ciò in quanto sia la soddisfazione delle esigenze compensative inerenti il profilo civilistico che quelle retributive e preventive concernenti gli obiettivi di prevenzione e repressione generale e speciale del settore penale, sono prefigurate nell'ottica dello scopo finale di ridimensionare il fatto reato attraverso una rielaborazione del conflitto tra autore e vittima, e favorire in tal modo la ricomposizione della lacerazione creatasi nel tessuto sociale, a cui non è estraneo neppure l'obiettivo più ampio di deflazione dei processi penali. Ne consegue, allora, che la primaria esigenza di soddisfare in via anticipata gli interessi pubblicistici legati al processo penale, esclude la necessità di un integrale risarcimento del danno, devoluto, invece, alla competenza del giudice civile.

4. La decisione delle Sezioni unite.

La sentenza in esame ha risolto il delineato contrasto affermando il principio di diritto secondo il quale “in tema di reati di competenza del giudice di pace, non sussiste l'interesse per la parte civile ad impugnare, anche ai soli fini civili, la sentenza emessa ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 a seguito di condotte riparatorie, in quanto tale pronuncia, limitandosi ad accertare la congruità del risarcimento offerto ai soli fini dell'estinzione del reato, non riveste autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno e non produce, pertanto, alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile”.

Nell'affrontare la questione, le Sezioni unite hanno preliminarmente analizzato la disciplina relativa alla legittimazione della parte civile ad impugnare le sentenze di proscioglimento, anche con specifico riferimento al giudizio dinanzi al giudice di pace, aderendo alla prevalente giurisprudenza di legittimità che ritiene sussistente la legittimazione della persona offesa costituitasi parte civile ad interporre gravame, in virtù della regola generale dettata dall'art. 576 cod. proc. pen.; norma ritenuta certamente

applicabile anche nel procedimento davanti al giudice di pace in forza del richiamo di cui all'art. 2, d.lgs. n. 274 del 2000, secondo il quale in tale procedimento, per tutto quanto non previsto dalla speciale normativa si osservano - in quanto applicabili - le norme contenute nel codice di rito.

Per quanto attiene, poi, al profilo relativo all'interesse ad impugnare, nella pronuncia in esame viene ribadito il costante insegnamento giurisprudenziale per cui esso deve essere attuale e concreto e pertanto effettivamente volto ad ottenere l'eliminazione di un effetto pregiudizievole derivato alla parte, conseguendone che, ai fini della verifica della sussistenza dell'interesse ad impugnare in capo alla parte civile, non può prescindersi da una valutazione circa l'efficacia vincolante del giudicato penale nel giudizio civile.

Sulla scorta di tali premesse generali, le Sezioni unite hanno aderito al secondo degli orientamenti indicati, escludendo che sussista in capo alla parte civile l'interesse ad impugnare la sentenza di cui all'art. 35, d.lgs. n. 274 del 2000. Tale conclusione troverebbe fondamento, innanzitutto, in un argomento di natura letterale e sistematica proprio con riferimento alla specifica disciplina dettata in materia, alla luce della quale deve escludersi che la parte civile che non sia anche ricorrente immediata ai sensi dell'art. 21, d.lgs. n. 274 del 2000 possa proporre impugnazione agli effetti penali, ostandovi la specifica previsione di cui all'art. 38 dello stesso decreto. Conseguentemente, qualora il giudizio sia stato instaurato nelle forme ordinarie di cui all'art. 20, d.lgs. 274 del 2000, la parte civile potrà interporre gravame ai soli effetti civili secondo la generale disciplina in materia. Ciò tuttavia, ad avviso della Corte, esclusivamente in caso di sentenza dibattimentale e non, invece, in caso di proscioglimento predibattimentale ai sensi dell'art. 35, difettandone proprio il necessario interesse, in considerazione della natura e degli effetti di tale particolare pronuncia. Quest'ultima, infatti, come sopra osservato ha, ad avviso delle Sezioni unite, quale finalità precipua quella di ricomposizione della "pace sociale" dal punto di vista penalistico, dove la parte lesa assume comunque un ruolo secondario come evincibile dal fatto che la norma, pur prevedendo che essa venga sentita, non ne richiede il consenso. La valutazione di congruità delle condotte riparatorie e risarcitorie che il giudice di pace deve effettuare, dunque, è operata allo stato



degli atti e ai soli fini della dichiarazione di estinzione del reato, essendo tesa preminentemente al perseguimento in via anticipata degli interessi pubblicistici e, pur essendo volta anche alla soddisfazione delle esigenze compensative inerenti il profilo civilistico, prescinde comunque dall'integrale risarcimento del danno devoluto, ove necessario, al giudice civile.

Conclusivamente, non avendo tale tipo di sentenza alcuna incidenza nel giudizio civile, resta impregiudicata la possibilità di un nuovo e completo accertamento circa l'esistenza e l'entità del danno in favore della persona offesa di cui difetta, pertanto, ogni interesse a proporre impugnazione.

Con tale pronuncia la Corte ha definitivamente ricondotto la sentenza *ex art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000* nel *genus* delle pronunce di natura processuale ponendosi in linea con la consolidata giurisprudenza delle Sezioni unite sia civili che penali che, limitando l'efficacia extrapenale del giudicato alle sole sentenze di assoluzione nel merito aveva già in precedenza escluso la sussistenza dell'interesse della parte civile ad impugnare le sentenze di non doversi procedere per estinzione del reato e per mancanza di una condizione di procedibilità.



CAPITOLO III

LA SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO CON MESSA ALLA PROVA

(PAOLO BERNAZZANI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il profilo sostanziale. Limiti edittali all'applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova. - 3. La disciplina processuale. L'inapplicabilità dell'istituto della sospensione con messa alla prova nei processi a citazione diretta in caso di dichiarazione di apertura del dibattimento anteriore alla legge n. 67 del 2014. - 4. Segue. L'inapplicabilità della messa alla prova nel giudizio di appello e di cassazione. - 5. L'autonoma ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova. - 6. Gli effetti dell'impugnazione dell'imputato avverso provvedimenti in tema di messa alla prova sulla posizione della parte civile. - 7. L'esclusione di un'ammissione parziale all'istituto.

1. Premessa.

L'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova nei confronti degli imputati maggiorenni, introdotto con la legge 28 aprile 2014, n. 67, è stato realizzato mediante la previsione e l'inserimento nel codice penale degli artt. 168-bis, 168-ter e 168-*quater*, unitamente ad un complesso di disposizioni processuali, contemplate dagli artt. 464 *bis*-464 *novies* all'interno del nuovo Titolo V *bis* del Libro VI del codice di rito.

Con tale apparato di norme, il legislatore ha voluto prevedere un sistema di “probation” nella fase istruttoria in relazione ad un catalogo di reati commessi da imputati maggiorenni, secondo un modello ispirato, pur con una disciplina autonoma e peculiare, al paradigma di riferimento adottato nel procedimento minorile (art. 28 del d.p.r. n. 448 del 1988 e art. 27 delle relative norme di attuazione, approvate con d.lgs. n. 272 del 1989), nel quale la messa alla prova precede la pronuncia di una sentenza di condanna.

L'obiettivo che tale forma di “probation” processuale intende perseguire è quello di offrire all'imputato processato per reati di minore allarme sociale un percorso di reinserimento alternativo che ne faciliti il recupero ed eviti il danno derivante dalla detenzione in un istituto di pena, oltre che quello insito nella stessa pronuncia di una sentenza di condanna; obiettivo concepito anche in funzione deflattiva dei procedimenti penali, da attuarsi attraverso una forma di rinuncia statutale alla potestà punitiva che si

traduce nella dichiarazione di estinzione del reato da parte del giudice, condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita.

L’impianto dell’istituto risulta, dunque, sensibile ai principi di proporzionalità e legalità della pena e del finalismo rieducativo che deve ispirare la stessa, in linea con quanto stabilito dall’art. 27 Cost.

La messa alla prova, in particolare, comporta, oltre alla tenuta da parte dell’imputato di condotte volte all’eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato e, ove possibile, al risarcimento del danno, l’affidamento al servizio sociale per lo svolgimento di un particolare programma. La concessione della messa alla prova è, inoltre, subordinata alla prestazione di lavoro di pubblica utilità (art. 168-bis cod. pen.). L’esito positivo della prova, come osservato, “estingue il reato per cui si procede” (art. 168-ter cod. pen.). Sotto il profilo sostanziale, dunque, viene ad essere introdotta una vera e propria causa di estinzione del reato, collocata nel capo I del Titolo VI del codice penale, subito dopo la disciplina della sospensione condizionale della pena; tale innovazione si abbina, sul piano processuale, alla previsione di un autonomo modulo di definizione alternativa della vicenda processuale, inserito in un apposito titolo (V- bis) del Libro VI, dedicato ai procedimenti speciali, del codice di rito.

Proprio sul “doppio profilo”, sostanziale e processuale, che caratterizza il nuovo istituto si innestano, come si vedrà, alcune delle questioni più delicate che la Suprema Corte, nella sua opera nomofilattica, è stata chiamata a risolvere.

2. Il profilo sostanziale. Limiti edittali all’applicabilità della sospensione del procedimento con messa alla prova.

Come si è osservato, la finalità primaria dell’istituto introdotto dall’art. 3 della L. n. 67 del 2014 va ravvisata, indiscutibilmente, nell’intento di deflazionare le pendenze penali attraverso la individuazione di una nuova ipotesi di estinzione del reato, che rappresenta lo sbocco di un vero e proprio procedimento speciale che configura una forma di definizione, alternativa e anticipata, della vicenda processuale.

Una delle condizioni essenziali per l'accesso al rito alternativo introdotto dalla L. n. 67 del 2014 è che il reato per cui si procede sia punito con pena detentiva, sola o congiunta a pena pecuniaria, non superiore nel massimo a quattro anni.

In tale prospettiva, una delle principali questioni controverse attiene proprio alle modalità di determinazione del limite di pena edittale quale presupposto per l'ammissione al nuovo istituto della "probation".

Esaminando impugnazioni relative a provvedimenti di giudici di merito che avevano affermato il principio secondo cui, per la determinazione di tale presupposto, non sarebbe consentito prescindere dal rilievo, nel caso concreto, della contestazione di circostanze aggravanti, siano esse ordinarie o ad effetto speciale - dovendosi considerare, in tal caso, l'aumento massimo stabilito per le circostanze aggravanti stesse -, la Corte, con un significativo gruppo di decisioni, ha fissato le coordinate ermeneutiche che presiedono all'esatta individuazione dei limiti oggettivi di accesso alla messa alla prova.

L'*actio finium regundorum* relativa alla precisa delimitazione del perimetro delle fattispecie astratte per le quali è ammissibile la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato si giova, in particolare, di una serie di pronunce (**Sez. VI, 9 dicembre 2014, n. 6483/2015, Gnocco, Rv. 262341; Sez. IV, 10 luglio 2015, n.32787, Jenkins; Sez. II, 14 luglio 2015, n. 33461, Ardissonne, Rv. 264154**), accomunate dalla enunciazione del medesimo principio di diritto, secondo il quale "*in tema di sospensione con messa alla prova, ai fini dell'individuazione dei reati attratti dalla disciplina della probation di cui agli artt. 168 bis e seguenti cod. pen. in ragione del mero riferimento edittale, deve guardarsi unicamente alla pena massima prevista per la fattispecie base, prescindendo dal rilievo che nel caso concreto potrebbe assumere la presenza della contestazione di qualsivoglia aggravante, comprese quelle ad effetto speciale*".

Il tessuto motivazionale sul quale si incardina l'illustrato principio di diritto è particolarmente articolato in **Sez. VI, 9 dicembre 2014, n. 6483/2015, Gnocco, cit.** La Corte, muovendo da una puntuale ricognizione della *ratio* deflattiva perseguita dal legislatore, offre una precisa chiave di lettura del dato normativo di riferimento, interpretato, in primo luogo, alla luce del relativo tenore letterale e in considerazione degli spunti di raffronto garantiti dal sistema. In tale prospettiva, innanzitutto, l'art. 168

bis, comma 1, cod. pen., nel richiamare i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, non esplicita alcun riferimento testuale alla possibile incidenza sul tema di eventuali aggravanti: il dato risulta ancor più pregnante ove si consideri l'esistenza, nel sistema normativo, di ipotesi in cui il legislatore ha espressamente previsto la rilevanza di eventuali circostanze aggravanti, così come avvenuto, ad esempio, per l'art. 4 cod. proc. pen., che in punto di competenza fa esplicito riferimento alla incidenza da ascrivere alle aggravanti che prevedono una pena di specie diversa ed a quelle ad effetto speciale; ugualmente provvede l'art. 278 cod. proc. pen., in relazione all'applicazione delle misure cautelari; ancora, l'art. 157 cod. pen. alle medesime aggravanti fa esplicito riferimento ai fini della determinazione del dato edittale ai fini del calcolo del termine di prescrizione.

In piena sintonia con l'esegesi letterale e sistematica della norma, anche le indicazioni emergenti dai lavori preparatori afferenti la legge n. 67 del 2014 conducono, ad avviso della decisione in esame, a conclusioni del tutto convergenti, posto che negli stessi il silenzio del dato normativo sul punto in questione viene univocamente ricondotto all'esigenza di distinguere la soluzione normativa adottata in tema di "probation" da quelle, già contemplate nell'ordinamento, nelle quali i parametri di riferimento espressamente includono l'operatività delle aggravanti speciali o ad effetto speciale: ciò nella prospettiva di assicurare una più ampia e sicura realizzazione delle finalità deflative dell'istituto. Conclusioni non dissimili è lecito ricavare, altresì, dall'analisi dei vari testi oggetto di valutazione nei passaggi parlamentari, tesi a dimostrare la consapevole volontà di rendere le aggravanti, quali che esse siano, ininfluenti in merito alla determinazione del limite edittale preso in considerazione per l'applicabilità della norma.

Infine, la pronuncia in esame evidenzia come il riferimento operato dall'art. 168 *bis* cod. pen. ai reati catalogati dall'art. 550, comma 2, cod. proc. pen., non autorizzi affatto a ritenere che il legislatore abbia inteso far coincidere il ventaglio di fattispecie astratte attratte nell'orbita della "probation" con quelle per le quali è consentita la citazione diretta a giudizio, posto che "ove il legislatore avesse inteso tracciare una siffatta coincidenza, si sarebbe al fine riportato per intero al disposto dell'art. 550 cod. proc.

pen.”. Secondo la Suprema Corte, invero, la *ratio* che ispira il (non casuale) richiamo al solo secondo comma dell’art. 550 cit. è rinvenibile, piuttosto, nell’esigenza di non escludere l’applicazione del nuovo istituto a quei reati di competenza collegiale puniti con pena edittale inferiore nel massimo ai quattro anni, coerentemente con la funzione deflattiva perseguita dal legislatore con l’introduzione della nuova disciplina.

In tale ottica, risulta del tutto significativa la pretermissione di qualsivoglia riferimento al primo comma dell’art. 550 cit., che, nel riferirsi al limite edittale massimo di quattro anni di reclusione, fa esplicito riferimento all’art. 4 stesso codice, il quale, come già osservato, contempla anche le aggravanti ad effetto speciale quale fattore incidente sul *quantum* edittale.

Un ulteriore arricchimento del tessuto argomentativo che correda la trattazione della problematica in esame viene fornito dalla sentenza della **Sez. IV, 10 luglio 2015, n.32787, Jenkins**. Tale decisione (si tratta di annullamento con rinvio del provvedimento, adottato dal G.U.P., di rigetto della richiesta ex art. 168 *bis* cod. pen. in riferimento al reato di cui all’art. 73, comma 5, d.P.R. n. 309 del 1990, aggravato ex art. 80 del medesimo D.P.R.) osserva, in particolare, che il mancato richiamo alla possibile incidenza delle aggravanti “è coerente con la previsione dell’*ammissibilità dell’istanza di sospensione e messa alla prova in una fase procedimentale (art. 464 bis cod. proc. pen.) in cui al giudice non è consentito pronunciarsi sulla fondatezza dell’accusa così come formulata, se non in termini negativi circa la sussistenza delle condizioni per la pronuncia di non luogo a procedere ex art. 425 cod. proc. pen.*” .

Quella introdotta dalla legge n. 67 delle 2014 è, infatti, “*una probation giudiziale nella fase istruttoria, assimilabile al modello adottato nel procedimento minorile (D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, art. 28, e art. 27 disp. att., approvate con D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 272), nel quale la messa alla prova precede la pronuncia di una sentenza di condanna*”. A ciò si aggiunga che l’art. 464 *ter* cod. proc. pen. ammette la proposizione della richiesta di sospensione con messa alla prova nella fase delle indagini preliminari, tratteggiando un procedimento a struttura dialettica, mediante il tempestivo coinvolgimento informativo del pubblico ministero, funzionale all’espressione del consenso o del dissenso, che non può non riguardare la sussistenza di tutti i presupposti applicativi dell’istituto, anche

rispetto all'ipotesi accusatoria formulata dall'organo inquirente; il tutto anche nell'ipotesi in cui l'indagato solleciti il potere decisorio del giudice in eventuale contrasto con il pubblico ministero che non abbia ritenuto la sussistenza dei presupposti per avvisare l'interessato della facoltà di chiedere di essere messo alla prova, ex art. 141 *bis* disp. att. cod. proc. pen., introdotto dall' art. 5 della legge n. 67 del 2014.

In relazione agli illustrati principi si è, peraltro, registrato un contrasto all'interno della giurisprudenza della Suprema Corte. **Sez. VI, 30 giugno 2015, n. 36687, Fagrouch, Rv. 264045** ha affermato il principio di diritto così massimato: *“In tema di sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, quando si procede per reati diversi da quelli nominativamente individuati per effetto del combinato disposto dagli artt. 168 bis, comma 1, cod. pen., e 550, comma 2, cod. proc. pen., il limite edittale, al cui superamento consegue l'inapplicabilità dell'istituto, si determina tenendo conto delle aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. (In motivazione, la Corte ha precisato che tale criterio risponde ad una interpretazione sistematica che rispetta la voluntas legis - desumibile dal rinvio operato dall'art. 168 bis, comma 1, cod. pen. all'art.550, comma 2, cod. proc. pen. - di rendere applicabile la messa alla prova a tutti quei reati per i quali si procede con citazione diretta a giudizio dinanzi al giudice in composizione monocratica)”*.

Sotto il profilo metodologico, la pronuncia in esame invoca una soluzione interpretativa che risponda a canoni di unità e coerenza del sistema ed afferma la necessità di applicare, ai fini contemplati dall'art.168 *bis* cod. pen., i medesimi criteri di determinazione della pena specificati dall'art. 4 cod. proc. pen. in materia di individuazione della competenza. A detti criteri, del resto (come già osservato), rinviano numerose altre disposizioni del codice di rito, quali quelle contenute nell'art.278, in materia di applicazione di misure cautelari, nell'art.379, in tema di arresto e fermo, e nell'art. 550, in ordine all'individuazione dei casi di citazione diretta a giudizio.

I medesimi criteri - che prevedono debba tenersi conto della pena stabilita dalla legge per ciascun reato consumato o tentato, ma non della continuazione, della recidiva e delle circostanze, fatta eccezione delle aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa e di quelle ad effetto speciale - dovranno trovare applicazione, per la

sentenza in commento, anche nell'ipotesi prevista dall'art.168 *bis* cod. pen., sia in ragione della invocata coerenza ed unicità del sistema, sia in quanto una diversa soluzione si porrebbe in insanabile contrasto con il criterio “qualitativo”, attuato con l'espresso richiamo al secondo comma dell'art. 550 cod. proc. pen.

Con tale richiamo, il legislatore avrebbe scelto di “*indicare normativamente*” i delitti per i quali, (anche) ai fini della determinazione dei limiti edittali di pena per la messa alla prova, non rileva la presenza di aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria o di quelle ad effetto speciale.

Al di fuori da tale ventaglio di ipotesi, ad avviso della sentenza in esame, resterebbe fermo il criterio “quantitativo” soggetto ai limiti di pena determinati *ex art.* 4 cod. proc. pen., richiamato dall'art. 550 , primo comma, cod. proc. pen. e implicitamente fatto proprio dall'art.168 *bis* cod. pen.

In conclusione, secondo la tesi patrocinata dalla decisione in esame, l'art. 168 *bis* cod. pen. riprodurrebbe integralmente il perimetro normativo previsto dell'art. 550, primo e secondo comma, cod. proc. pen., rendendo applicabile l'istituto della messa alla prova a tutti quei delitti per i quali si procede a citazione diretta a giudizio dinanzi al giudice in composizione monocratica.

3. La disciplina processuale. L'inapplicabilità dell'istituto della sospensione con messa alla prova nei processi a citazione diretta in caso di dichiarazione di apertura del dibattimento anteriore alla legge n. 67 del 2014.

Ai fini di un conveniente inquadramento del tema in esame e di una più immediata comprensione dei profili problematici che ad esso afferiscono, appare opportuno ricordare, in via preliminare, che l'art. 464 *bis*, comma 2, cod. proc. pen., introdotto nel sistema processuale penale dall'art. 4, comma 1, lett. a) della L. 28 aprile 2014, n. 67, fissa i termini entro i quali, a pena di decadenza, l'imputato può formulare la richiesta; in particolare, la norma codicistica prevede che la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova possa essere proposta, oralmente o per iscritto, “fino a che non siano formulate le conclusioni a norma degli artt. 421 o 422, o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo e nel



procedimento di citazione diretta a giudizio”, dovendo, conseguentemente, ritenersi tardiva la richiesta formulata oltre tali specifiche scansioni processuali.

Sin dall’entrata in vigore del nuovo istituto, è apparsa evidente la delicatezza dell’inquadramento sistematico delle norme che lo disciplinano, foriero di rilevanti conseguenze soprattutto in tema di applicabilità delle disposizioni in esame ai processi in corso, non avendo il legislatore contemplato alcuna norma transitoria. Se, come si vedrà, la collocazione sistematica delle disposizioni di cui agli artt. 464 *bis* e seguenti cod. proc. pen., nel libro VI (dedicato ai procedimenti speciali), dopo il titolo V, nell’ambito del nuovo titolo V *bis*, consente di ritenere che l’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova per gli imputati maggiorenni configuri un vero e proprio procedimento speciale, che si aggiunge al giudizio abbreviato, all’applicazione delle pena su richiesta delle parti, al giudizio direttissimo, al giudizio immediato ed al procedimento per decreto, la principale questione sottoposta al vaglio della giurisprudenza di legittimità e, in ultimo, della stessa Corte Costituzionale, concerne quei processi a citazione diretta nei quali la dichiarazione di apertura del dibattimento sia stata effettuata anteriormente alla entrata in vigore, in data 17 aprile 2014, del nuovo istituto. In assenza di norme transitorie, invero, si è sostenuto che, in tale ipotesi, la richiesta di messa alla prova dovrebbe considerarsi utilmente proposta sino al momento della pronuncia della sentenza di primo grado, posto che, in caso contrario, si verrebbe a creare una disparità di trattamento fra processi in cui si sia già verificata la dichiarazione di apertura del dibattimento e processi non ancora approdati a tale snodo; una disparità non giustificabile perché legata ad un diverso sviluppo processuale dipendente da circostanze contingenti se non, in definitiva, dal mero decorso del tempo.

La questione così tratteggiata ha conosciuto un fondamentale, e probabilmente definitivo, approdo decisorio grazie alla recentissima sentenza n. 240 del 2015 (in G. U. n. 48 del 2 dicembre 2015) con la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 464 *bis*, comma 2, cod. proc. pen., sollevate dal Tribunale ordinario di Torino in composizione monocratica, con riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117, primo comma, Cost., quest’ultimo in relazione

all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) nella parte in cui, in assenza di una disciplina transitoria, analoga a quella di cui all'art. 15 *bis*, comma 1 della legge 11 agosto 2014, n. 118, preclude l'ammissione all'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati di processi pendenti in primo grado, nei quali la dichiarazione di apertura del dibattimento sia stata effettuata prima dell'entrata in vigore della legge n. 67 del 2014.

Poiché l'apparato motivazionale di tale decisione compone, in una sintesi organica ed estremamente puntuale, le approfondite argomentazioni già fatte proprie da diverse decisioni della Suprema Corte che, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo istituto, hanno affrontato anche il profilo della legittimità costituzionale del regime di accesso alla "probation" sotto il profilo della maturazione di determinate scansioni processuali aventi portata preclusiva, appare estremamente opportuno ed utile ripercorrere immediatamente, in rapida sintesi, i fondamentali passaggi motivazionali della decisione della Consulta, in quanto il loro esame permette al tempo stesso di inquadrare con la massima incisività anche gli snodi dimostrativi che hanno ispirato le conformi decisioni della Cassazione che si stagliano sullo sfondo della pronuncia del Giudice delle leggi.

In tale prospettiva, è indispensabile precisare, in via di prima approssimazione, che la disciplina normativa in esame, ad avviso del giudice rimettente, si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost., in quanto individua un "*discrimine unico*", valido tanto per i processi nuovi quanto per quelli già in corso, sì da determinare una disparità di trattamento fra soggetti che, pur versando nelle medesime condizioni sostanziali, si trovino al momento dell'entrata in vigore della nuova legge in diverse fasi del processo di primo grado. Sarebbe violato, altresì, l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 della CEDU, attesa la deroga, ritenuta ingiustificata, al principio della retroattività della *lex mitior* con riferimento ai processi pendenti in primo grado nei quali era già intervenuta la preclusione processuale al momento dell'entrata in vigore della nuova legge. Ciò, s'intende, per la mancanza di una norma transitoria che consenta l'applicazione del nuovo istituto, nei processi in corso, anche dopo l'apertura del dibattimento.

Parimenti, è stato denunziato il contrasto della norma impugnata con l'art. 24 Cost., sotto il profilo della esclusione della facoltà di richiedere l'accesso a riti alternativi, e, infine, con l'art. 111 Cost., venendo pregiudicato *“il diritto ad essere sottoposto ad un giusto processo (inteso come diritto ad una scelta del rito pienamente consapevole, assunta in base alla previsione ed alla ponderazione di rischi connessi alla possibilità di previamente valutare le opzioni offerte e ad una ordinata, corretta e fisiologica successione di atti processuali)”*.

In tale prospettiva, la Corte, dopo aver riconosciuto che il nuovo istituto ha, da un lato, effetti sostanziali, dando luogo ad una causa di estinzione del reato, e, dall'altro, è *“connotato da un'intrinseca dimensione processuale, in quanto consiste in un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio, nel corso del quale il giudice decide con ordinanza sulla richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova”*, ha rimarcato come, in una prospettiva squisitamente processuale, del tutto giustificabile ed immune da censure di incostituzionalità in relazione al parametro consacrato nell'art. 3 Cost. è la scelta legislativa di parificare la disciplina del termine per la richiesta, senza distinguere tra processi in corso e processi nuovi.

In particolare, la Corte Costituzionale, richiamando precedenti pronunzie in cui aveva riconosciuto l'ampia discrezionalità del legislatore nello stabilire la disciplina temporale di nuovi istituti processuali, sicché le relative scelte, ove non manifestamente irragionevoli, si sottraggono a censure di illegittimità costituzionale (ordinanze n. 455 del 2006 e n. 91 del 2005), ha stabilito che la peculiare fissazione del termine per formulare richiesta di sospensione del processo con messa alla prova è intrinsecamente collegata *“alle caratteristiche e alla funzione dell'istituto, che è alternativo al giudizio ed è destinato ad avere un rilevante effetto deflattivo”*, onde la preclusione oggetto di censura *“dipende solo dal diverso stato dei processi che la subiscono”*.

In tale dimensione argomentativa, la decisione in esame ha riconosciuto come analoga questione si fosse posta in passato per il regime transitorio del giudizio abbreviato (art. 247 delle disposizioni di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di rito), occasione in cui la Corte aveva escluso qualsiasi violazione dell'art. 3 Cost. nella limitazione dell'accesso al rito alternativo ai soli procedimenti in corso in cui il

dibattimento non fosse stato ancora aperto, coerentemente con lo scopo deflattivo del rito abbreviato, volto a consentire la sollecita definizione del giudizio, escludendo la fase dibattimentale (C. Cost., sent. n. 277 del 1990).

Quanto all'invocato profilo di contrasto con il parametro di cui all'art. 117 Cost., in relazione all'art. 7 C.E.D.U., ravvisato nel fatto che la mancanza di una disciplina transitoria impedirebbe l'applicazione retroattiva di una norma penale di favore (cfr. Corte EDU sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia), la Corte osserva che la preclusione di cui il giudice *a quo* lamenta gli effetti “è conseguenza non della mancanza di retroattività della norma penale ma del normale regime temporale della norma processuale, rispetto alla quale il riferimento all'art. 7 della CEDU risulta fuori luogo”. In particolare, l'art. 464 *bis* cod. proc. pen. è espressione del principio *tempus regit actum*; principio certamente derogabile da una diversa disciplina transitoria, la cui mancanza, tuttavia, non risulta censurabile in forza dell'art. 7 della CEDU.

La sentenza della Consulta, a tale riguardo, non manca di sottolineare come la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo abbia fissato precisi limiti all'operatività del principio di retroattività della *lex mitior*, circoscritto alle sole “disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono” (decisione 27 aprile 2010, Morabito c. Italia; nello stesso senso, cfr. la già citata sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia). All'opposto, “sono estranee all'ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità” (cfr. anche C. Cost., sent. n. 236 del 2011).

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nel declinare puntualmente tali principi, ha escluso la violazione dell'art. 7 della CEDU in un caso in cui era contestato il termine per richiedere il giudizio abbreviato previsto dall'art. 4 *ter* del decreto-legge 7 aprile 2000, n. 82 (Modificazioni alla disciplina dei termini di custodia cautelare nella fase del giudizio abbreviato), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, primo comma, della legge 5 giugno 2000, n. 144; in tale occasione, la Corte di Strasburgo ha operato una chiara distinzione fra norme sostanziali e norme processuali ed ha escluso che queste ultime potessero comportare la violazione degli artt. 6 e 7 della CEDU laddove il legislatore italiano aveva

limitato l'applicazione delle nuove modalità di accesso al predetto rito alternativo ai soli casi in cui il dibattimento pubblico non avesse ancora avuto luogo (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 27 aprile 2010, cit.).

In un simile contesto, destinate ad essere caducate sono anche le questioni relative alla violazione degli artt. 24 e 111 Cost., posto che la concreta declinazione del diritto di difesa e del diritto a un giusto processo non potrebbe in alcun modo attribuire all'imputato, nei procedimenti in corso al momento dell'entrata in vigore della norma impugnata, la facoltà di scegliere il nuovo procedimento speciale, del quale, invece, è stata legittimamente esclusa l'applicabilità.

Il nucleo motivazionale della decisione della Consulta, così tratteggiato, permette di ripercorrere agevolmente, “a ritroso”, il conforme percorso argomentativo adottato dalle pronunzie della Suprema Corte intervenute in epoca anteriore alla sentenza della Corte Costituzionale.

In special modo, la Cassazione ha espresso un orientamento ispirato ai medesimi registri con **Sez. III, 24 aprile 2015, n. 27071, Frasca Rv. 263815**, così massimata: *“In tema di sospensione del procedimento con messa alla prova ai sensi della L. 28 aprile 2014, n. 67, deve ritenersi tardiva - in assenza di una specifica disciplina transitoria - l'istanza di sospensione proposta successivamente alla dichiarazione di apertura del dibattimento, pur se tale dichiarazione sia anteriore all'entrata in vigore della predetta L. n. 67”*. La decisione ha, in particolare, posto in rilievo che l'assenza, da parte del legislatore, di qualsivoglia regolamentazione transitoria (a differenza di quanto avvenuto con l'art. 30, secondo comma, del D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 272, in tema di messa alla prova nei confronti dei minorenni) deve essere considerata come scelta non sindacabile fintantoché la stessa non dia luogo a conseguenze palesemente irragionevoli.

La decisione citata si colloca nel solco di Sez. VI, 22 ottobre 2014, n. 47587, Calamo, Rv. 261255, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 464 *bis*, secondo comma, cod. proc. pen., per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui non consente l'applicazione dell'istituto della sospensione con messa alla prova ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore della legge

28 aprile 2014, n. 67, quando sia già decorso il termine finale da esso previsto per la presentazione della relativa istanza, “*in quanto trattasi di scelta rimessa alla discrezionalità del legislatore e non palesemente irragionevole, come tale insindacabile*”.

Tale ultima decisione si segnala altresì, come sopra osservato, per aver escluso i prospettati dubbi di legittimità costituzionale in ordine ai limiti di proponibilità della richiesta di ammissione al nuovo istituto, precorrendo nelle tappe essenziali l’*iter* argomentativo che verrà in seguito fatto proprio dalla Corte Costituzionale con la citata sentenza n. 240 del 2015.

Affermando l’appartenenza della relativa disciplina all’area di discrezionalità del legislatore, come tale insindacabile se non nel caso di palese irragionevolezza (pertinente è il richiamo a C. Cost., sent. n. 393 del 2006, a proposito della norma transitoria di cui all’art. 10, terzo comma, della L. 5 dicembre 2005, n. 251 in tema di prescrizione), la Suprema Corte ha posto l’accento sul “*carattere alternativo del procedimento di messa alla prova rispetto all’accertamento giudiziale penale*”, che non rende irragionevole la fissazione del termine finale di presentazione della richiesta in esame al momento della dichiarazione di apertura del dibattimento, in caso di procedimenti con citazione diretta a giudizio, in assenza di alcuna disciplina transitoria di diverso tenore (invero, la L. 11 agosto 2014, n. 118 ha bensì introdotto nella legge n. 67 del 2014 la disposizione transitoria di cui all’art. 15 *bis*, ma tale norma concerne il solo Capo III della legge e la disciplina di sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili, non il Capo II relativo alla messa alla prova); sarebbe, all’opposto, la possibilità di presentare detta richiesta alla prima udienza successiva all’entrata in vigore della L. n. 67 del 2014 a rivelarsi irragionevole, traducendosi nell’introduzione di un termine in realtà mobile, “*posto che detta udienza potrebbe avere luogo ad istruttoria dibattimentale sia in corso che conclusa, durante la discussione finale o addirittura coincidere con quella fissata unicamente per la lettura del dispositivo*”, con grave compromissione delle ragioni di economia processuale e in potenziale contrasto anche con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo.

Con riferimento, infine, all’esatta individuazione del perimetro applicativo del principio di retroattività della *lex mitior*, così come in generale delle norme in materia di

retroattività contenute nell'art. 7 della Convenzione EDU, la decisione in esame accoglie l'autorevole interpretazione, già illustrata, secondo cui esso concerne le sole disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono (v. Corte Cost. n. 236 del 2011, secondo la quale il principio di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguarda esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all'area di operatività di tale principio le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, nel senso che questo sia ritenuto penalmente lecito o, comunque, di minore gravità).

Per converso, l'istituto della messa alla prova “*si configura come un percorso del tutto alternativo rispetto all'accertamento giudiziale penale*”, che, tuttavia, non incide sulla valutazione sociale del fatto, di stampo negativo, che resta quindi il presupposto per imporre all'interessato che ne abbia fatto richiesta un programma di trattamento al cui esito positivo è ricollegata l'estinzione del reato.

Ne deriva, ad avviso della Corte, l'estraneità del caso di specie all'ambito di operatività del principio di retroattività della *lex mitior* e, quindi, il rispetto del parametro di legalità costituzionale dell'art. 117, comma 1, Cost.

In ordine ai medesimi temi va, infine, registrato il differente approccio manifestato dall'ordinanza della Sez. IV, 9 luglio 2014, n. 30559, Dalvit, che, nell'affrontare la questione dell'applicabilità delle nuove norme nell'ambito di quei processi che, alla data di entrata in vigore della legge n. 67 del 2014 avevano superato la descritta soglia processuale, stabilita a pena di decadenza, ha ritenuto di rimettere la questione alle Sezioni Unite, attesa la “*delicatezza della materia e la possibilità di soluzioni interpretative in radicale contrasto, afferenti il regolamento di diritti di rilievo costituzionale*”. Nell'alternativa fra le ragioni a sostegno dell'applicazione del principio della retroattività della *lex mitior* in materia sostanziale ed il canone processuale del *tempus regit actum*, il provvedimento evidenzia, comunque, come “*la soluzione più garantista, che meglio coniuga le esigenze difensive con un portato normativo non leggibile in modo inequivoco, è ovviamente quella dell'immediata applicabilità dell'istituto della messa alla prova anche ai fatti pregressi e per i processi pendenti, pur in assenza di una disciplina transitoria, in applicazione delle regole generali previste dall'art. 2, comma 4,*

c.p. e dei principi sopra indicati? La questione prospettata, peraltro, non è stata concretamente esaminata dalle Sezioni Unite, essendo stati restituiti gli atti alla sezione ordinaria stante l'impossibilità di fissazione prima che intervenisse la scadenza del termine di prescrizione del reato. La successiva evoluzione della giurisprudenza di legittimità, in ogni caso, attesta il raggiungimento – almeno allo stato – di una soluzione interpretativa univoca ed aliena dall'alimentare contrasti decisori.

4. Segue. L'inapplicabilità della messa alla prova nel giudizio di appello e di cassazione.

Nel medesimo solco argomentativo delle pronunce sopra esaminate, si collocano quelle decisioni che hanno univocamente affermato l'inapplicabilità dell'ammissione alla prova nel giudizio di appello o di cassazione - e la correlativa impossibilità per l'imputato di sollecitare, sul punto, l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al giudice di merito - sul presupposto della natura dell'istituto in esame, che presuppone lo svolgimento di un *iter* processuale alternativo alla celebrazione del giudizio per il quale, in mancanza di una specifica disciplina transitoria, vige il principio *tempus regit actum* e, quindi, la necessaria collocazione della richiesta in una fase anticipata del giudizio.

Nel medesimo contesto, la Corte non ha mancato di evidenziare, con motivazione che si ispira puntualmente ai registri argomentativi già esaminati, che la mancata applicazione della disciplina della sospensione del procedimento con messa alla prova nei giudizi di impugnazione pendenti alla data della sua entrata in vigore, stante l'assenza di disposizioni transitorie, non determina alcuna lesione del principio di retroattività della *lex mitior* e che proprio un'interpretazione costituzionalmente orientata della stessa disciplina può farla ritenere corretta espressione di discrezionalità legislativa, caratterizzata dalla scelta di ancorare ad un preciso momento procedurale la possibilità di proporre l'istanza (Sez. fer., 31 luglio 2014, n. 35717, Ceccaroni, Rv. 259935; Sez. fer., 9 settembre 2014, n. 42318, Valmaggi, Rv. 261096; **Sez. II, 16 gennaio 2015, n. 18265, Capardoni, Rv. 263792; Sez. II, 9 marzo 2015, n. 26761, Lariccia, Rv. 264221; Sez.**

III, 14 aprile 2015, n. 22104, Zheng, Rv. 263666; Sez. V, 9 giugno 2015, n. 35721, Gasparini, Rv. 264259).

In un simile contesto ricostruttivo, merita, da ultimo, di essere segnalata Sez. fer., n. 35717 del 31/07/2014, Ceccaroni, Rv. 259935 anche per la puntuale analisi del dato normativo che avvalorava l'illustrata conclusione circa la natura alternativa del procedimento finalizzato alla messa alla prova rispetto alla celebrazione del giudizio (conclusione, come s'è visto, avallata anche dalla Corte Costituzionale): tale natura si evince sia dalla previsione, da parte delle disposizioni del codice di rito, di termini rigorosi (art. 464 *bis*, comma 2; art. 464 *quater*, comma 9), tutti precedenti la dichiarazione di apertura del dibattimento o la formulazione delle conclusioni ex artt. 421 e 422 cod. proc. pen.); sia dalle peculiari valutazioni in fatto demandate al giudice (quali l'acquisizione di ulteriori informazioni, ex art. 464 *bis*, comma 5; l'apposizione di modifiche od integrazioni d'ufficio al programma, con decisione ispirata ai parametri ex art. 133 cod. pen., come previsto dall'art. 464 *quater*; la modifica delle prescrizioni originarie, ex art. 464 *quinquies*, comma 3; la deliberazione sull'esito, ex art. 464 *septies*; la revoca dell'ordinanza di sospensione con messa alla prova, ex art. 464 *octies*); sia, infine, dall'immediata ricorribilità per cassazione delle ordinanze che decidono sulla richiesta originaria o sulla revoca ex artt. 464 *quater*, comma 7 e 464 *octies*, comma 3, secondo un meccanismo che la sentenza in esame ritiene costituire eccezione solo apparente al principio di cui all'art. 586 cod. proc. pen. (e, altresì, di cui agli art. 448, ultimo periodo e 438, in relazione a Corte cost. sent. n. 23/1992), posto che nel caso della messa alla prova manca del tutto un giudizio sul merito dell'imputazione, non potendo ritenersi tale la mera valutazione preliminare ex art. 129 contemplata dall'art. 464 *quater*, comma 1).

5. L'autonoma ricorribilità per cassazione dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di sospensione del procedimento con messa alla prova.

In ordine al regime di impugnabilità, in via autonoma ovvero congiuntamente alla sentenza, dell'ordinanza di diniego della sospensione del procedimento con messa alla prova, va registrato un primo indirizzo interpretativo, corroborato da diverse sentenze

della Suprema Corte (**Sez. V, 23 febbraio 2015, n. 24011, B., Rv. 263777; Sez. II, 12 marzo 2015, n. 14112, Allotta; Sez. III, 24 aprile 2015, n. 27071, Frasca, Rv. 263814; Sez. II, 6 maggio 2015, n. 20602, Corallo, Rv. 263787; Sez. VI, 30 giugno 2015, n. 36687, Fagrouch, Rv. 264046**), secondo cui la predetta ordinanza di rigetto è autonomamente impugnabile con ricorso per cassazione, in quanto il tenore letterale dell'art. 464 *quater*, comma 7, cod. proc. pen. include nella disciplina dell'autonoma ricorribilità qualsiasi provvedimento decisorio, sia esso ammissivo o reiettivo della richiesta in questione, introducendo una deroga al principio generale dell'impugnabilità delle ordinanze dibattimentali solo unitamente alle sentenze, ai sensi dell'art. 586 cod. proc. pen. (principio del resto operante, ai sensi dello stesso art. 586, “quando non è diversamente stabilito dalla legge”).

In particolare, **Sez. III, 24 aprile 2015, n. 27071, Frasca, cit.**, a sostegno della conclusione illustrata, ha rimarcato come sia significativo, *a contrariis*, che la stessa Corte, con riguardo all'istituto della messa alla prova nei confronti di imputati minorenni, a suo tempo sia giunta ad escludere l'impugnabilità in via autonoma dell'ordinanza che abbia respinto la relativa richiesta sulla base, in quel caso, della specifica previsione di ricorribilità per cassazione strettamente riguardante la sola ordinanza dispositiva della sospensione e della messa alla prova, così valorizzando la concatenazione fra specifiche disposizioni quali quelle dettate dall'art. 28, secondo e terzo comma, d.P.R. n. 448 del 1988 (cfr. Sez. I, 24 aprile 1995, n. 2429, Zagarella, Rv. 201298).

A tale impostazione si contrappone un diverso orientamento ermeneutico, di cui è espressione, in particolare, **Sez. V, 15 dicembre 2014, n. 5673/2015, A.T., Rv. 262106**, che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso immediato per cassazione avverso l'ordinanza di rigetto della richiesta di sospensione con messa alla prova, ritenendo operante il richiamato principio generale di cui all'art. 586 cod. proc. pen.

In senso del tutto analogo si sono espresse anche **Sez. V, 14 novembre 2014, n. 5656/2015, Ascione, Rv. 264270, Sez. II, 12 giugno 2015, n. 40397, Fratuscio, Rv. 264574 e Sez. V, 3 giugno 2015, n. 25666, Marcozzi**: secondo tale ultima decisione, in particolare, l'impugnazione diretta prevista dal settimo comma dell'art. 464 *quater* cod.

proc. pen. ha ad oggetto esclusivamente il provvedimento di ammissione al beneficio, poichè soltanto in tale ipotesi non sarebbe altrimenti consentito alle parti alcun gravame contro la decisione assunta.

Nella stessa dimensione ricostruttiva, la decisione da ultimo citata ha osservato che non può darsi rilievo, al fine di ritenere che la norma in oggetto si riferisca anche al provvedimento di rigetto della richiesta, al fatto che sia stata espressamente sia attribuita anche all'imputato la legittimazione a ricorrere per cassazione, *“giacché questi può avere interesse ad impugnare anche il provvedimento di accoglimento con il quale siano state imposte prescrizioni considerate troppo gravose o comunque eccentriche rispetto al contenuto del programma di trattamento proposto, così come la valutazione in esso compiuta circa l'assenza delle condizioni per una pronunzia ex art. 129 cod. proc. pen., provvedimento avverso al quale, come accennato, non avrebbe altrimenti rimedio”*.

Analogamente, neppure il rilievo che l'art. 464 *quater*, comma 7, cod. proc. pen. faccia generico riferimento alla “ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova” avrebbe efficacia dirimente, dal momento che tale disposizione deve essere interpretata alla luce dei commi precedenti, che disciplinano l'oggetto e gli effetti del provvedimento di accoglimento, mentre del provvedimento di reiezione si occupa soltanto il successivo nono comma, *“all'esclusivo fine di prevedere la facoltà di riproposizione della richiesta”*.

La decisione in esame, infine, non manca di sottolineare – in una prospettiva evidentemente opposta rispetto a quella che informa la già citata Sez. III, 24 aprile 2015, n. 27071 - come l'analogia disciplina dell'istituto della messa alla prova previsto dall'art. 28 D.P.R. n. 448 del 1988, sia stata interpretata in maniera consolidata dalla giurisprudenza di legittimità nel senso della ricorribilità dei soli provvedimenti applicativi della misura (cfr. Sez. IV, 18 giugno 2002, n. 34169, Tenerelli, Rv. 225953; Sez. I, 24 aprile 1995, n. 2429, Zagarella, Rv. 201298; Sez. I, 22 marzo 1995, n. 4518, Biasco, Rv. 201137; *contra*, Sez. I, 9 novembre 1992, n. 11650, Mancini, Rv. 192579)

6. Gli effetti dell'impugnazione dell'imputato avverso provvedimenti in tema di messa alla prova sulla posizione della parte civile.

Sul tema concernente gli effetti prodotti sulla posizione delle altre parti processuali per effetto dall'impugnazione proposta dall'imputato avverso provvedimenti in tema di messa alla prova, **Sez. II, 16 gennaio 2015, n. 18265, Capardoni, Rv. 263791** si segnala per l'enunciazione del principio secondo il quale, *“qualora dall'eventuale accoglimento del ricorso proposto dall'imputato non possa derivare alcun pregiudizio alla parte civile, quest'ultima, non avendo interesse a formulare proprie conclusioni nel giudizio, non ha titolo alla rifusione delle spese processuali in caso di rigetto o declaratoria di inammissibilità del gravame. (Fattispecie relativa a ricorso per cassazione proposto dall'imputato, avente ad oggetto la declaratoria di inammissibilità nel giudizio di appello della richiesta di applicazione dell'istituto della messa alla prova e il computo della pena)”*.

La Corte, nell'osservare che, in consimili ipotesi, rimane impregiudicata la possibilità di adire il giudice civile anche all'esito positivo del percorso di messa alla prova ai fini del risarcimento del danno subito, ha rimarcato come la soluzione adottata trovi sostegno anche negli arresti giurisprudenziali, seppur relativi alla diversa ipotesi di estinzione del reato ai sensi dell'art. 35 del D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, in cui si è affermato che non sussiste alcun interesse per la parte civile ad impugnare, anche ai soli fini civilistici, la sentenza dichiarativa dell'estinzione del reato per intervenuta condotta riparatoria, in quanto - premesso che l'interesse ad impugnare non si fonda sulla sola discordanza fra la decisione impugnata e la pronuncia cui si tende mediante il gravame, occorrendo altresì che l'eliminazione del provvedimento ritenuto pregiudizievole comporti una situazione pratica più vantaggiosa rispetto a quella esistente - tale pronuncia si limita ad accertare la congruità del risarcimento offerto ai soli fini dell'estinzione del reato e non riveste autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno, non producendo, pertanto, alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile (cfr. Sez. V, 6 giugno 2008, n. 27392, Di Rienzo). La sentenza della Sez. II, Capardoni ritiene che le medesime conclusioni valutative possano trovare applicazione anche nell'ipotesi che qui occupa, ove la messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato,

nonché, se possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato. Escluso il caso, all'evidenza non problematico, di risarcimento integralmente soddisfacente per la parte offesa già costituita parte civile, la Corte osserva che un eventuale risarcimento parziale o, in ipotesi, l'assenza di risarcimento non potrà rivestire autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno, non determinando, pertanto, alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile.

7. L'esclusione di un'ammissione parziale all'istituto.

Altra questione particolarmente delicata che ha formato oggetto di intervento della Corte attiene alla possibilità di accedere all'istituto *de quo* nel caso in cui l'interessato sia indagato o imputato per una pluralità di reati, soltanto alcuni dei quali consentano l'accesso al rito alternativo. **Sez. II, 12 marzo 2015, n. 14112, Allotta, Rv. 263125** ha ritenuto che, in caso di procedimenti oggettivamente cumulativi, nei quali siano contestati all'imputato reati per i quali sarebbe possibile l'ammissione al beneficio e reati esclusi dallo stesso, la sospensione non può essere disposta, previa separazione dei processi, soltanto per quella parte dei reati per i quali sia consentito l'accesso al beneficio, in quanto la messa alla prova è diretta alla completa eliminazione delle tendenze antisociali del reo e sarebbe incompatibile con le finalità dell'istituto una rieducazione "parziale". (Nella specie, relativa a reato associativo connesso ad altri reati, la Corte ha reputato corretta la decisione con la quale il giudice di merito non aveva disposto la separazione dei processi a seguito della richiesta di messa alla prova per i reati satellite).

Nel pervenire a tali conclusioni, la Corte ha sviluppato, in sintesi, due fondamentali profili argomentativi, l'uno fondato sul tenore letterale della disposizione chiave in materia, l'altro aperto a considerazioni sistematiche poste in stretta connessione con la *ratio* dell'istituto: sotto il primo aspetto, si è osservato che il legislatore, nel formulare l'art. 168 *bis* cod. pen., non ha fatto riferimento ai reati ma ai "procedimenti per reati", lasciando intendere "*una visione unitaria e complessiva della prospettiva di risocializzazione del soggetto che potrà realizzarsi attraverso la messa alla prova previa sospensione dell'intero 'procedimento' ma solo quando ciò sia possibile in relazione a tutti i reati in contestazione*". Sotto il secondo



aspetto, la sentenza in esame ha rimarcato come il sistema normativo non preveda un diritto assoluto per l'interessato di accedere alla sospensione con messa alla prova sulla base di una mera richiesta, ma prevede pur sempre l'esercizio di un potere valutativo del giudice articolato attraverso un giudizio prognostico positivo sulla possibilità di rieducazione del soggetto interessato. Orbene, per la formulazione di tale giudizio occorre considerare indici quali il tipo di reato commesso, le sue modalità di attuazione ed i motivi a delinquere, al fine eminente di valutare se il fatto contestato possa considerarsi un episodio del tutto occasionale o non sia, piuttosto, espressione di un sistema di vita, *“che faccia escludere un giudizio positivo sull'evoluzione della personalità dell'imputato verso modelli socialmente adeguati”*.

In tale prospettiva, appare davvero arduo sostenere che taluno possa essere “risocializzato” solo per alcuno dei fatti in contestazione e, al tempo stesso, continui a rispondere di altri (e, nella specie, assai più gravi) reati connessi per i quali è precluso l'accesso all'istituto in esame; reati che, già di per sé, contrastano con quella prognosi positiva di risocializzazione che rappresenta la *ratio* più autentica dell'istituto.



QUARTA PARTE

LE CONFISCHE



CAPITOLO I

LA CONFISCA PENALE OBBLIGATORIA E L'ABLAZIONE DI SOMME DI DENARO

(PIETRO SILVESTRI)

1.Premessa. – 2. I presupposti della confisca obbligatoria. La confisca senza condanna. – 2.1. La ricostruzione del tema e il primo intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione. – 2.2. (segue). Il secondo intervento delle Sezioni unite. – 2.3. (segue). La giurisprudenza di legittimità successiva alle Sezioni unite. – 2.3.1. (segue). La tesi dell'accertamento incidentale equivalente all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di pertinenzialità. – 2.4. L'impatto sul tema della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo. – 2.4.1. La confisca prevista dal T.U. in materia edilizia. – 2.4.2. La confisca come pena: il caso Welsh c. Regno Unito e il caso Sud Fondi c. Italia. – 2.4.3. Confisca e presunzione di innocenza. Il caso Paraponiaris c. Grecia: garanzie e potere di accertamento – 2.4.4. La sentenza della Corte E.D.U. nel caso Varvara. – 2.5. La sentenza della Corte Costituzionale 26 marzo 2015, n. 49. – 2.6. L'impatto della giurisprudenza europea sull'ordinamento interno. – 2.6.1. (segue). Primo orientamento: la necessità di una formale sentenza di condanna. – 2.6.2. (segue). Secondo orientamento: l'accertamento equivalente a quello contenuto nella sentenza di condanna e la distinzione fra confisca punitiva e confisca – misura di sicurezza. – 2.7. Le questioni controverse su cui le Sezioni unite della Corte di cassazione sono intervenute. – 3. I principi affermati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza “Lucci”: i presupposti della confisca obbligatoria.- 4. L'oggetto della confisca obbligatoria. La confisca del denaro e la nozione di profitto del reato. – 4.1. L'indirizzo secondo cui la confisca di denaro è sempre confisca diretta, attesa la fungibilità del bene. – 4.2. l'indirizzo secondo cui la confisca di denaro è sempre confisca per equivalente. – 4.3. L'indirizzo secondo cui la confisca del denaro disponibile su un conto corrente bancario, per essere qualificata in termini di confisca diretta, necessita della prova del nesso di derivazione con il reato. – 5. I principi affermati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza “Lucci”: l'oggetto della confisca e la confisca del denaro disponibile su un conto corrente.

1. Premessa.

Il tema dei presupposti e dell'oggetto della confisca obbligatoria, della distinzione fra confisca diretta e confisca per equivalente, della possibilità di disporre l'ablazione anche in relazione ad un reato estinto per prescrizione, della natura della confisca avente ad oggetto le somme di denaro disponibili su un conto corrente bancario sono state diffusamente affrontate da **Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, Lucci, Rv. 264434-435-436-437.**

La Corte di cassazione ha dovuto occuparsi in particolare di due questioni.

La prima ha riguardato il se, in caso di reato estinto per prescrizione, possa o meno disporsi la confisca.

Si è trattato di verificare: a) se una confisca senza condanna possa o meno essere disposta al di là dell'ipotesi prevista dall'art. 240, comma 2 n. 2, cod. pen.; b) se, nel caso in cui si ritenga che esista un potere generale del giudice di disporre la confisca senza una sentenza di condanna, tale potere sia esercitabile per ogni ipotesi di confisca obbligatoria, e quindi anche per quelle c.d. punitive (confisca di valore), ovvero sia limitato alle tradizionali ipotesi di confisca proprietaria – misura di sicurezza; c) sulla base di quale tipo di accertamento, nel caso in cui si ritenga di dare, in tutto o in parte, risposta positiva ai primi due quesiti, debba essere disposta la confisca, con quali limiti, con quali garanzie.

In tale quadro di riferimento, si è posta la seconda questione, più specifica, quella, cioè, del se la confisca del denaro che costituisca il prezzo o il profitto del reato, debba essere qualificato in termini di confisca diretta o di valore, e, nel caso in cui si ritenga di qualificarla in termini di confisca diretta, come, in considerazione della fungibilità del bene, si atteggi il nesso di pertinenza tra “res” e reato.

2. I presupposti della confisca obbligatoria. La confisca senza condanna.

2.1. La ricostruzione del tema e il primo intervento delle Sezioni unite della Corte di cassazione.

La natura giuridica della confisca, il suo oggetto, i limiti di opponibilità ai terzi estranei al reato che ne subiscono gli effetti sono tradizionali problematiche rispetto alle quali la riflessione penalistica non può ancora considerarsi definitiva.

I profili di incertezza che investono questo antico istituto finiscono per coinvolgere anche i suoi stessi presupposti applicativi di natura processuale, rendendone ancora più incerti i confini teorici ed operativi.

Da tale premessa nasce il tema della prima questione rimessa alle Sezioni unite, quella, cioè, del se, in quali casi e con quali limiti la confisca possa essere ordinata in caso di proscioglimento dell'imputato.

È utile riportare, seppur brevemente, l'evoluzione giurisprudenziale richiamata espressamente in motivazione dalla sentenza delle Sezioni unite in esame.



Nell'ordinamento esiste un solo caso in cui il legislatore ha consentito “*apertis verbis*” l'esercizio di poteri ablativi anche in caso di proscioglimento dell'imputato: si tratta dell'ipotesi di confisca delle cose c.d. *assolutamente vietate*, prevista dall'art. 240, comma 2, n. 2, cod. pen., ossia, le cose *la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato*.

In tutte le altre ipotesi, il legislatore parrebbe subordinare l'operatività della confisca alla pronuncia di una sentenza di condanna a carico dell'imputato.

Una parte della giurisprudenza ritiene da tempo, invece, che il giudice, a date condizioni, disponga di poteri ablativi anche in caso di proscioglimento dell'imputato e, in alcuni settori del diritto penale complementare, come, ad esempio, in tema di confisca urbanistica, l'esercizio di tali poteri è pressoché sistematico e, come si vedrà, generalizzato.

Una prima risalente ricostruzione afferma la non necessità della condanna per procedere alla confisca essenzialmente in base a due argomenti.

In primo luogo, si ricorda che l'art. 210, comma 1, cod. pen. Sancisce il principio generale secondo cui *l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione* (analogo principio è espresso, al comma 2, con riferimento all'estinzione della pena); tuttavia, l'art. 236, comma 2, cod. pen. Sottrae all'ambito di operatività di tale principio proprio la misura della confisca.

Dal combinato disposto di tali previsioni normative si ricaverebbe dunque che la confisca, a differenza delle altre misure di sicurezza, va ordinata anche laddove operi una fattispecie estintiva del reato.

In secondo luogo, si fa rilevare che l'art. 240, comma 2, cod. pen. Contiene, con riferimento alla confisca obbligatoria del prezzo del reato e delle cose c.d. *assolutamente vietate*, l'espressione “*è sempre ordinata la confisca*”; tale locuzione, secondo l'impostazione in parola, imporrebbe al giudice di applicare la misura ablativa *indipendentemente* dalla presenza o meno della sentenza di condanna, a differenza di quanto accade per la confisca facoltativa *ex art. 240, comma 1, cod. pen.* Per la cui applicazione è esplicitamente richiesta la condanna.



A tale orientamento si è contrapposta nel tempo la tesi, largamente maggioritaria, secondo cui il richiamo agli artt. 210 e 236, comma 2, cod. pen., sarebbe non decisivo, poiché esso prescinde totalmente dal testo dell'art. 240 cod. pen., e cioè proprio dalla norma che detta le condizioni di applicabilità della confisca, e che espressamente richiede la condanna, quanto meno in relazione alla confisca facoltativa *ex art. 240, comma 1, cod. pen.*

Gli artt. 210 e 236 comma 2 cod. pen. Si limiterebbero, secondo la tesi in esame, piuttosto ad indicare quali norme, dettate per le misure di sicurezza personali, si applichino anche a quelle patrimoniali, così delineandone la disciplina normativa generale.

Quest'ultima, tuttavia, andrebbe necessariamente integrata con le disposizioni specificamente previste per le singole misure di sicurezza patrimoniali, le quali, laddove derogassero a tale normativa generale non potranno che prevalere in ossequio al principio di specialità.

Se pertanto, relativamente alla misura della confisca, l'art. 240 cod. pen. Esige la previa emanazione di una sentenza di condanna (salvo che nella ipotesi di cui al n. 2, secondo comma in cui espressamente la confisca risulta imposta *anche se non è stata pronunciata condanna*), da essa non sarebbe possibile prescindere.

Con riferimento poi all'interpretazione dell'avverbio "*sempre*", contenuto nel secondo comma dell'art. 240 cod. pen., l'opinione comune sarebbe nel senso che esso avrebbe la sola funzione di privare il giudice di poteri discrezionali in ordine all'applicazione o meno della misura ablativa, essendo la valutazione circa la *pericolosità* delle cose per cui la confisca risulta obbligatoria operata direttamente dal legislatore, ma non di consentire la confisca anche nei casi, come quelli previsti dall'art. 240 comma 2 n. 1 cod. pen. O 322 ter, comma 1, prima parte, cod. pen. La stessa è legata inscindibilmente sul piano della norma alla esistenza di una sentenza di condanna.

Proprio questi argomenti furono recepiti dalla prima sentenza emessa dalle Sezioni Unite. (Sez. un., 25 marzo 1993, n. 5, Carlea, Rv. 193119- 193120).

Nell'occasione la Corte di cassazione ebbe a pronunciarsi sulla confisca obbligatoria prevista dall'art. 722 cod. pen. (*“è sempre ordinata la confisca del denaro esposto e degli strumenti impiegati nel gioco”*) e, dopo aver affermato che la condanna dell'imputato doveva considerarsi presupposto imprescindibile della misura ablativa, sottolineò come ipotizzare la possibilità di disporre la confisca anche nel caso di estinzione del reato significava riconoscere al giudice il potere di svolgere accertamenti incompatibili con i limiti cognitivi imposti dalla particolare fase processuale nella quale viene dichiarata l'estinzione del reato.

Secondo le Sezioni unite della Corte, il giudice, verificata la esistenza di una causa estintiva del reato, non avrebbe potuto compiere accertamenti volti a verificare con certezza la esistenza del reato, atteso l'obbligo di pronunciare immediatamente la sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen; evidenziò la Corte come non fosse casuale che l'unica ipotesi di confisca consentita in caso di estinzione del reato sia quella prevista dall'art. 240, comma 2, n. 2, cod. pen., in quanto focalizzata soprattutto sulle caratteristiche delle cose da confiscare, le quali in genere non richiedono accertamenti anomali rispetto all'obbligo dell'immediata declaratoria di estinzione del reato.

2.2. (segue). Il secondo intervento delle Sezioni unite

La persistenza del contrasto giurisprudenziale determinò nel 2008 un nuovo intervento delle Sezioni Unite della Corte di cassazione (Sez. un., 10 luglio 2008-, n. 38834, P.M. in proc. De Maio, Rv. 240565).

Il caso di specie, sovrapponibile a quello su cui le Sezioni unite sono intervenute nel 2015, concerneva la restituzione all'imputato, disposta con ordinanza del giudice dell'esecuzione, di alcuni beni precedentemente sequestrati quali *cose costituenti prezzo del reato* – ex art. 240, comma 2, n. 1, cod. pen. – nel corso di un procedimento penale per corruzione conclusosi per decorrenza dei termini prescrizionali.

Le Sezioni unite confermarono l'orientamento maggioritario, riprendendo integralmente le motivazioni contenute nella sentenza *Carlea*.

Oltre alle considerazioni già svolte dalla sentenza del 1993, la Corte affrontò specificamente l'argomento relativo alla portata dell'inciso “*anche se non è stata pronunciata condanna*” contenuto nell'art. 240, comma 2, cod. pen., non trattato nella precedente occasione, chiarendo che se il legislatore avesse voluto riferire l'inciso suddetto ad entrambi i numeri del comma, l'avrebbe inserito all'inizio del capoverso.

La “*ratio decidendi*” venne dunque declinata nel senso che la confisca del prezzo del reato può essere disposta soltanto contestualmente ad una sentenza di condanna.

Tuttavia, diversamente da quanto affermato nel 1993, la Corte di cassazione, tornando sul tema dei limiti dei poteri cognitivi del giudice in presenza di una causa di una delle cause di non punibilità previste dall'art. 129, comma 1, cod. proc. pen., affrontò la questione del se il giudice, in presenza di una causa estintiva del reato, continui ad essere titolare di poteri accertativi ed evidenziali, invero, come la legge processuale preveda espressamente casi in cui tale potere sia riconosciuto, come, ad esempio, avviene ai sensi dell'art. 576 cod. proc. pen., ovvero dell'art. 425, comma 4, cod. proc. pen., ovvero nell'ambito del diritto penale speciale: il riferimento fu chiaramente alla confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva (art. 44, comma 2, D.P.R. 380/2001) e per i reati di contrabbando (art. 301 D.P.R. 43/1973).

Nell'occasione, le Sezioni unite sottolinearono espressamente come l'indirizzo maggioritario, quello cioè che negava la possibilità di confiscare senza una sentenza di condanna, pur giuridicamente fondato, presentasse costi in termini di effettività della tutela penale decisamente elevati e, sembrarono, auspicare una modifica legislativa.

2.3. (segue). La giurisprudenza di legittimità successiva alle Sezioni unite.

I riferimenti delle Sezioni Unite ai poteri cognitivi del giudice nonostante l'intervenuta estinzione del reato e l'apparente appello al legislatore affinché intervenisse a colmare la segnalata lacuna di effettività costituiscono snodi decisivi in ragione dei quali continuano a registrarsi orientamenti non omogenei sulla questione.

Nel periodo immediatamente successivo alle pronunce esaminate, una parte della giurisprudenza di legittimità recepì i principi affermati. (Sez. II, 4 marzo 2010, n. 12325, Dragone ed altri, Rv. 247012; Sez. I, 17 febbraio 2010, n. 17716, Mele, Rv. 247067).

E tuttavia, a meno di due mesi dalla pronuncia a Sezioni Unite “De Maio“, la Corte si trovò a decidere della legittimità di un’ordinanza emessa dal g.i.p. in funzione di giudice dell’esecuzione, che, pur confermando l’archiviazione del procedimento per decorso dei termini di prescrizione, aveva però disposto la confisca *ex art.* 240, comma 2, n. 1, c.p. di alcune somme ritenute *prezzo* della ipotizzata corruzione. (Sez. I, 4 dicembre 2008, n. 2453/09, Squillante, Rv. 243027).

Stabilito dunque che si rientrava nell’ipotesi di confisca obbligatoria *ex art.* 240, comma 2, n. 1, il g.i.p. aveva proceduto alla loro confisca in applicazione degli artt. 210 e 236, comma 2, cod. pen.

La Corte, nell’ambito di un’articolata motivazione, invece, dopo aver segnalato espressamente al g.i.p., e in ciò traendo spunto proprio dalle Sezioni unite del 2008, le sempre più numerose ipotesi in cui la legge riconosce al giudice ampi poteri di accertamento del fatto di reato, annullò con rinvio il provvedimento, richiedendo di motivare diversamente il proprio convincimento, in quanto fondato su argomenti (quello teso a valorizzare gli artt. 210- 236 cod. pen.) superati dalla giurisprudenza più recente.

La Corte dette dettagliatamente conto della sentenza “*De Maio*”, sposandone, in particolare, l’affermazione di principio secondo cui non potrebbe considerarsi *anomalo* il provvedimento con cui il giudice, pur prosciogliendo l’imputato, contestualmente proceda anche ad accertamenti relativi alla confiscabilità delle cose in sequestro; tale eventualità, tuttavia, fu ritenuta in linea già con la fisionomia del vigente sistema processuale.

Si evidenziò che la categoria delle sentenze di proscioglimento comprende non solo le pronunce ampiamente liberatorie ma anche quelle che, pur non applicando una pena, comportano – in diverse forme e gradazioni – un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell’imputato o, comunque, l’attribuzione del fatto all’imputato stesso

(Corte cost., sent. n. 85 del 2008); ciò vale, in particolare, per le dichiarazioni di estinzione del reato per prescrizione.

Pertanto, considerata l'evoluzione della legislazione in materia e la sempre più ampia utilizzazione dell'istituto della confisca al fine di contrastare i più diffusi fenomeni di criminalità, la Corte affermò che, in caso di estinzione del reato, il riconoscimento al giudice di poteri di accertamento al fine dell'applicazione della confisca medesima non poteva dirsi necessariamente legato alla facilità dell'accertamento medesimo e che tale accertamento poteva riguardare non solo le cose oggettivamente criminose per loro intrinseca natura (art. 240 c.p., comma 2, n. 2), ma anche quelle che sono considerate tali dal legislatore per il loro collegamento con uno specifico fatto reato.

Nel ragionamento operato dalla Corte fu affermato che il principio di diritto sancito dalle Sezioni Unite era stato eluso dal giudice di prime cure: l'ordinanza infatti non fu annullata in ragione del *risultato* cui essa pervenne (l'applicazione della confisca ad onta del perfezionamento di una fattispecie estintiva), bensì del *percorso logico-giuridico* seguito dal giudicante per giustificarlo che aveva omesso *“di valutare la specifica fattispecie sottoposta al suo vaglio alla luce della [...] recente decisione delle Sezioni Unite, sopra richiamata nei suoi principali passaggi argomentativi. S'impone, pertanto, l'annullamento dell'ordinanza impugnata e il rinvio per nuovo esame”*.

La Corte, tuttavia, nulla disse in ordine al come il giudice della esecuzione potesse disporre la confisca di cose costituenti prezzo del reato senza una sentenza di condanna, di come, cioè, il giudice dovesse compiere l'accertamento della responsabilità penale che funge, ai sensi dell'art. 240, comma 1 n. 1 cod. pen., da presupposto per l'esercizio del potere ablativo dello Stato, e, in particolare, se, per compiere l'accertamento, il giudice avrebbe potuto fare ricorso ad acquisizioni probatorie.

In tale contesto ancor più netta fu la presa di posizione espressa da Sez. II, 25 maggio 2010, n. 32273, Pastore, rv. 248409, secondo cui proprio l'argomento su cui si erano ampiamente soffermate le Sezioni unite, e cioè l'evoluzione del sistema processuale nel senso di accordare al giudice poteri di accertamento sempre più ampi, consentiva al

giudice già *de iure condito* di disporre la confisca in assenza di condanna, senza attendere l'intervento del legislatore in materia.

2.3.1. (segue). La tesi dell'accertamento incidentale equivalente all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di pertinenzialità.

In tale quadro di riferimento si pone Sez. II, 5 ottobre 2011, n. 39756, Ciancinimo, Rv. 251195.

Nella specie l'imputato era stato condannato, anche all'esito del giudizio di appello, per estorsione e per il reato di cui all'art. 12 quinquies del d.l. n. 306 del 1992: la Corte di cassazione, nel dichiarare estinti per prescrizione i reati per i quali era intervenuta condanna, confermò la confisca precisando che ciò che viene posto a fulcro della disciplina codicistica non è il rinvio ad un concetto di "condanna" evocativo della categoria del giudicato formale, ma – più concretamente – il richiamo ad un termine che intende esprimere un valore di equivalenza rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di "pertinenzialità" che i beni oggetto di confisca devono presentare rispetto al reato stesso: a prescindere, evidentemente, dalla "formula" con la quale il giudizio viene ad essere formalmente definito.

Secondo la Corte, proprio la necessità di un accertamento equivalente del giudicato consentiva di escludere la irragionevole identità di trattamento (sul piano della medesima preclusione alla confisca) che, altrimenti, si sarebbe realizzata nelle ipotesi in cui la causa di estinzione del reato intervenga (come nella vicenda processuale sottoposta al vaglio nella occasione) quando le statuizioni di condanna adottate dai giudici del merito hanno integralmente cristallizzato lo scrutinio sulla responsabilità e sul collegamento tra beni e reato, rispetto alle ipotesi in cui la causa estintiva sia stata dichiarata, ad esempio, già con la sentenza di primo grado, senza alcuna concreta verifica degli accennati presupposti.

La Corte ritenne dirimente "la circostanza che, proprio con riferimento alla confisca di cui al D.L. n. 306 del 1990, art. 12-sexies, il legislatore abbia ritenuto di dover espressamente precisare, con riferimento ai casi di confisca ivi previsti, che gli stessi trovano applicazione "nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 c.p.p.": una previsione, questa, che sta appunto



a dimostrare come per la estensione alle sentenze di “patteggiamento” di quei casi di confisca fosse necessaria una espressa previsione normativa, proprio perché – a differenza che nella “condanna” – quelle sentenze non presuppongono un accertamento pieno di responsabilità. Il che consente, evidentemente, di trarre la proposizione reciproca, per la quale la locuzione “condanna” assume, agli effetti della confisca, il valore di pronuncia che irrevocabilmente attesti la sussistenza del reato e della relativa responsabilità”.

In virtù di queste considerazioni, preso atto che nella specie la prescrizione dei reati era intervenuta dopo la pronuncia di condanna, tanto in primo che in secondo grado, e che i ricorsi per cassazione erano ammissibili e, pertanto, non precludevano l'intervento della causa estintiva, si osservò che “le statuizioni adottate dai giudici del merito in punto di accertamento dei fatti-reato, delle responsabilità e della illecita provenienza dei beni sottoposti a confisca si sono definitivamente “cristallizzate”, al punto da vanificare, contenutisticamente, la stessa presunzione di non colpevolezza: il che giustifica, pertanto, il soddisfacimento dei fini di garanzia di accertamento pieno, che il termine “condanna” è volto ad assicurare nel quadro della confisca, quale necessario presupposto del provvedimento ablatorio”.

Non è accessorio evidenziare come la Corte, nonostante l'intervenuta estinzione del reato, non si limitò ad escludere la sussistenza dei presupposti per l'assoluzione ai sensi dell'art. 129, comma 2, cod. proc. pen., ma, al contrario, in motivazione dette sostanzialmente atto della esistenza della prova della penale responsabilità dell'imputato.

Pare fondato ritenere che nella occasione, da una parte, si superò il principio affermato dalle Sezioni unite con le sentenze “Carlea” e “De Maio”, attraverso il riferimento alla categoria dell'accertamento equivalente a quello contenuto in una sentenza irrevocabile di condanna, ma, dall'altra, si valorizzò la specificità della fattispecie, in cui l'accertamento della sussistenza del reato nelle sue componenti oggettive e soggettive e del nesso di derivazione tra “res” e reato era stata effettuata all'esito di due giudizi di merito:

- 1) conclusisi prima della decorso del termine di prescrizione;
- 2) in cui le prove erano state assunte nel rispetto dei canoni del giusto processo e dell'art. 111 Cost. (giudizio di primo grado celebrato nelle forme del rito abbreviato e giudizio di appello);
- 3) in cui la Corte stessa aveva dato sostanzialmente atto della esistenza del fatto reato in tutte le sue componenti e delle condizioni per la confisca.

La Corte, per giungere ad affermare il principio di diritto indicato, chiarì come, diversamente, si sarebbe creata una irragionevole disparità di trattamento tra l'ipotesi portata alla sua cognizione e quella in cui la prescrizione del reato fosse stata dichiarata con la sentenza di primo grado senza alcun accertamento della responsabilità penale o, comunque, in un altro momento procedimentale.

2.4. L'impatto sul tema della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo.

Gli sviluppi ulteriori del tema sono connessi ai principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo in relazione ad una forma di confisca, quella c.d. urbanistica, diversa rispetto a quelle previste dagli artt. 240 e 322 ter, primo comma prima parte, cod. pen., ma di indubbio interesse in relazione ai temi: a) del potere di accertamento del reato e dei presupposti della confisca da parte del giudice in presenza di una causa di estinzione del reato; b) delle modalità e dei limiti con cui tale potere di accertamento, posto che esista in via generale, debba essere esercitato.

2.4.1. La confisca prevista dal T.U. in materia edilizia.

La speciale ipotesi di confisca prevista nel settore dell'edilizia e dell'urbanistica è disciplinata dall'art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 che così recita: *la sentenza definitiva che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite.*

Senza alcuna pretesa di completezza, in questa sede è sufficiente evidenziare che per lungo tempo la norma è stata pacificamente interpretata nel senso che la confisca dei terreni e delle opere potesse essere disposta anche *in assenza di condanna.*

Tale consolidato orientamento si fonda essenzialmente su due ordini di ragioni.

In primo luogo, dal testo della norma si desume che, per applicare la confisca, è sufficiente una sentenza che “*accerti*” la lottizzazione abusiva e non necessariamente una sentenza di condanna: ne deriva che la confisca può essere disposta anche con una sentenza di proscioglimento.

Inoltre, e si tratta dell'aspetto più controverso, la confisca in esame avrebbe natura di *sanzione amministrativa* e, dunque, non vi sarebbero ostacoli alla sua applicazione in assenza di condanna.

Nell'arco dell'ultimo ventennio si sono tuttavia moltiplicate le pronunce europee che hanno avuto ad oggetto questioni legate all'adozione di misure patrimoniali ablativo; si è registrata una importante revisione dei parametri di delimitazione del concetto autonomo di "pena" al fine di assicurare la uniforme applicazione di uno standard minimo di garanzie in tutti gli Stati parte della Convenzione, impedendo che la sfera di operatività dei diritti dell'accusato possa dipendere da incontrollabili scelte discrezionali del legislatore interno.

L'esigenza di fissare la nozione di "pena" è stata essenzialmente finalizzata ad orientare l'applicazione di un novero di garanzie strettamente collegate al principio di colpevolezza, inteso come "progetto di imputazione personale dell'illecito", cui sono riconducibili, in particolare, i requisiti di accessibilità e prevedibilità della norma penale, sanciti dall'art. 7 Cedu, le prerogative processuali sancite dall'art. 6 Cedu (tra cui soprattutto la presunzione d'innocenza di cui al § 2), nonché, sebbene affermata dalla Corte europea solo di recente, la necessità di un'imputazione soggettiva (dolosa o colposa) del fatto.

Nella giurisprudenza di Strasburgo non sono mancati nel tempo tentativi di ricostruzione della nozione di "materia penale" sulla base di criteri quali la natura del fatto vietato o la severità della sanzione; si tratta di parametri che sono stati progressivamente abbandonati in conseguenza della centralità acquisita dal criterio della natura della sanzione. (Corte europea dei diritti dell'uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*).

Si è evidenziato come ogni ricostruzione fondata su distinzioni sostanziali ("qualitative" o anche "quantitative") tra illecito penale ed illecito penale-amministrativo finisca per operare un'indebita inversione metodologica, ove si consideri che il reato può avere conseguenze giuridiche fortemente eterogenee e che i principi di colpevolezza e

legalità devono regolare l'applicazione di ogni sanzione penale, anche quella prevista per il più bagatellare degli illeciti.

In tal senso, si sottolinea, ciò che deve essere verificato al fine della individuazione del concetto di “materia penale” non è ciò che viene vietato, quanto, piuttosto, come l'ordinamento reagisce alla violazione del divieto, cioè la natura della sanzione.

È diffusa l'affermazione per cui non sono riconducibili alle nozioni di “materia penale” e di “pena” le misure riparative: ciò emerge da quelle pronunce in cui la Corte europea nega la funzione compensativa di determinate sanzioni tributarie e di talune ipotesi di confisca (suggerita dall'incidenza sinallagmatica di tali misure sul patrimonio del reo in favore dell'erario) al fine di rilevarne la natura punitiva (Cfr., Corte E.D.U., 24 febbraio 1994, Bendenoun c. Francia; Corte E.D.U., 29 agosto 1997, E.L., R.L. e J.O.-L. c. Svizzera in cui la Corte ha ritenuto illegittima l'applicazione di sanzioni tributarie agli eredi dell'autore degli illeciti, che si sarebbe potuta giustificare, appunto, solo alla luce di una logica risarcitoria).

La nozione di pena ruota intorno non tanto al concetto di afflittività, quanto, piuttosto, sulla distinzione tra caratteri afflittivi – punitivi, tipici della pena, e caratteri preventivi della sanzione.

Se, si osserva, sul versante della punizione i canoni di colpevolezza e di prevedibilità-irretroattività della norma penale si presentano come naturali requisiti costitutivi rispetto alle finalità della sanzione, l'esigenza di arginare manifestazioni della pericolosità sembra invece consentire l'affrancamento da tali presupposti, ad esempio, delle misure volte al trattamento di soggetti socialmente pericolosi e delle strategie di lotta alla criminalità organizzata autenticamente preventive, nel cui contesto si collocano alcune forme di confisca, così come una certa flessibilità intertemporale della disciplina dell'esecuzione penale.

In tale quadro di riferimento, il punto di maggiore complessità è costituito dalla verifica in concreto della natura punitiva o preventiva di una misura, essendo rari i casi in cui la funzione preventiva e quella punitiva si manifestano in forma “pura”,

registrandosi, invece, una sovrapposizione di tali profili già a livello di previsione legislativa dei singoli istituti.

Proprio su questo terreno, d'altra parte, la giurisprudenza della Corte europea si dimostra meno stabile, facendo frequentemente ricorso al criterio di prevalenza, piuttosto che a quello della compresenza di funzioni.

Tali difficoltà, tuttavia, non sembrano precludere la possibilità di tratteggiare un “confine” tra punizione e prevenzione sulla base del riconoscimento della dimensione volutamente (o, viceversa, solo incidentalmente) afflittiva di una determinata misura, alla luce dei relativi presupposti applicativi oggettivi e soggettivi, del contenuto e delle modalità esecutive.

2.4.2. La confisca come pena: il caso Welsh c. Regno Unito e il caso Sud Fondi c. Italia.

Sebbene manchi un vero e proprio indirizzo consolidato in materia, i parametri sostanziali in questione furono affermati nella fondamentale sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 9 febbraio 1995, *Welsh c. Regno Unito* e ripresi dalla coeva sentenza 8 giugno 1995, *Jamil c. Francia*.

Con il caso *Welsh*, la Corte, sottolineando la necessità, per rendere efficace la tutela offerta dall'art. 7, di andare oltre la formale etichettatura voluta dal legislatore e di valutare se una data misura costituisca, al di là della qualificazione formale, una “pena” ai sensi del parametro convenzionale, enucleò i vari criteri diagnostici della natura penale di una sanzione.

La Corte si soffermò, anzitutto, sul legame della misura con la condanna per un reato, proseguendo con la formulazione di un elenco di determinati elementi “sintomatici”, quali la natura e lo scopo della misura, la qualificazione giuridica interna, le procedure di adozione ed esecuzione e la gravità.

In tale contesto il tema della confisca disposta nel caso di lottizzazione abusiva ha rappresentato, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, un importante terreno di



innovazione giurisprudenziale, che ha condotto ad un inedito sviluppo delle garanzie insite nel principio di legalità penale e nel diritto al rispetto della proprietà, rispettivamente sanciti dall'art. 7 della CEDU e dell'art. 1 del Protocollo n. 1.

Le pronunce emesse tra il 2007 e il 2012 nel caso Sud Fondi hanno determinato una serie di rilevanti modifiche nella definizione della natura giuridica della confisca e nell'elaborazione degli standard europei di personalità della responsabilità penale, spingendosi altresì fino a delineare prospettive del tutto nuove in materia di riparazione per “ingiusta confisca” e di tutela penale dell'ambiente.

Come già detto, prima dell'intervento della Corte europea era consolidato nella giurisprudenza di legittimità l'indirizzo interpretativo che affermava l'obbligatorietà della confisca prevista dall'art. 19 della l. 28 febbraio 1985, n. 47 (successivamente sostituito dall'art. 44, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) in tutti i casi di accertamento giudiziale della sussistenza del fatto oggettivo di lottizzazione abusiva, indipendentemente da una pronuncia di condanna, con la sola eccezione dell'ipotesi di assoluzione per insussistenza del fatto.

A fondamento di tale conclusione vi era il convincimento secondo cui la confisca in questione non avesse natura di sanzione penale, quanto, piuttosto, in via alternativa, di misura di sicurezza patrimoniale connessa alla oggettiva illiceità del bene, ovvero di sanzione amministrativa di carattere reale, applicata dal giudice penale in via di supplenza rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei terreni lottizzati al patrimonio disponibile del comune.

Si trattava di una interpretazione che produceva il risultato di sottrarre la misura ablativa alle implicazioni del principio della responsabilità personale, intesa come responsabilità per fatto proprio colpevole: si facevano discendere dall'oggettiva realizzazione della fattispecie di reato effetti incidenti in senso negativo sulla sfera giuridica di soggetti privi di ogni collegamento non solo psicologico ma anche eziologico con la commissione dell'illecito.

In tale contesto si pone la prima decisione emessa il 30 agosto 2007 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Sud Fondi c. Gov. Italia, che ha assunto una

importanza fondamentale per la revisione critica delle tradizionali categorie concettuali sulla natura e sul regime giuridico della confisca prevista per la lottizzazione abusiva, come pure dei parametri da impiegare per definire la nozione di pena ai sensi dell'art. 7 della CEDU.

Vagliando analiticamente la confisca urbanistica alla luce dei parametri elaborati nel caso *Welch c. Regno Unito*, la Corte ritenne che essa, in ragione degli scopi prevalentemente repressivi che la animano, avesse natura penale, come tale vincolata al rispetto dell'art. 7 CEDU.

La Corte ricordò come il principio di legalità imponga che qualunque provvedimento normativo, da cui derivi la possibile inflizione di una sanzione penale ad un individuo, rispetti alcune caratteristiche imprescindibili; più nello specifico, fu affermata la necessità che la legge possieda i caratteri della accessibilità — ossia della conoscibilità e intelligibilità da parte dell'individuo del precetto contenuto nella norma giuridica — nonché della prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie cui si espone colui che lo viola.

Fu evidenziato, inoltre, come nella specie i ricorrenti fossero stati oggetto di una sanzione penale in assenza di *“un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato”*. In altri termini, affermò la Corte, se un fatto oggettivamente costituente reato non risulta soggettivamente ascrivibile all'agente quanto meno a titolo di colpa, a questo non può applicarsi alcuna sanzione penale.

La Corte ritenne inoltre che la mancanza di una pronuncia di condanna non assumesse valenza determinante al fine di escludere la configurabilità di una sanzione penale in presenza di ulteriori elementi sintomatici attinenti allo scopo, alla gravità e alla qualificazione legislativa della misura.

I principi e le affermazioni contenute nella decisione sulla ricevibilità del ricorso furono sviluppati, traendone importanti implicazioni, dalla sentenza di merito emessa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in data 20 gennaio 2009.

Non pare dubitabile che, alla luce della giurisprudenza citata, il principio guida dovesse essere quello della “onnicomprensività della condanna, irrinunciabilità dell’accertamento”.

Si tratta di un principio che lascia sullo sfondo i due profili problematici di cui si è già più volte detto e sui quali le Sezioni unite della Corte hanno dovuto prendere posizione con la sentenza “Lucci” del 2015, cioè: 1) la esportabilità di tale principio a tutte le ipotesi di confisca in cui il dato testuale della norma, diversamente da quanto previsto per la confisca urbanistica, richiede espressamente una sentenza di condanna o di applicazione di pena; 2) standards probatori e di garanzie con cui tale potere accertamento dovrebbe essere compiuto.

2.4.3. Confisca e presunzione di innocenza. Il caso Paraponiaris c. Grecia: garanzie e potere di accertamento.

In tema di rapporti tra confisca e presunzione di innocenza di indubbio rilievo è il caso Paraponiaris c. Grecia (Corte E.D.U. sez. I, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*).

La pronuncia trae origine da un ricorso presentato da un cittadino greco, imputato di contrabbando di prodotti petroliferi, il quale, all’esito dell’udienza preliminare, con la stessa sentenza che lo proscioglieva per intervenuta prescrizione, si era visto infliggere una *sanzione pecuniaria* a titolo di confisca per equivalente dei beni oggetto di contrabbando. La motivazione addotta dal giudice nazionale per giustificare la confisca del *tantundem* era stata che la legge ellenica in materia di contrabbando prevede l’obbligo di confiscare al *colpevole* i beni oggetto di reati di contrabbando.

La Corte europea ritenne sussistente la violazione dei principi del *giusto processo* e, in particolare, della *presunzione di innocenza* tutelati dall’art. 6, parr. 1, 2 e 3 lett. c), CEDU.

La Corte evidenziò come la sede processuale in esito alla quale era stata applicata la confisca (l’udienza preliminare) poteva al più concludersi con la decisione sul rinvio a giudizio dell’imputato e non con l’inflizione di una sanzione, come invece era accaduto nel caso concreto.

Ciò aveva determinato una violazione dei principi del giusto processo sotto vari profili.

Il ricorrente aveva infatti esercitato i propri diritti difensivi solo rispetto agli esiti cui poteva legalmente pervenire il giudice al quale era sottoposto, cioè il giudice dell'udienza preliminare, e non ad altri; inoltre, per applicare una sanzione, era necessaria una udienza pubblica cui l'imputato possa partecipare con pienezza dei diritti difensivi, mentre l'udienza preliminare non è pubblica, ed è caratterizzata da varie limitazioni ai diritti di difesa.

2.4.4. La sentenza della Corte E.D.U. nel caso Varvara.

In tale contesto si colloca Corte europea dei diritti dell'uomo 29 settembre 2013, *Varvara c. Gov. Italia*.

La Corte europea si è trovata ad affrontare la questione – non esattamente coincidente con quella decisa in *Sud Fondi* – del se violi o meno le garanzie convenzionali l'applicazione della confisca urbanistica non più mediante una sentenza di *assoluzione* (come nel caso *Sud Fondi*), bensì mediante una sentenza di *proscioglimento* per intervenuta prescrizione.

Ribadita la qualificazione della misura come sanzione “penale” ai fini della Convenzione e dei suoi protocolli, la Corte ha ritenuto anche nel caso in questione violato il principio di legalità in materia penale di cui all'art. 7 CEDU, in tale violazione risultando assorbito il profilo di violazione – pure dedotto dai ricorrenti – dei principi del *fair trial* di cui all'art. 6 CEDU: conseguentemente ha ritenuto violato pure il diritto di proprietà di cui all'art. 1 Prot. 1 CEDU, in conseguenza dell'avvenuta compressione del diritto medesimo ad opera di una sanzione penale illegittimamente applicata.

Secondo i giudici non potrebbe essere concepito un sistema in cui una persona dichiarata innocente o, comunque, senza alcun grado di responsabilità penale constatata in una sentenza di colpevolezza subisca una pena. “[...] *La logica della “pena” e della “punizione”, e la nozione di “guilty” (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di “personne coupable” (nella versione francese) depongono a favore di un’interpretazione dell’art. 7 che esige, per*

punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore”.

I giudici di Strasburgo hanno operato un collegamento fra il concetto di “colpevolezza”, intesa come rimproverabilità di un soggetto per un comportamento, e la necessità che tale comportamento sia accertato in una sentenza di condanna, cui devono essere collegate le garanzie previste dagli artt. 7 e, pare potersi sostenere, 6.

2.5. La sentenza della Corte Costituzionale 26 marzo 2015, n. 49.

I successivi sviluppi del tema conducono alla sentenza della Corte Costituzionale n. 49 del 2015, ampiamente richiamata in motivazione dalla sentenza “Lucci” delle Sezioni unite della Corte di cassazione.

A seguito della sentenza “Varvara”, il Tribunale di Teramo si era trovato a giudicare un imputato del reato di lottizzazione abusiva; egli risultava effettivamente avere commesso il fatto contestatogli ma era già maturato il relativo termine di prescrizione del reato. A fronte di un diritto vivente cristallizzato dalla giurisprudenza della Cassazione che imponeva in tal caso di disporre la confisca e di una sentenza della Corte EDU che – a proposito di un caso sovrapponibile – aveva invece affermato che una simile statuizione viola l’art. 7 CEDU, il Tribunale aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 44, secondo comma, d.P.R. 380/2001, *nell’estensione assegnatagli dal diritto nazionale vivente*, per contrasto con l’art. 117, primo comma, Cost. in relazione all’art. 7 CEDU (così come interpretato dalla sentenza *Varvara*) *“nella parte in cui consente che l’accertamento nei confronti dell’imputato del reato di lottizzazione abusiva – quale presupposto dell’obbligo per il giudice penale di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite – possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiara estinto il reato per intervenuta prescrizione”.*

Evidente in questo caso era l’intento del giudice *a quo*: sollecitare la Corte a una pronuncia di illegittimità costituzionale parziale, mediante la quale subordinare la possibilità (e doverosità) della confisca urbanistica alla condizione che la relativa statuizione fosse contenuta in una sentenza di condanna e, per l’effetto, emendare il

diritto vivente stabilito dalla Cassazione, escludendo la possibilità di applicare la confisca attraverso una sentenza dichiarativa della prescrizione, sì da assicurare la conformità del diritto interno ai principi desumibili dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Dal canto suo la Terza Sezione della Corte di cassazione – in un caso in cui parimenti era emersa, nei precedenti gradi di giudizio, la responsabilità degli imputati per il reato di lottizzazione abusiva, essendo peraltro ormai maturato il relativo termine prescrizione – aveva sollevato, essa pure, questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto lo stesso art. 44, secondo comma, d.P.R. 380/2001, per contrasto questa volta con gli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, Cost., nella parte in cui, in forza dell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, tale disposizione “*non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi*”.

Identica era dunque la disposizione impugnata, ma, verosimilmente, opposto lo scopo perseguito dalla Corte di Cassazione rispetto a quello del Tribunale di Teramo.

La Suprema Corte era probabilmente mossa dal presupposto secondo il quale la sentenza *Varvara* aveva *modificato il contenuto della disposizione censurata*, travolgendo *ipso facto* il diritto vivente che si era formato su di essa, con l'effetto di escludere la possibilità per il giudice italiano di disporre la confisca in presenza di una declaratoria di prescrizione. Risultato, quest'ultimo, che la Terza Sezione della Cassazione giudicava in contrasto frontale con l'assieme delle disposizioni costituzionali invocate, in quanto esso privilegierebbe la tutela del diritto di proprietà – che la nostra Costituzione riconosce soltanto nei limiti della sua “funzione sociale” – rispetto agli interessi tutelati da quelle disposizioni: il paesaggio, la salute, l'ordinato assetto urbanistico.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 49 del 2015, ha dichiarato inammissibili entrambe le questioni ma ha posto alcuni punti fermi di grande rilievo, anzitutto sulla specifica materia del contendere, cioè in tema di confisca urbanistica.

Senza alcuna pretesa di esaustività, la Corte, facendo riferimento al diritto vivente non scalfito dalla sentenza “*Varvara*”, ha ribadito la necessità, ai fini della confisca urbanistica, di un *pieno accertamento della* responsabilità dell'imputato e della malafede del

terzo eventualmente colpito dalla confisca, affermando come tale “pieno accertamento” non sia affatto precluso nel caso di proscioglimento per prescrizione, atteso che tale pronuncia ben potrebbe «accompagnarsi alla più ampia motivazione sulla responsabilità, ai soli fini della confisca del bene lottizzato»; tale motivazione, secondo il Giudice delle leggi, costituisce un preciso obbligo a carico del giudice, il quale dovrà “*attenersi ad adeguati standard probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell’effettivo apprezzamento compiuto*”.

Secondo la Corte ai fini della confisca urbanistica “*si tratta quindi non della forma della pronuncia, ma dalla sostanza dell’accertamento*”.

Al riguardo, un punto di indubbio rilievo è affrontato dalla Corte al punto 6.2. del *Considerato in diritto*: “*La questione da risolvere, secondo i criteri appena enunciati dell’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme, consiste allora nel decidere se il giudice europeo, quando ragiona espressamente in termini di condanna – nei termini di cui al par. 61 della sentenza Varvara – abbia a mente la forma del pronunciamento del giudice, ovvero la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia, laddove essa infligga una sanzione criminale ai sensi dell’art. 7 CEDU, vale a dire l’accertamento della responsabilità*”.

La Corte propende espressamente per una accezione di condanna in senso *sostanziale*, soddisfatta – appunto – dall’accertamento incidentale della colpevolezza (e dunque della responsabilità) del soggetto.

La regola sembra chiara: ai fini della Convenzione, una sanzione penale, coperta dagli artt. 6 e 7 CEDU, è compatibile con un esito processuale diverso dalla condanna, a condizione che sia espresso un giudizio di responsabilità a carico di chi subisce la “pena”.

Alcune questioni, che chiaramente esulavano da quella sottoposta alla Corte costituzionale, restavano tuttavia sullo sfondo.

In particolare, residuava un primo snodo, quello del se il principio affermato fosse “esportabile” anche alle ipotesi in cui la norma interna che prevede la confisca richieda espressamente, diversamente da quanto previsto dall’art. 44 D.P.R. n. 380 del 2001, una “sentenza di condanna”: la Corte sul punto si è così espressa: “*nell’ordinamento giuridico*

italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento della responsabilità. Quest'ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica”.

La questione attiene non tanto alla astratta possibilità di confiscare in presenza di una sanzione che abbia i caratteri di cui all'art. 7 CEDU, quanto, piuttosto, quello di declinare tale possibilità con il testo della norma interna allorchè questa contenga un elemento formale, quale, appunto, l'esistenza di una sentenza di condanna.

Allo stato della giurisprudenza europea, un provvedimento di confisca disposto nonostante la prescrizione del reato non contrasta con gli artt. 6-7 CEDU se contiene un accertamento della colpevolezza; tuttavia ciò potrebbe non essere di per sé decisivo per ritenere che la confisca con accertamento possa essere disposta anche quando la norma interna richieda “di più” sul piano testuale.

Residuava un secondo snodo: quello relativo al come questo accertamento dovesse essere compiuto e cristallizzato, di quali fossero gli “adeguati standard probatori” a cui il giudice comune debba attenersi nel motivare, se valesse o meno –nel compiere l'accertamento – il principio dell’”al di là di ogni ragionevole dubbio” e, nel caso di risposta positiva, se tale funzione accertativa potesse essere esercitata in momenti procedurali in cui non si assumono “prove” nell’accezione prevista dall’art. 111 Cost..

Spettava alla giurisprudenza chiarire come questo accertamento dovesse inserirsi armonicamente nel processo penale italiano, come potesse essere garantito il diritto a una piena rivalutazione della responsabilità dell'imputato (e dei terzi eventualmente colpiti dalla confisca) nei gradi di appello e di cassazione, allorché fosse *già* intervenuta la prescrizione.

Su questi temi hanno preso posizione, come si dirà, le Sezioni unite penali della Corte di cassazione con la sentenza “Lucci”.

2.6. L'impatto della giurisprudenza europea sull'ordinamento interno.

Alla luce della lunga ricostruzione effettuata e della giurisprudenza sovranazionale indicata, è possibile analizzare gli orientamenti più recenti della Corte di cassazione, richiamati dalle Sezioni unite nella sentenza “Lucci”.

Erano rinvenibili all'interno della giurisprudenza di legittimità prima della sentenza “Lucci” almeno due diversi indirizzi, all'interno dei quali era possibile forse cogliere ulteriori sottodistinzioni.

2.6.1. (segue). Primo orientamento: la necessità di una formale sentenza di condanna.

Sez. I, 20 gennaio 2015, n. 7860, Meli, Rv. 262759 ha affermato il principio così massimato:

“L'estinzione del reato per prescrizione preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prodotto o il profitto, a prescindere dalla sua connotazione come obbligatoria o facoltativa, per la necessità di interpretare tassativamente il concetto di condanna quale presupposto dell'ablazione, che è inibita dalla sentenza della Corte EDU del 29 ottobre 2013 nel caso Varvara c. Italia, in quanto il principio di legalità in campo penale preclude interpretazioni estensive o analogiche delle norme interne in danno dell'imputato”.

La fattispecie può essere sommariamente riassunta nel seguente modo:

- a) giudizio di primo grado conclusosi con sentenza di condanna per il delitto di associazione per delinquere finalizzato alle truffe e per quello di riciclaggio e di non doversi procedere per prescrizione in ordine alle truffe ed altro;
- b) giudizio di secondo grado conclusosi con sentenza di non doversi procedere per prescrizione anche per il reato associativo;
- c) confisca disposta in sede esecutiva del danaro ritenuto provento delle truffe.

La Corte, annullando senza rinvio, aveva affermato che:

- 1) non era possibile, anche alla luce della sentenza “Varvara” della Corte EDU e della sentenza delle Sezioni unite “De Maio”, l'emissione di un provvedimento di confisca

pertinenziale lì dove manchi l'accertamento definitivo della penale responsabilità del soggetto destinatario della confisca, relativo al reato presupposto;

2) ciò prescindeva dalla connotazione normativa della confisca in termini di *obbligatorietà* o *facoltatività* ed imponeva di considerare in termini di «tassatività» il presupposto descritto dalla specifica norma che facoltizza l'emissione del provvedimento di confisca, lì dove il legislatore abbia utilizzato il termine «condanna» (previsto non solo nell'art. 240 cod.pen. – eccezion fatta che per le ipotesi di cui al co.2 n.2 – ma anche in tutte le norme speciali tese a rendere obbligatoria la confisca del profitto come l'art. 322 *ter*, l'art. 640 *quater*, l'art. 648 *quater* e lo stesso art. 12 *sexies* I. 356 /'92 e succ.mod.) vietando interpretazioni analogiche o estensive di tale presupposto.

2.6.2. (segue). Secondo orientamento: l'accertamento equivalente a quello contenuto nella sentenza di condanna e la distinzione tra confisca punitiva e confisca – misura di sicurezza.

Altro indirizzo della Corte tendeva a distinguere a seconda che si trattasse di confisca diretta ovvero di confisca per equivalente.

Nel caso di confisca diretta, una parte della giurisprudenza più recente recepiva la tesi secondo cui il giudice può disporre la confisca del prezzo o del profitto del reato anche nel caso di intervenuta prescrizione, allorquando il provvedimento impositivo contenga un accertamento della sussistenza del reato – nelle sue componenti oggettive o soggettive- e dei presupposti della confisca sostanzialmente uguale a quello che sarebbe stato contenuto in una sentenza di condanna.

La tesi è quella, di cui si è già ampiamente detto, della esistenza di un generale potere di accertamento da parte del giudice e della sufficienza di un accertamento equivalente a quello contenuto nel giudicato.

Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 31957, Cordaro e altri, Rv. 255596, ha affermato il principio di diritto così massimato “*L'estinzione del reato per prescrizione non preclude la confisca delle cose che ne costituiscono il prezzo, nei casi in cui vi sia comunque stato un accertamento incidentale, equivalente a quello contenuto in una sentenza di condanna, della responsabilità dell'imputato e del nesso pertinenziale fra oggetto della confisca e reato*”

Nella specie, la Corte di appello, in riforma della sentenza di condanna di primo grado, aveva dichiarato la estinzione del reato di corruzione e confermato la confisca diretta di beni costituenti il prezzo del reato in questione; in particolare, il giudice di secondo grado aveva ribadito la statuizione relativa alla responsabilità dell'imputato, seppure in relazione alle statuizioni civili e all'illecita provenienza dei beni confiscati.

La Corte di Cassazione ha nella occasione richiamato i principi fissati nel 2008 delle Sezioni Unite “De Maio” ed evidenziato come *“un attento esame della stessa ratio decidendi di tale pronuncia, avuto riguardo anche agli apporti successivi della giurisprudenza di legittimità sul tema controverso”* consenta di ritenere che la “condanna” cui si riferisce l'art. 240 cod. pen. *“funge da presupposto quale termine evocativo proprio di quell'accertamento che ontologicamente giustifica, sul piano normativo, la sottrazione definitiva del bene, in quanto proveniente dal reato”*

Ha proseguito la Corte affermando che ciò che viene posto a fulcro della disciplina codicistica, non è il rinvio ad un concetto di condanna evocativo della categoria del giudicato formale, ma – più concretamente – il richiamo ad un termine che intende esprimere un valore di equivalenza rispetto all'accertamento definitivo del reato, della responsabilità e del nesso di pertinenzialità che i beni oggetto di confisca devono presentare rispetto al reato stesso: a prescindere, evidentemente, dalla formula con la quale il giudizio viene ad essere formalmente definito.

Secondo la pronuncia in esame può esservi un ambito in cui residui la possibilità di disporre la confisca in relazione ad un reato prescritto, purché vi sia l'effettività di un accertamento dei profili di responsabilità; la misura di sicurezza sarebbe invece preclusa nei casi in cui la estinzione del reato per prescrizione maturi prima del promovimento dell'azione penale, ovvero quando l'estinzione sia dichiarata nell'udienza preliminare o con sentenza emessa ai sensi dell'art. 129 c.p.p., ipotesi in cui difetta ogni tipo di accertamento in ordine alla responsabilità dell'imputato.

Si tratta di una pronuncia che, da una parte, aderisce all'indirizzo secondo il quale l'ordinamento vigente consentirebbe già al giudice un potere di accertamento dei presupposti della confisca – misura di sicurezza pur in presenza di un reato prescritto, ma, dall'altro, in senso simmetrico con la sentenza “Ciancimino”, definisce i parametri di

garanzia entro i quali quell'accertamento può essere compiuto, escludendo che la confisca possa essere disposta nei casi in cui la prescrizione sia maturata prima dell'esercizio dell'azione penale, ovvero quando l'estinzione sia dichiarata nel corso dell'udienza preliminare (Caso Paraponiaris) ovvero con sentenza emessa ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., richiedendo un accertamento definitivo della responsabilità.

La Corte di cassazione giunge, come detto, a conclusioni diverse quanto alla confisca di valore o, più in generale, punitiva.

Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799, Attianese, Rv. 255164 ha affermato che *“L'estinzione del reato preclude la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono il prezzo o il profitto, potendo la stessa applicarsi, al pari delle sanzioni penali, solo a seguito dell'accertamento della responsabilità dell'autore del reato. (Fattispecie riguardante una confisca disposta per i reati di corruzione e truffa)”*.

Nella specie, la Corte d'appello aveva dichiarato la prescrizione dei reati di corruzione e truffa, per i quali era intervenuta condanna in primo grado, ma aveva confermato la statuizione con cui il giudice di primo grado aveva confiscato per equivalente beni corrispondenti al prezzo e al profitto dei reati.

La Corte di Cassazione, richiamando l'evoluzione giurisprudenziale in materia, ha tuttavia evidenziato come la confisca c.d. per equivalente, diversamente dall'istituto tradizionale della confisca disciplinato, quale misura di sicurezza, dall'art. 240 cod. pen., trovi il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescindendo dalla pericolosità derivante dalla *res*, in quanto non è commisurata né alla colpevolezza dell'autore del reato, né alla gravità della condotta, avendo essa come obiettivo quello di impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa.

Ne consegue, secondo la pronuncia in esame, che, nonostante la definizione codicistica dell'istituto come misura di sicurezza patrimoniale, l'effettiva *ratio* della confisca per equivalente consiste in un ampliamento oggettivo delle cose confiscabili per finalità prevalentemente sanzionatore *“scopo di questo istituto è quello di superare le angustie della confisca “tradizionale”, rispetto alla quale si pone in un rapporto di nnicomprensiv-sussidiarietà, per la sua attitudine a costituire un rimedio alle difficoltà di apprensione dei beni coinvolti nella vicenda*

criminale, cioè a supplire agli ostacoli connessi alla individuazione del bene in cui si incorpora il profitto e di consentire la confisca anche nel caso in cui l'apprensione del prezzo o del profitto derivante dal reato non sia più possibile in conseguenza dell'avvenuta cessione a terzi oppure a causa di forme di occultamento o, semplicemente, perché i beni sono stati consumati. In questi casi la confisca per equivalente consente di aggredire ugualmente il profitto illecito perché si riferisce al valore illecitamente acquisito. E' evidente, quindi, come il nesso eziologico tra i beni oggetto di confisca e il fatto-reato dimostri una tendenza ad allentarsi fino a scomparire, in quanto il provvedimento ablatorio colpisce i beni indipendentemente dal loro collegamento, diretto o mediato, con il reato. Allora, la provenienza dei beni da reato non rappresenta più oggetto di prova, dal momento che scompare ogni relazione di tipo causale...”.

Sulla base di tali considerazioni la Corte ha affermato la natura sanzionatoria della confisca per equivalente, richiamando la giurisprudenza: 1) della Corte europea dei diritti dell'uomo che, in più occasioni, ha riconosciuto alla confisca natura di “pena” ai sensi dell'art. 7 della C.e.d.u., rilevando come tale misura non tenda alla riparazione pecuniaria di un danno, ma si ponga obiettivi preventivi –repressivi e come tali funzioni appartengano alle sanzioni penali (cfr., Corte eur. Dir. Uomo, 20 gennaio 2009, *Fondi Sud s.r.l. c. Italia*, nonché 1° marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*); 2) della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 97 del 2009, relativa ad una ipotesi di confisca per equivalente, richiamandosi ad un'altra pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza n. 307°/1995, *Welch c. Regno Unito*) e ritenendo che detta forma di confisca non abbia natura di misura di sicurezza, ha negato in tal modo che potesse essere applicata in via retroattiva ai sensi dell'art. 200 c.p. e ha fatto, invece, espresso riferimento agli artt. 25 Cost. e 2 cod. pen.; 3) della Corte di cassazione, che ha, a sua volta, negato l'applicazione retroattiva della confisca di valore invocando anche l'art. 7 della C.e.d.u., sottolineando la natura afflittiva e sanzionatoria di questo tipo di confisca (Sez. III, 24 settembre 2008, n. 39172, *Canisto*, Rv. 241033; Sez. III, 24 settembre 2008, n. 39173, *Tiraboschi*, Rv. 241034; Sez. VI, 18 febbraio 2009, n. 13098, *Molon*, Rv. 243127; Sez. V, 26 ottobre 2010, n. 11288, *Natali*, Rv. 246631, tutte riferite all'art. 322-

ter cod. pen.; in materia tributaria, Sez. I, 28 febbraio 2012, n. 19516, Barilari, Rv. 247205; Sez. II, 13 maggio 2010, n. 21027, Ferretti, Rv. 247115).

La Corte ha fatto quindi discendere il corollario secondo cui proprio la natura sanzionatoria della confisca per equivalente prevista dall'art. 322 ter cod. pen., precluderebbe la possibilità di disporla anche in relazione al prezzo o al profitto derivante da un reato estinto per prescrizione, essendo indispensabile che sia preceduta da una sentenza di condanna e dovendosi nella specie escludere l'applicazione del regime sulle misure di sicurezza patrimoniale previsto dagli artt. 200, 210 e 236 c.p. (Nello stesso senso, **Sez. II, 22 gennaio 2015, n. 13017, Chiazze ed altri, Rv. 262926**; Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, Barla ed altri, Rv. 255367).

Sul tema va segnalata Sez. III, 27 giugno 2013, n. 37548, Rattenuti, Rv. 257686, (Conf., Sez. III, 22 marzo 2013, n. 13741, Votta) secondo cui, in riferimento ad una ipotesi di confisca alla quale la Corte riconosce natura sanzionatoria, non può essere disposta la confisca dell'area adibita a discarica abusiva, in caso di estinzione del reato (nella specie, per prescrizione), né a norma dell'art. 256, comma terzo, d. lgs. N. 152 del 2006, né a norma dell'art. 240, comma 2, cod. pen.

2.7. Le questioni controverse su cui le Sezioni unite della Corte di cassazione sono intervenute.

Senza alcuna pretesa di completezza e di esaustività, volendo declinare l'argomento in ragione delle scansioni temporali del processo penale, prima della pronuncia delle Sezioni unite si potevano individuare una serie di questioni controverse.

In primo luogo, come detto, si discuteva se attribuire all'affermazione della Corte costituzionale una portata generale che prescindesse dalla fattispecie della confisca urbanistica, in cui la norma non richiede che la misura ablativa sia accompagnata da una sentenza di condanna.

In secondo luogo, pur ritenendo esportabile il principio della incomprensività della condanna e dell'irrinunciabilità dell'accertamento ed attribuendo ad esso una portata

generale, si discuteva di come modulare tale principio con la struttura del processo penale.

Se si riteneva già attualmente esistente un generale potere del giudice di accertare il reato e i presupposti della confisca anche in presenza di un reato prescritto, il punto nodale sembrava essere quello della verifica delle *modalità* e delle *garanzie* con cui dovesse essere condotto, nei casi in cui l'imputato sia prosciolto, l'accertamento in questione.

Il tema non pareva e non pare solo quello della conformità dell'accertamento funzionale ad una confisca senza condanna al modello di giusto processo convenzionale, quanto, più in generale, del se l'accertamento della penale responsabilità che funge da presupposto per la confisca possa essere effettuato in modo diverso dal modello costituzionale di giusto processo.

a) Su un primo punto la giurisprudenza della Corte sembrava ormai consolidata: la confisca diversa da quella di cui all'art. 240, comma 2 n. 2 cod. pen., *non* può essere disposta con sentenze di *assoluzione* dell'imputato *per carenza di elemento soggettivo*, indipendentemente dallo stato o dal grado del procedimento in cui la sentenza venga emessa (cfr., fra le altre, **Sez. IV, 23 giugno 2015, n. 31239, Giallombardo, Rv. 264337**; Sez. III, 4 febbraio 2013, n. 17066, Volpe, Rv. 255112).

b) La successiva ipotesi da vagliare era quella in cui l'azione penale fosse esercitata solo in funzione della confisca.

Al riguardo la giurisprudenza della Corte di cassazione era ormai orientata nel senso della illegittimità di una tale pronuncia. (cfr., fra le altre, Sez. III, 6 aprile 2011, n. 24162, Vitale, Rv. 250641; Sez. III, 6 ottobre 2010, n. 5857, Grova, Rv. 249517, tutte in tema di confisca urbanistica).

c) Ulteriore ipotesi era quella in cui la misura ablativa fosse contenuta nel provvedimento (decreto o ordinanza) con cui il giudice per le indagini preliminari dispone l'archiviazione del procedimento per il sopravvenire di una causa estintiva del reato.

In questo caso, il tema – ove si voglia fare riferimento alla esistenza di un generale potere di accertamento da parte del giudice in presenza di un reato prescritto-, era se l'accertamento nel merito, della colpevolezza dell'imputato, cioè della sussistenza del reato in tutte le sue componenti oggettive e soggettive e dei presupposti della confisca effettuato dal GIP al fine di decidere sulla richiesta di archiviazione della notizia di reato fosse compatibile con i caratteri del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e dell'art. 6 CEDU.

L'accertamento, nel caso di specie, sarebbe effettuato, da una parte, non con una sentenza e, dall'altra, sulla base di atti unilateralmente assunti nel corso delle indagini preliminari, sottratti al contraddittorio, fisiologicamente sforniti di attitudine probatoria.

Si tratta di questioni almeno indirettamente affrontate dalla Corte di Cassazione con la sentenza "Ciancimino", ma anche da Sez. III, 14 febbraio 2013, Volpe ed altri, Rv. 255112, in tema di confisca urbanistica, nella cui articolata motivazione si afferma che *"un ruolo determinante sia altresì rivestito dalle modalità con le quali una tale verifica sia posta in essere giacché solo un accertamento che sia condotto sulla base di tutte le risultanze dibattimentali disponibili e nel contraddittorio con l'imputato nella pienezza dei suoi diritti difensivi può consentire, ad un tempo, di rispettare il dato letterale dell'art. 44 cit. (che, come detto, ad un "accertamento" del fatto si riferisce) e di "superare" il dato, potenzialmente preclusivo di una piena esplicazione di detti poteri, rappresentato dalla intervenuta estinzione del reato"*, e da Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 31957, Cordaro e altri, Rv. 255596, di cui si è pure detto.

d) quanto alla possibilità di disporre la confisca all'esito dell'udienza preliminare in presenza di un reato prescritto, che *"se la prescrizione sopraggiunge dopo l'esercizio dell'azione penale, ma nel corso dell'udienza preliminare, è stato affermato che il GUP può, con la sentenza di non luogo a procedere, applicare la confisca, purché accerti reato e responsabilità, anche avvalendosi dei poteri di integrazione probatoria d'ufficio previsti dall'art. 422 c.p.p. (Cass. Cit. n. 5857 del 2010). Il capo della sentenza concernente la confisca è ricorribile per Cassazione ex art. 428 c.p.p."*

La sentenza citata è Sez. III, 6 ottobre 2010, n. 5856, Grova ed altri, rv. 249516 secondo cui *"La confisca dei terreni o delle aree oggetto di lottizzazione abusiva può essere disposta anche con la sentenza di non luogo a procedere resa all'esito dell'udienza preliminare, attesa la natura di*

sanzione amministrativa accessoria e non di misura di sicurezza. (In motivazione la Corte ha precisato che la confisca può conseguire alla sentenza di non luogo a procedere purché si accerti l'integrazione degli elementi oggettivi e soggettivi del reato in base agli atti d'indagine del P.M., a quelli difensivi od anche a seguito di integrazione probatoria disposta ai sensi dell'art. 422 cod. proc. pen.)”.

Il tema sembra attenere non alla possibilità di disporre la confisca da parte del giudice dell'udienza preliminare, espressamente prevista dall'art. 425, comma 4, cod. proc. pen., quanto, piuttosto, alla verifica di quale forma di confisca possa essere disposta in modo conforme al segmento procedimentale specifico, tenuto conto che il giudice dell'udienza preliminare non accerta il merito della imputazione.

In tal senso, secondo altra impostazione, si ritiene che una interpretazione convenzionalmente conforme della norma indicata dovrebbe condurre a ritenere che al g.u.p. sia oggi consentito disporre la confisca nei soli casi in cui la legge penale sostanziale prevede che ciò possa avvenire anche in assenza di un provvedimento di condanna o di un accertamento equivalente a quello contenuto in una sentenza di condanna, e, più, in particolare nelle ipotesi di confisca di *cose intrinsecamente criminose* (art. 240, comma 2, n. 2, cod. pen.).

f) Quanto alla possibilità che la confisca fosse disposta unitamente ad una sentenza di non doversi procedere per prescrizione emessa, ai sensi dell'art. 129 cod. proc. pen., nel corso dell'istruttoria dibattimentale, la questione atteneva al se il giudice, in presenza di un reato prescritto, fosse titolare di un generale potere di accertamento della responsabilità per disporre la confisca e quindi se avesse potuto o meno continuare a celebrare il processo, acquisendo prove in funzione di quell'accertamento strumentale alla confisca.

Il tema era se, in generale, fosse ammissibile una protrazione dell'attività processuale per compiere un accertamento esclusivamente “dedicato”, cioè funzionale, alla confisca.

Si trattava, cioè, di ammettere la possibilità che il giudice potesse continuare a sentire testimoni, periti, consulenti, disporre una integrazione probatoria ai sensi dell'art. 507 cod. proc. pen. In funzione di un accertamento sì funzionalmente volto alla confisca, ma che presupponeva la verifica della sussistenza della penale responsabilità dell'imputato.

In tal senso ci si riferiva all'obbligo di immediata declaratoria di cause di non punibilità *ex art.* 129 cod. proc. pen. E alla *ratio* del comma 2 dell'articolo in questione secondo cui, in presenza di una causa di estinzione del reato, il giudice deve pronunciare una sentenza di assoluzione nel merito se dagli atti risulti "evidente" che il fatto non sussiste, l'imputato non lo ha commesso, o che non costituisce reato ovvero ancora non è previsto dalla legge come reato.

Detta prevalenza, tutta protesa a garantire la posizione dell'imputato innocente in un momento in cui il reato contestatogli si è estinto, rimane condizionata al requisito dell'evidenza che a sua volta implica il divieto di effettuare ulteriori accertamenti.

L'evidenza infatti, deve risultare ***ex actis***, nel senso che il giudice deve astenersi dal compiere attività istruttoria.

In difetto dell'evidenza, il *favor innocentiae* cederà il passo alla declaratoria di estinzione del reato. (Sez. un., 28 maggio 2009, n. 35490, Tettamanti, Rv. 244274; Sez. un., 27 febbraio 2002 n. 17179, Conti, Rv. 221403).

Sulla base di tale quadro di riferimento, il tema sul quale le Sezioni unite sono state chiamate a prendere posizione era quella del se davvero – in un processo che è soggetto ai principi costituzionali, primo fra tutti quello di presunzione di non colpevolezza- il legislatore ordinario, in ossequio ad esigenze di economia processuale, avrebbe optato per un sistema che, da una parte, impedisce al giudice di espletare attività probatoria a favore del "presunto innocente", e, dall'altra, riconosce allo stesso giudice poteri di accertamento finalizzati all'adozione di una misura che incide negativamente sulla posizione dell'imputato (seppur nella sola sua sfera patrimoniale) e che presuppone l'accertamento della penale responsabilità del soggetto.

Ove si fosse ritenuto, invece, che il giudice non potrebbe continuare a compiere attività istruttoria e che l'accertamento debba essere compiuto sulla base degli atti acquisiti al momento in cui si compie la causa estintiva del reato, il rischio era quello di un accertamento della responsabilità penale dell'imputato – dedicato esclusivamente alla confisca – effettuato su basi probatorie casuali e/o parziali, cioè mutevoli di volta in volta.

Sul tema, è utile richiamare Sez. III, 12 gennaio 2010, n. 6261, Campolongo, Rv. 246186 secondo cui il proscioglimento nel merito all'esito del giudizio, in caso di contraddittorietà o insufficienza della prova, prevale rispetto alla dichiarazione immediata di una causa di non punibilità, oltre che in caso di necessaria valutazione, in sede di appello, ai fini civilistici, del compendio probatorio, e in caso di ritenuta infondatezza nel merito dell'impugnazione del P.M. avverso una sentenza di assoluzione pronunciata ai sensi dell'art. 530, comma secondo, cod. proc. pen., anche laddove il giudice di appello debba valutare compiutamente gli elementi di prova al fine di pronunciarsi, per confermarla o revocarla, sulla confisca dei beni disposta con la sentenza di primo grado.

3. I principi affermati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza “Lucci”: i presupposti della confisca obbligatoria.

In questo contesto sono intervenute le Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza “Lucci”.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, dopo aver ricostruito il tema nel senso indicato, hanno affermato che:

- i molteplici connotati che possono caratterizzare l'istituto della confisca, che può essere disposta per diversi motivi ed essere rivolta a soddisfare varie finalità, fino ad assumere di volta in volta natura e funzione di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura amministrativa, impongono di condurre l'analisi non avendo come riferimento un archetipo valido in assoluto, dovendo invece concentrarsi sulla particolare ipotesi di confisca, così come positivamente disciplinata dalla legge;

- tale metodologia impone, da una parte, di uscire da tentativi definitivamente incomprensivi, e, dall'altra, di evitare di ritenere che la stessa semantica delle norme – magari ambigua e lacunosa – possa ritenersi l'unico parametro di apprezzamento di un “sistema” aggrovigliato, nel quale i profili di diritto sostanziale non di rado si confondono e stratificano con la dinamica del processo: “e ciò, in particolare, quando venga in discorso la declaratoria di prescrizione, anodina quanto ad accertamento del fatto e della responsabilità, ed anch'essa riferita ad un istituto che risente non poco di

una sua antica storia che lo ha visto spesso in bilico tra il diritto penale e quello processuale”;

- in varie ipotesi, alla sentenza di proscioglimento non soltanto non corrisponde un accertamento di innocenza, ma, al contrario, si presuppone un previo accertamento di responsabilità (Corte costituzionale, sentenza n. 85 del 2008; es. prescrizione (nel regime anteriore alla legge 5 dicembre 2005, n. 251), conseguente al riconoscimento di circostanze; proscioglimento per cause di non punibilità legate a condotte o accadimenti *post factum*; proscioglimento per concessione del perdono giudiziale», che «si traduce – per *communis opinio* – in una vera e propria affermazione di responsabilità, proscioglimento per difetto di imputabilità; la sentenza di non luogo a procedere *ex art.* 26 del d.P.R. n. 448 del 1988 nei confronti dei minorenni; nonché, da ultimo, la sentenza con la quale l'imputato venga prosciolto in quanto non punibile ai sensi dell'art. 131-bis del codice penale, introdotto dall'art. 1 d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28.

Il corollario che le Sezioni unite fanno derivare è che se la prescrizione non è concettualmente incompatibile con un accertamento di responsabilità idoneo a legittimare l'applicazione di una misura ablatoria e se, ancora, la inapplicabilità della misura renderebbe il sistema “scoperto” sul versante della tutela di diritti anch'essi di rango costituzionale, così come evidenziato dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 49 del 2015, l'opzione interpretativa del giudice comune deve orientarsi per quella soluzione che, nel rispettare i principi convenzionali – per come “interpretati” dalla Corte di Strasburgo – si collochi in una linea che risulti integralmente soddisfattiva anche e soprattutto dei valori costituzionali che, altrimenti, risulterebbero compromessi. *“E se tutto ciò è vero in presenza di una misura che venga qualificata come “pena”, alla luce dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo (come è avvenuto per la confisca urbanistica nei casi Sud Fondi e Varvara c. Italia), a fortiori simili approdi non potranno non essere valorizzati nella ipotesi in cui la misura in questione non attinga siffatte connotazioni sanzionatorie”.*

Secondo la Corte di cassazione assume, dunque, portata dirimente verificare se, alla stregua dei parametri tracciati dalla giurisprudenza di Strasburgo, la confisca del prezzo o del profitto del reato sia o meno da qualificare come sanzione penale, giacché, in caso

negativo, le indicazioni offerte dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015 assumono decisiva valenza.

Sulla base di tale presupposto le Sezioni unite hanno escluso che nel caso di confisca del prezzo o di profitto si sia in presenza di una “pena” nel senso convenzionalmente inteso, cioè che l’ablazione presenti connotazioni tipicamente punitive e repressive: *“Il fulcro della confisca del prezzo del reato, sembra dunque da individuare proprio nelle caratteristiche del periculum che costituisce il nucleo delle misure di sicurezza, nel senso che, a differenza di quelle personali, la misura reale prende in considerazione una dimensione dinamica e relazionale del pericolo, attraverso un meccanismo che finisce per correlare fra loro la persona, la cosa ed il vincolo di pertinenzialità tra questa e lo specifico reato che viene in considerazione. Il connotato riparatorio...e le finalità non repressive ma semmai preventive che orientano la confisca di ciò che ab origine non poteva entrare nel patrimonio dell'imputato, convincono del fatto che risulterebbe del tutto improprio affiancare una simile forma di confisca a quelle figure che una antica tradizione storica configurava come “punizione patrimoniale,” conseguente – ma non correlata, quanto a derivazione “pertinenziale” – alla commissione di certi reati”*.

Si è aggiunto che:

- dovendosi dunque escludere che la confisca del prezzo o del profitto del reato si atteggi alla stregua di una pena, ne esce rafforzata l’idea che la stessa non presupponga un giudicato formale di condanna, quale unica fonte idonea a fungere da “titolo esecutivo”, dal momento che, ciò che risulta “convenzionalmente imposto”, alla luce delle richiamate pronunce della Corte EDU, e “costituzionalmente compatibile”, in ragione delle linee-guida tracciate dalla Corte costituzionale è che la responsabilità sia stata accertata con una sentenza di condanna, anche se il processo è stato definito con una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione;

- l’obbligo della relativa immediata declaratoria, *“lungi dallo stemperare il “già accertato”*, ne cristallizza gli esiti *“sostanziali”*, sia pure nella circoscritta e peculiare dimensione della confisca del prezzo o del profitto del reato, atteso che, diversamente, la soluzione opposta presenterebbe profili di non scontata compatibilità con valori costituzionali che verrebbero ad essere ineluttabilmente coinvolti da un sistema che, dopo aver accertato la

sussistenza del reato, la responsabilità del suo autore e la percezione da parte di questi di una somma come prezzo o profitto del reato, non consentisse l'ablazione di tale prezzo, esclusivamente per l'intervento della prescrizione, che giustifica "l'oblio" ai fini della applicazione della pena, ma non impone certo la inapplicabilità della misura di sicurezza patrimoniale;

- devono essere tuttavia respinte *“le tesi di chi ritiene sufficiente, ai fini della confisca, un mero accertamento incidentale della responsabilità, dal momento che ciò si tradurrebbe in una non consentita trasformazione della confisca in una tipica actio in rem”*;

- l'accertamento della responsabilità deve infatti confluire in una pronuncia che, non solo sostanzialmente, ma anche formalmente, la dichiari, con la conseguenza che l'esistenza del reato, la circostanza che l'autore dello stesso abbia percepito una somma e che questa abbia rappresentato il prezzo o il profitto del reato steso, devono aver formato oggetto di una condanna, i cui termini essenziali non abbiano, nel corso del giudizio, subito mutazioni quanto alla sussistenza di un accertamento *“al di là di ogni ragionevole dubbio”*;

- l'intervento della prescrizione, dunque, per poter consentire il mantenimento della confisca, *“deve rivelarsi quale formula terminativa del giudizio anodina in punto di responsabilità, finendo in tal modo per “confermare” la preesistente (e necessaria) pronuncia di condanna, secondo una prospettiva, a ben guardare, non dissimile da quella tracciata dall'art. 578 del codice di rito in tema di decisione sugli effetti civili nel caso di sopravvenuta declaratoria di estinzione del reato per prescrizione”*;

- simili conclusioni non possono trovare invece applicazione nella ipotesi di confisca per equivalente, dal momento che questa particolare figura di confisca, prevista dall'art. 322-ter cod. pen. Per il profitto o il prezzo di taluni reati contro la pubblica amministrazione, viene ormai pacificamente ritenuta di natura sanzionatoria.

4. L'oggetto della confisca obbligatoria. La confisca del denaro e la nozione di profitto del reato.

La seconda delle questioni sottoposte alle Sezioni unite della Corte era a sua volta scomponibile in due sottotemi.



Il primo, più ampio, atteneva al se, nel caso in cui il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca della somme depositate su un conto corrente bancario dovesse essere qualificata in termini di confisca diretta o per equivalente.

Il secondo ineriva al se, nel caso in cui si fosse ritenuto di dover qualificare la confisca del denaro in termini di confisca diretta, dovesse essere necessario ricercare comunque il nesso pertinenziale tra reato e denaro.

Il primo tema era connesso a quello della individuazione della nozione di prezzo e, ancorchè la questione non fosse strettamente inerente alla fattispecie portata alla cognizione delle Sezioni unite, di profitto del reato.

Sulla nozione di profitto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, anche a Sezioni unite, aveva individuato nel tempo una serie di stabili principi:

1) il profitto, per rilevare ai fini della disciplina della confisca, deve essere accompagnato dal requisito della «*pertinenzialità*», inteso nel senso che deve derivare in via immediata e diretta dal reato che lo presuppone (principio di “causalità” del reato rispetto al profitto) (Sez. un., 3 luglio 1996, n. 9149, Chabni, Rv. 205707; Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, in motivazione; Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29952, Romagnoli, in motivazione; Sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, Rv. 232164; Sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Impianti, Rv. 239924; Sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso, in motivazione, in cui si è invece sempre fatto riferimento alla circostanza che il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l'effettivo criterio primario selettivo di ciò che può essere confiscato in via diretta; le stesse Sez. un., 25 ottobre 2007, n. 20208/08, Miragliotta, Rv. 238700, pur ammettendo la confiscabilità dell'utilità mediata – c.d. surrogati- hanno sempre fatto riferimento alla necessità di individuazione del profitto originario e di accertare i passaggi attraverso i quali si è compiuta la trasformazione; Sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso, in motivazione);

2) tale collegamento diretto reato-profitto esiste anche rispetto ai c.d. surrogati, cioè rispetto al bene acquisito attraverso l'*immediato* impiego/trasformazione del profitto diretto del reato, ma tale estensione del concetto di “pertinenzialità” trova il suo limite estremo in siffatto requisito di immediatezza (del reimpiego), che – in sostanza – ne garantisce la “riconoscibilità” probatoria (Sez. un., 25 ottobre 2007, n. 12208, Miragliotta, cit.; Sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso, cit.);

3) in virtù del “principio di causalità” e dei requisiti di materialità e attualità, il profitto, per essere tipico, deve corrispondere a un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o l’acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica, sicchè *non* rappresenta “profitto” un qualsivoglia *vantaggio* futuro, immateriale, o non ancora materializzato in termini strettamente economico-patrimoniali. (Sez. V, 28 dicembre 2013, n. 10265/14, Banca Italease s.p.a, Rv. 258577; ma anche Sez. un. “Fisia impianti”, cit.);

4) quanto al c.d. profitto risparmio di spesa, esso avrebbe potuto assumere rilievo solo se inteso non in senso assoluto ma in senso relativo, presupponendo tale concetto un ricavo introitato e non decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere; anche nel caso di profitto- risparmio sarebbe stato, cioè, necessario un risultato economico positivo concretamente determinato (Sez. un., “Fisia impianti”, cit.; nello stesso senso, anche letteralmente, Sez. VI, 28 maggio 2013, n. 35490/14, Ri.va. Fire s.p.a. ed altro, Rv. 244274).

Il tema del profitto risparmio di spesa è stato storicamente connesso con quello dei reati tributari in relazione ai quali era condivisa l’affermazione secondo cui l’illiceità connota non la produzione della ricchezza da sottoporre a tassazione quanto, piuttosto, la sua sottrazione a tassazione.

Si assumeva che il profitto non potesse essere assoggettato a confisca diretta perché 1) il valore sottratto, cioè l’imposta non corrisposta, essendo già presente nel patrimonio del reo, non poteva considerarsi “proveniente da reato”; 2) era impossibile ricostruire il nesso di derivazione tra “res“, cioè il denaro risparmiato, e il reato.

Si affermava, cioè, che in tema di reati tributari il profitto consistesse, salvo in casi eccezionali, solo in un mancato esborso conseguente all'inadempimento di un obbligazione di pagamento.

Sul punto, era intervenuto il legislatore, attraverso l'art. 1, comma 143, della legge finanziaria 24 dicembre 2007, n. 244, prevedendo espressamente l'applicabilità dell'art. 322 ter cod. pen. Ai reati tributari.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione avevano affermato il principio secondo cui, in tema di reati tributari, il profitto confiscabile anche nella forma per equivalente è costituito da qualsivoglia vantaggio patrimoniale direttamente conseguito dalla consumazione del reato e può dunque consistere anche in un **risparmio di spesa**, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi, sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario (Sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18734, Adami, Rv. 255036).

In tale articolato quadro di riferimento, si colloca Sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10651, Gubert, con cui è stata recepita una nozione di profitto funzionale alla confisca capace di accogliere al suo interno *“non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa... la trasformazione che il denaro, profitto del reato, abbia subito in beni di altra natura, fungibili o infungibili, non è quindi di ostacolo al sequestro preventivo il quale ben può avere ad oggetto il bene di investimento così acquisito. Infatti, il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca e quindi nelle indagini preliminari, ai sensi dell'art. 321, comma 2, cod. proc. pen., il suddetto sequestro, deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa”*.

Nel affermare tali principi la Corte ha:

- 1) espressamente qualificato come risparmio di spesa il profitto derivante dal reato tributario e corrispondente all'imposta evasa;
- 2) qualificato come confisca diretta l'ablazione del denaro – corrispondente al risparmio di spesa derivante dal mancato pagamento della imposta – rimasto nel



patrimonio della persona giuridica nel cui interesse o vantaggio sia stato commesso dal suo legale rappresentante il reato tributario, non potendo l'ente considerarsi, salvo il caso in cui costituisca un mero schermo della persona fisica, terzo estraneo rispetto al reato.

Sul tema sono nuovamente intervenute le Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza emessa il 24 aprile 2014, n. 38343, Rv. 261117, nel processo per i tragici fatti della “Tyssen”.

Nel caso di specie era stato disposto il sequestro, ai sensi degli artt. 19 – 53 d. lgs. N. 231 del 2001, di alcune somme di denaro corrispondenti a quelle che la persona giuridica aveva risparmiato nel corso degli anni, non adeguando gli impianti alle legislazione prevista in tema di prevenzione di incidenti sul lavoro.

La Corte di cassazione ha sostanzialmente recepito il principio affermato nella sentenza “Gubert” secondo cui *“il concetto di profitto o provento di reato legittimante la confisca deve intendersi come comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa”*.

Ha precisato la Corte che, *“con riguardo ad una condotta che reca la violazione di una disciplina prevenzionistica, posta in essere per corrispondere ad istanze aziendali, l'idea di profitto si collega con naturalezza ad una situazione in cui l'ente trae da tale violazione un vantaggio che si concreta, tipicamente, nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare, o nello svolgimento di una attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto. Qui si concreta il vantaggio che costituisce il nucleo essenziale dell'idea normativa di profitto”*.

In tale articolato contesto si colloca il tema del sequestro e della confisca delle somme di denaro depositate su conto corrente e costituenti il prezzo o il profitto del reato, sul quale si registravano orientamenti non sovrapponibili tra pronunce delle stesse Sezioni unite della Corte di cassazione.

La questione attiene, da una parte, alle caratteristiche intrinseche del bene oggetto dall'ablazione, cioè l'essere il denaro un bene fungibile, e, dall'altra, al nesso di

pertinenzialità che, secondo i principi generali dagli artt. 240 – 322 ter, comma 1 prima parte, cod. pen., deve intercorrere, tra il bene e il reato.

Nella giurisprudenza di legittimità si rinvenivano tre distinti orientamenti.

4.1. L'indirizzo secondo cui la confisca di denaro è sempre confisca diretta, attesa la fungibilità del bene.

Secondo un primo orientamento, che ha ricevuto l'avallo delle Sezioni unite con la sentenza "Gubert", la confisca del denaro giacente su un conto corrente bancario sarebbe sempre diretta e ciò sia nel caso di prezzo, sia nel caso di profitto del reato e, quanto al profitto, sia nel caso di profitto c.d. accrescitivo, sia in quello c.d. risparmio di spesa.

Secondo Sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10651, Gubert, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, la confisca non è per equivalente, ma diretta, e, soprattutto, essa non è subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato (Nello stesso senso, Sez. III, 9 maggio 2012, n. 38740, Sgarbi, Rv. 254795).

Le Sezioni unite hanno fatto riferimento ad un orientamento di legittimità già esistente.

In particolare, Sez. VI, 26 novembre 2009, n. 14174, P.G. in proc. Canalia, Rv. 246721, in tema di concussione, e quindi di profitto c.d. accrescitivo, aveva ritenuto che:

- se il profitto del reato è costituito da numerario, cosa fungibile, è legittimo il sequestro diretto delle disponibilità di conto corrente dell'imputato in base alla prima parte e non alla seconda parte dell'art. 322 ter cod. pen., comma 1;

- nella dizione dell'art. 322 ter cod. pen. Il denaro, come cosa essenzialmente fungibile e, anzi, quale parametro di valutazione unificante rispetto a cose di diverso valore rispettivo, non può qualificarsi come cosa di valore corrispondente ed esorbita pertanto dal sistema della confisca per equivalente;

- l'art. 323 ter cod. pen. Dev'essere intesa nel senso che, solo se sia impossibile sottoporre a confisca i beni che costituiscono il prezzo o il profitto del reato e nel patrimonio del condannato non vi sia disponibilità di denaro liquido, si ricorrerà alla confisca di beni diversi, eventualmente disponibili, nei limiti del valore corrispondente al prezzo del reato. (Nello stesso senso, Sez. VI, 14 giugno 2007, n. 30966, Puliga, Rv. 236984).

A fronte di questa interpretazione, ha ritenuto la Corte che erroneamente si esclude la configurabilità della confisca, e quindi del sequestro, in relazione al denaro liquido disponibile sul conto corrente dell'imputato, atteso che la fungibilità del bene e la confusione delle somme che ne deriva nella composizione del patrimonio, rendono superflua la ricerca della provenienza con riferimento al prezzo o al profitto del reato.

Nello stesso senso si collocano- dopo le Sezioni unite "Gubert e Tyssen"- **Sez. VI, 7 gennaio 2015, n. 2336, Pretner Calore, Rv. 262082** (in tema di peculato, in cui la Corte ha precisato che la confisca di denaro versato su conto corrente deve considerarsi diretta in relazione alla fungibilità del bene; Sez. VII, 12 novembre 2014, n. 50482, Castellani, Rv. 261199 (in tema di concussione e peculato), e, fra le altre, Sez. III, 8 maggio 2014, n. 39177, P.M. in proc. Civil Vigilanza, srl., Rv. 260547, in tema di reati tributari).

Una questione restava sullo sfondo, quella, cioè, del se, ai fini della confisca diretta del denaro, la fungibilità del bene esentasse dalla prova che il denaro, prezzo della corruzione o profitto c.d. accrescitivo del reato, sia stato versato sul conto corrente sul quale il potere ablativo si esercita.

Il tema atteneva al se, già nel caso di profitto – accrescitivo, fosse possibile qualificare in termini di confisca diretta la confisca del denaro disponibile su un conto corrente anche quando non vi fosse alcun elemento che inducesse a ritenere che il prezzo o il profitto del reato fosse stato depositato su quel conto, ovvero, si avesse, addirittura, la prova che il prezzo o il profitto fosse stato impiegato per acquistare un bene disperso, distrutto ecc.

Occorreva riflettere se qualificare la confisca del denaro disponibile su un conto corrente come confisca diretta anche nel caso in cui non vi fosse alcuna prova che il

prezzo o il profitto fosse stato versato su quel conto, non conducesse, da una parte, ad una completa sovrapposizione della confisca proprietaria con quella di valore, nel senso che quest'ultima non sarebbe stata mai applicabile, e, dall'altra, ad una sostanziale inutilità dell'art. 322 ter cod. pen. Che avrebbe assolto all'unica funzione di rendere obbligatoria la confisca del profitto che, invece, è facoltativa, ai sensi dell'art. 240 cod. pen.

La questione era ulteriormente complessa ove si fosse fatto riferimento ai casi in cui il profitto fosse costituito da un risparmio di spesa, cioè da denaro che avrebbe dovuto essere sborsato e che invece rimane nella disponibilità del reo.

In tali casi, salvo le ipotesi in cui vi siano annotazioni contabili relative alla destinazione specifica di somme, vi è una sostanziale impossibilità di fornire la prova del rapporto di pertinenzialità tra profitto e reato, atteso che si dovrebbe provare da dove il reo avrebbe prelevato le somme con le quali avrebbe pagato l'imposta.

4.2. L'indirizzo secondo cui la confisca di denaro è sempre confisca per equivalente.

In alcune sentenze, anche successive alla sentenza delle Sezioni unite "Gubert", la Corte di cassazione ha chiaramente qualificato, soprattutto in tema di reati tributari e, dunque, in casi in cui si discute di profitto- risparmio, la confisca di somme di denaro come confisca per equivalente.

Sez. III, 6 ottobre 2011, n. 36293, Leg. Rappresentante Hipo Alpe Adria Bank s.p.a, Rv. 251133, in tema di reati tributari, ha testualmente affermato che l'inciso contenuto nell'art. 322 ter cod. pen. *[quando essa non è possibile]* è diretto a consentire la confisca per equivalente in ogni caso in cui il bene che costituisce il profitto del reato sia un bene fungibile, come il denaro, perché questo non può essere oggetto di confisca diretta, in quanto non materialmente individuabile. (Negli stessi termini, sempre in tema di reati tributari, Sez. III, 16 maggio 2012, n. 25677, Caneva e altro, in motivazione; Sez. III, 20 marzo 1996, n. 1343, P.M. in proc. Centofanti, Rv. 205466, secondo cui in tema di frode fiscale non è assoggettabile a sequestro preventivo nella prospettiva di una

successiva confisca il saldo liquido di conto corrente in misura corrispondente all'imposta evasa non sussistendo il necessario rapporto di derivazione diretta tra l'evasione dell'imposta e le disponibilità del conto dal momento che non può affermarsi che la disponibilità liquida sia frutto dell'indebito arricchimento per una somma equivalente all'imposta evasa).

Nell'ambito di tale orientamento devono essere ricondotte alcune altre sentenze, in verità generalmente valorizzate tuttavia dalle pronunce che aderiscono al primo orientamento, quello, cioè, secondo cui la confisca di denaro sarebbe qualificabile in termini di confisca diretta.

Significativa è al riguardo Sez. III, 25 settembre 2012, n. 1261, Marseglia, Rv. 254175, in tema di reati tributari, secondo cui qualora il profitto tratto da taluno dei reati per i quali è prevista **la confisca per equivalente sia costituito da denaro**, l'adozione del sequestro preventivo non è subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare. Nella occasione la Corte ha affermato che nei casi in cui il profitto consiste nel denaro, appare difficile sostenere l'applicabilità di quella giurisprudenza che subordina l'operatività del sequestro alla verifica che il profitto del reato sia confluito effettivamente nella disponibilità dell'indagato, in quanto trattandosi di sequestro per equivalente, tale necessità deve ritenersi superata. *“Subordinare l'operatività del sequestro (o la confisca) per equivalente a tale condizione vorrebbe dire negare la stessa funzionalità della misura e ristabilire la necessità di un nesso pertinenziale tra res e reato che la legge non richiede”*.

Sez. VI, 23 giugno 2006, n. 25877, P.M. in proc. Maniglia, Rv. 234851 ha affermato il principio così massimato ”Qualora il profitto tratto da taluno dei reati per i quali, ai sensi dell'art. 322 ter cod. pen., è prevista **la confisca per equivalente**, sia costituito da danaro, l'adozione del sequestro preventivo in vista dell'applicazione di detta misura non può essere subordinata alla verifica che il danaro sia confluito nella effettiva disponibilità dell'indagato giacché, altrimenti, si verrebbe a ristabilire la necessità di un nesso



pertinenziale tra la “res” ed il reato che la legge, con l’istituto della confisca per equivalente, ha inteso invece escludere” (Nello stesso senso, Sez. VI, 5 giugno 2007, n. 31692, Giannone, Rv. 237610, in tema di corruzione e, più, recentemente, Sez. II, 29 aprile 2014, n. 21228, Riva Fire, s.p.a., Rv. 259717, in tema di truffa).

Sulla natura giuridica della confisca del profitto – risparmio assume oggettivo rilievo, oltre a Sez. un. 31 gennaio 2013, n. 18374, Adami, Rv. 255036, di cui si è già detto, una sentenza coeva a quella delle Sezioni unite “Gubert”.

Ci si riferisce a Sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635/2014, Riva Fire s.p.a., Rv. 257788 intervenuta in una fattispecie in cui era stato disposto, ai sensi degli artt. 19-53 d. lgs. N. 231 del 2001, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente di beni corrispondenti al profitto derivante da una pluralità di reati.

Secondo la prospettazione d’accusa, i legali rappresentanti e responsabili della società Ilva s.p.a. di Taranto avevano commesso reati produttivi di danni ambientali, nell’interesse e a vantaggio della società, attraverso la mancata esecuzione di una serie di interventi necessari all’attuazione di misure di sicurezza di prevenzione e di protezione dell’ambiente; il profitto sarebbe consistito nella quantificazione delle somme corrispondenti al risparmio di costi necessari per l’adeguamento degli impianti siderurgici.

Nell’ambito di una articolata motivazione, la Corte di cassazione, annullando senza rinvio l’ordinanza del Tribunale della libertà, ha evidenziato che:

- sulla base di quanto previsto dall’art. 19, comma 2, del d. lgs. N. 231 del 2001, la confisca per equivalente, essendo finalizzata a colpire beni non legati da un nesso pertinenziale con il reato, potrebbe avere ad oggetto anche dei vantaggi economici immateriali, fra i quali ben possono farsi rientrare, a titolo esemplificativo, quelli prodotti da economie di costi ovvero da mancati esborsi, ossia da comportamenti che determinano non un miglioramento della situazione patrimoniale dell’ente collettivo ritenuto responsabile di un illecito dipendente da reato, ma un suo mancato decremento;

- era necessario considerare le specifiche implicazioni della linea interpretativa tracciata con la sentenza delle Sezioni unite “Fisia Impianti”, *“laddove si era osservato che la*

nozione di risparmio di spesa presuppone “un ricavo introitato e non decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere, vale a dire un risultato economico positivo”, concretamente determinato dalla contestata condotta delittuosa;

- la nozione di risparmio di spesa rilevante ai fini della nozione di “profitto” non può essere intesa in termini assoluti, quale profitto cui non corrispondano beni materialmente entrati nella sfera di titolarità del responsabile, ossia entro una prospettiva limitata all’apprezzamento di una diminuzione o semplicemente del mancato aumento del passivo, ma deve necessariamente intendersi in relazione ad un “ricavo introitato” dal quale non siano stati detratti i costi che si sarebbero dovuti sostenere, ossia nel senso di una non diminuzione dell’attivo. “Occorre, pertanto, un profitto materialmente conseguito, ma di entità superiore a quello che sarebbe stato ottenuto senza omettere l’erogazione delle spese dovute”.

Per giungere a tale conclusione la Corte ha nella occasione richiamato, seppur per limitarne la portata applicativa, gli approdi giurisprudenziali in tema di reati tributari, affermando che per confiscare i mancati esborsi ovvero i risparmi di spesa in senso assoluto è necessaria una esplicita presa di posizione del legislatore, volta ad ammettere, sulla scorta di precisi ed oggettivi criteri di quantificazione, l’ablazione di meri risparmi di spesa.

La Corte ha fatto espresso riferimento al fatto che la Legge Finanziaria 24 dicembre 2007, n. 244, art. 1, comma 143, ha stabilito che nei casi di cui al D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 ter, 10 quater e 11, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all’art. 322 ter c.p., rendendo possibile, in tal modo, “l’applicazione della confisca per equivalente” anche nei confronti degli autori di taluni reati tributari.

La Corte ha aggiunto che la “ratio” e le finalità di tale intervento normativo emergono chiare ove “si ponga mente al rilievo, di immediata ed agevole comprensione, che, in quelle fattispecie di reato, non si tratta tanto di un risparmio, quanto di un inadempimento ad un’obbligazione già esistente prima delle condotte, liquida, esigibile, quantificata in termini nummari. Il profitto si realizza, dunque, proprio con il mancato pagamento del tributo e, ciò nonostante, prima della novella legislativa del 2007 esso non poteva essere assoggettato alla confisca ex art. 240 c.p. in quanto, benché il valore sottratto



coincidesse con elementi già presenti e rinvenibili nella sfera patrimoniale del reo, non rientrava stricto sensu nel concetto di “provenienza da reato”.

Pertanto, ha concluso la Corte, in tema di reati tributari la confisca del denaro deve essere qualificata come confisca per equivalente. (In tema di reati tributari, diversamente dalla sentenza “Gubert”, sulla qualificazione della confisca del denaro in termini di **confisca per equivalente**, anche, Sez. III, 2 novembre 2011, n. 1199/12 Galiffo, Rv. 251893; Sez. III, 7 luglio 2010, n. 35807, Bellonzi, Rv. 248618; Sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843, Mazzieri, Rv. 253480).

Come già detto, anche successivamente alla sentenza “Gubert” devono essere segnalate due sentenze che sembrano andare in senso difforme rispetto ai principi fissati dalle Sezioni unite.

La prima, pronunciata in relazione sempre ad in ipotesi di **profitto risparmio**, è Sez. V, 4 giugno 2014, n. 27523, Argento e altro, Rv. 259855.

Nella specie era stato disposto un sequestro preventivo per equivalente di denaro corrispondente al valore derivante dalla mancata corresponsione di oneri previdenziali e contributivi cioè di un indebito trattenimento disposto per il reato di truffa: la Corte di cassazione ha affermato che quando la illecita locupletazione si sostanzia in un mancato esborso, il sequestro dovrà necessariamente avvenire “per equivalente” e ciò, non solo perché il denaro è bene assolutamente fungibile (di talché non avrebbe senso, come è ovvio, il vincolo apposto su quelle specifiche banconote), ma principalmente perché, in tal caso, esso non ha mai avuto una sua dimensione fisica, ma è consistito in una immateriale entità contabile che, proprio perché non ha dato luogo a un esborso, non si è mai “incorporata” in moneta contante.

La seconda, **intervenuta ancora in tema di reati tributari**, è Sez. III, 30 maggio 2014, n. 49631, P.M. in proc. Guarracino, Rv. 261148, in cui la Corte ha testualmente affermato che il denaro del quale è chiesto il sequestro non entra nel patrimonio del reo, andandosi a sommare con gli altri beni di esso facenti parte, ma, semplicemente, non ne esce, perché esso è illecitamente risparmiato, essendo il frutto della mancata corresponsione di imposte dovute.

Sulla base di tale presupposto, la Corte ha chiarito che, allorquando la illecita locupletazione si sostanzia in un mancato esborso, il sequestro dovrà necessariamente avvenire nella forma per equivalente e ciò, non solo perché il denaro è bene assolutamente fungibile (di talché non avrebbe senso, come è ovvio, l'apposizione di un vincolo su taluni individuati beni nummari), ma principalmente perché, in tal caso, esso non ha mai avuto una sua materialità fisica, ma è consistito in una immateriale entità contabile che, proprio perché non ha dato luogo a un esborso, non si è mai reificata in moneta contante.

La dimostrata legittimità del provvedimento impugnato quanto al mancato accoglimento dell'appello avente ad oggetto il sequestro per equivalente, giustifica pertanto, anche il rigetto relativo alla impugnazione concernente la mancata concessione anche del sequestro diretto.

4.3. . L'indirizzo secondo cui la confisca del denaro disponibile su un conto corrente bancario, per essere qualificata in termini di confisca diretta, necessita della prova del nesso di derivazione con il reato.

Prima della sentenza “Gubert”, le Sezioni unite della Corte di Cassazione avevano affrontato il tema del sequestro preventivo finalizzato alla **confisca diretta di somme di denaro** costituenti “*profitto del reato*”, affermando che il sequestro deve ritenersi ammissibile sia quando la somma si identifichi proprio in quella che è stata acquisita attraverso l'attività criminosa, sia ogni qual volta vi siano indizi per i quali il denaro di provenienza illecita sia stato depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare ciò che proviene dal reato e che si è cercato di occultare.

In particolare, Sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, Rv. 228166, chiamate a pronunciarsi in una fattispecie in cui si procedeva per i reati di associazione per delinquere, reati fiscali e truffe ed era stato disposto il sequestro di somme di denaro depositate in conti correnti bancari, ritennero che la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non impone che il sequestro debba necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite, bensì la somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta, purché sia



attribuibile all'indagato (in tal senso anche, Sez. VI, 1 febbraio 1995, n. 4289, Carullo, Rv. 200752); si sottolineò, tuttavia, con chiarezza, che anche per il denaro deve pur sempre sussistere il rapporto pertinenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale, tra il “bene” sequestrato ed il reato del quale costituisce il profitto illecito (utilità creata, trasformata od acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa).

Con specifico riferimento agli illeciti tributari, le Sezioni unite nella occasione esclusero la possibilità di fare riferimento a nessi di derivazione esclusivamente congetturali tra denaro e reato, che avrebbero potuto condurre “*all’aberrante conclusione di ritenere in ogni caso e comunque legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto venga indiziato di illeciti tributari?*”. (Nello stesso senso, **in precedenza**, Sez. VI, 25 marzo 2003, n. 23773, Madaffari, Rv. 225757; Sez. I, 20 gennaio 1994, n. 325, Pirazzini, Rv. 197134, **successivamente**, Sez. II, 20 settembre 2007, n. 38600, Corigliano, Rv. 238161).

Secondo le Sezioni unite:

- 1) la fungibilità del bene non può sostituire il giudizio di relazione fra “res” e reato, che funge da presupposto per la confisca diretta;
- 2) per confiscare in via diretta le somme di danaro disponibili su un conto corrente bancario, occorre provare che il denaro provento del reato sia stato depositato in banca;
- 3) nessun automatismo può essere consentito anche nei casi in cui il profitto è costituito da un risparmio di spesa.

Significativa è anche Sez. V, 26 gennaio 2010, n. 11288, Natali, Rv. 246360 in cui, in fattispecie relativa al sequestro preventivo disposto in relazione a reati tributari, la Corte ha affermato che il provvedimento che dispone il sequestro preventivo ex art. 321 cod. proc. pen., sia pur nei suoi limiti connaturati, deve pur sempre riguardare cose che si trovino in rapporto di pertinenza con i reati in ordine ai quali sono svolte le indagini, e, qualora oggetto del sequestro siano somme di denaro depositate presso istituti di credito, il rapporto di pertinenza fra le cose ed i reati deve essere individuato e chiarito nella motivazione del provvedimento, nel senso che deve trattarsi di denaro che costituisca il



prodotto, il profitto o il prezzo del reato oppure che sia servito a commetterlo o, comunque, concretamente destinato alla commissione del medesimo.

Secondo la Corte l'astratta possibilità di destinare il denaro a tale fine non è sufficiente a farlo ritenere cosa pertinente al reato ed una tale analisi s'impone soprattutto ove venga prospettata la commissione di reati fiscali, attesa la giurisprudenza secondo cui le provviste di denaro esistenti sui conti correnti non costituiscono corpo di reato o cosa comunque ad esso pertinente, giacchè non possono essere considerate il "quantum" di imposta non versata all'erario.

Nello stesso senso, Sez. II, 28 aprile 2011, n. 19105, Iapigio e altro, Rv. 250194, secondo cui *"Ai fini dell'adozione del sequestro preventivo, occorre un collegamento tra il reato e la cosa sequestrata e non tra il reato e la persona e non è indispensabile l'individuazione del responsabile del reato (Nella specie, la Corte ha ritenuto illegittimo il provvedimento di sequestro preventivo di conti correnti cointestati in cui si ometta la motivazione sulle modalità mediante le quali il denaro di provenienza illecita sia confluito sul conto corrente del terzo cointestatario e sulla necessità di sequestrare l'intero conto corrente del terzo e non solo le somme di provenienza illecita confluite sul predetto conto)"*.

Non difforme sembra essere la più recente Sez. II, 12 marzo 2014, n. 14600 Ber Banca spa, Rv. 260145 secondo cui *"Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta del denaro, costituente il profitto del reato, può colpire sia la somma che si identifica proprio in quella che è stata acquisita attraverso l'attività criminosa sia la somma corrispondente al valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta e comunque sia stata investita. (Fattispecie relativa al sequestro preventivo di denaro, titoli, valori, beni mobili, immobili ed altre utilità nella disponibilità di una banca, corrispondenti al prezzo del reato di "market abuse", commesso dai legali rappresentanti della banca medesima)"*.

In particolare, nella occasione la Corte ha affermato che, in relazione al sequestro di somme di denaro, è necessario:

- che la somma sia pertinente al reato contestato, nel senso che una somma di denaro che non abbia alcuna pertinenza con il reato non può essere sequestrata;

- che, dimostrata la pertinenza, il sequestro può colpire: 1) quelle somme che si identifichino proprio in quelle che sono state acquisite attraverso l'attività criminosa (ossia il denaro fisicamente uguale a quello ricevuto dall'agente); 2) la somma corrispondente al valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta e comunque sia stata investita proprio perché, considerata la fungibilità del danaro e la sua funzione di mezzo di pagamento, il sequestro non deve necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite, bensì una somma corrispondente al loro valore nominale ovunque sia stata rinvenuta, purché sia attribuibile all'indagato.

In senso conforme all'indirizzo in esame, successivamente alla sentenza "Gubert", sono **Sez. VI, 26 marzo 2015, n. 15923, Antonelli, Rv. 263124**, in fattispecie di peculato, **Sez. V, 12 febbraio 2015, n. 16008, Capriotti**, in fattispecie di sequestro preventivo finalizzata alla confisca diretta delle somme depositate su un conto corrente bancario e ritenute profitto del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione: nell'occasione la Corte ha confermato l'ordinanza di rigetto del sequestro emessa dal tribunale dell'appello, sul presupposto che, in effetti, non vi fosse alcuna prova del nesso di pertinenza fra le somme esistenti su quel conto corrente e il reato di bancarotta, e **Sez. V, 22 aprile 2014, n. 45510, Messina, Rv. 260759**; **Sez. II, 19 maggio 2011, n. 34318, Polverino**.

Tale indirizzo giurisprudenziale porta a ritenere che ogniqualvolta non vi sia la prova che sul conto corrente con sia stato versato il prezzo o il profitto del reato, ovvero comunque manchi la prova del nesso di derivazione tra denaro e reato, la confisca dovrebbe essere qualificata come di valore.

5. I principi affermati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza "Lucci": l'oggetto della confisca e la confisca del denaro disponibile su un conto corrente.

Sulla base di tali principi la Corte di cassazione ha affrontato la seconda delle questioni rimesse, quella, come detto, del come debba qualificarsi la confisca di somme di denaro, e, nel caso in cui si fosse ritenuto di qualificarla in termini di confisca diretta, se la prova



del nesso di pertinenzialità tra “res” e reato dovesse o meno atteggiarsi diversamente, attesa la fungibilità del bene oggetto di ablazione.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, pur ribadendo che profitto è solo il vantaggio di immediata e diretta derivazione causale dal reato, ha chiarito che la confisca di somme di denaro ha sempre natura di confisca diretta.

Ha precisato la Corte di cassazione che:

- la confisca per equivalente, rappresentando una alternativa alla confisca diretta – operando solo quando non può trovare applicazione la ordinaria misura di sicurezza patrimoniale – presuppone che il relativo oggetto (vale a dire il prezzo o il profitto del reato) abbia una sua consistenza naturalistica e/o giuridica tale da permetterne l’ablazione, nel senso che, una volta entrato nel patrimonio dell’autore del reato, continui a mantenere una sua identificabilità;

- ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa, non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell’autore del fatto, ma perde – per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo – qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica;

- non avrebbe ragion d’essere – né sul piano economico né su quello giuridico – la necessità di accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell’illecito sia stata spesa, occultata o investita: ciò che rileva è che le disponibilità monetarie del percipiente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell’interesse del reo;

- soltanto, quindi, nella ipotesi in cui sia impossibile la confisca di denaro sorge la eventualità di far luogo ad una confisca per equivalente degli altri beni di cui disponga l’imputato per un valore corrispondente a quello del prezzo o profitto del reato;

- la confisca del denaro costituente prezzo o profitto del reato pur in assenza di elementi che dimostrino che proprio quella somma è stata versata su quel conto corrente non determina una sostanziale coincidenza della confisca diretta con quella di valore, dal



momento che è la prova della percezione illegittima della somma che conta, e non la sua materiale destinazione: con la conseguenza che, agli effetti della confisca, è l'esistenza del numerario comunque accresciuto di consistenza a rappresentare l'oggetto da confiscare, senza che assumano rilevanza la eventuale movimentazione di un determinato conto bancario.



CAPITOLO II

LA CONFISCA DI PREVENZIONE

(ASSUNTA COCOMELLO)

1.Premessa 2.Presupposti ed ambito applicativo della confisca di prevenzione nella pronuncia delle Sezioni Unite Spinelli 3. I limiti alla retroattività della confisca di prevenzione.

1. Premessa.

Come è noto, in materia di misure di prevenzione patrimoniale, a seguito delle innovazioni normative apportate all'art. 2 bis, comma 6 bis della legge 31 maggio 1965 n. 575, dagli artt. 10 comma 1 lett. c), n. 2 del D.L. 23 maggio 2008 n. 92, convertito nella legge 24 luglio 2008, n.125, nonché dall'art. 22 comma 2, della legge 15 luglio 2009 n. 9, è stato definitivamente reciso il rapporto di accessorietà necessaria tra misure di prevenzione personali e patrimoniali e sancito il principio della loro autonomia. In particolare, a seguito delle citate novelle normative è consentita l'applicazione disgiunta delle misure di prevenzione patrimoniali da quelle personali, nel senso che le prime possono essere disposte anche in mancanza dell'attualità della pericolosità sociale del proposto e finanche nell'ipotesi di mancato accoglimento della richiesta di misura di prevenzione personale.

In merito la giurisprudenza di legittimità ha continuato, in modo concorde, ad affermare che, nonostante il tenore della riforma sembrerebbe sganciare ancor più radicalmente l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali dal requisito della pericolosità sociale, “tale requisito rimane presidio imprescindibile dell'applicazione di qualsivoglia misura di prevenzione, personale e patrimoniale, differenziandosi le seconde dalle prime solo in relazione al profilo della attualità della pericolosità, non più necessario per le misure reali” (si veda sul punto la decisione Sez. VI del 18 ottobre 2012, n. 10153 Coli, Rv. 254545).

Nella stessa giurisprudenza, invece, residuava un contrasto in merito all'applicabilità retroattiva della disciplina riformatrice in materia di misure di prevenzione patrimoniali,

sviluppatosi, principalmente, intorno al paventato mutamento della natura della confisca di prevenzione, da misura di sicurezza a vera e propria sanzione.

Su tale contrasto, data anche la rilevanza applicativa della questione, sono intervenute le Sezioni Unite, chiamate a chiarire, preliminarmente, se alle misure di prevenzione patrimoniali debba ritenersi applicabile il disposto di cui all'art 200 c.p., dettato per le misure di sicurezza o se, per contro, debba applicarsi alla materia- in ragione della ritenuta natura meramente sanzionatoria ed afflittiva delle misure reali in questione- il dato normativo generale offerto dall'art. 11 delle preleggi e dall'art 2 del codice penale, da cui deriverebbe l'irretroattività delle novità introdotte dalle novelle in rassegna e la conseguente impossibilità, per le situazioni di pericolosità emerse precedentemente all'entrata in vigore delle riforme, di comminare la confisca di prevenzione in assenza del requisito della attualità della pericolosità sociale da riferire al prevenuto.

2. Presupposti ed ambito applicativo della confisca di prevenzione nella pronuncia delle Sezioni Unite Spinelli.

Sul punto, con ordinanza del 30 gennaio 2014, i Giudici della Sesta Sezione rimettevano alle Sezioni Unite il ricorso a loro assegnato, sul seguente quesito: *“Se in conseguenza delle modifiche introdotte dal d.l. n. 92 del 2008 (conv. dalla legge n. 125 del 2008 e dalla legge n. 94 del 2009 all'art. 2 bis della legge n. 575 del 1965, la confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione possa essere ancora equiparata alle misure di sicurezza o abbia assunto connotati sanzionatori e se, quindi, ad essa sia applicabile in caso di successione delle leggi nel tempo la previsione di cui all'art. 200 cod. pen. o quella di cui all'art. 2 cod. pen.”*

La quaestio iuris postulava, quindi, la soluzione di due distinti profili problematici, uno attinente alla natura della confisca di prevenzione, in particolare, alla persistente assimilabilità della stessa alle misure di sicurezza, alla stregua dell'attuale stato normativo, e l'altro, consequenziale, relativo all'applicabilità, in ipotesi di successione di leggi nel tempo, della disposizione di cui all'art. 200, comma primo, cod.pen. ovvero del principio di irretroattività di cui all'art. 2 dello stesso codice.

A tali profili, inoltre, risultava collegato, l'ulteriore quesito concernente la necessità di una "correlazione temporale" tra epoca di acquisto del bene da confiscare e manifestazione della pericolosità sociale, anch'esso controverso in giurisprudenza.

Con la sentenza in esame le Sezioni Unite, pertanto, colgono l'occasione per procedere ad un esame approfondito di una serie di questioni direttamente collegate al centrale quesito sulla natura dell'istituto della confisca di prevenzione e, di conseguenza, all'efficacia retroattiva della relativa disciplina, con particolare riferimento alle importanti modifiche apportate al sistema dalle novelle legislative del 2008 e del 2009, ed affermano i seguenti principi di diritto, così massimati da questo Ufficio:

- *“Le modifiche introdotte nell'art. 2 bis della legge n. 575 del 1965, dalle leggi n. 125 del 2008 e n. 94 del 2009, non hanno modificato la natura preventiva della confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione, sicché rimane tuttora valida l'assimilazione dell'istituto alle misure di sicurezza e, dunque, l'applicabilità, in caso di successioni di leggi nel tempo, della previsione di cui all'art. 200 cod. pen”* (rv 262602).

-*“Le misure di prevenzione patrimoniali della confisca e del sequestro sono applicabili, in ragione dell'abrogazione dell'art. 14 della legge n. 55 del 1990 per effetto del D.L. n. 92 del 2008, conv. con modif. dalla legge n. 125 del 2008, nei confronti dei cosiddetti "pericolosi generici".* (RV. 262603)

-*“La possibilità di applicazione disgiunta della confisca dalla misura di prevenzione personale, così come emerge dalle riforme normative operate dalla legge 24 luglio 2008 n. 125 e dalla legge 15 luglio 2009 n. 94, non ha introdotto nel nostro ordinamento una "actio in rem", restando presupposto ineludibile di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale la pericolosità del soggetto inciso, in particolare la circostanza che questi fosse tale al momento dell'acquisto del bene. (La Suprema Corte ha precisato che la pericolosità si trasferisce alla "res" per via della sua illecita acquisizione da parte di un soggetto socialmente pericoloso, in quanto rientrante in una delle categorie previste dalla normativa di settore, ed ad essa inerisce in via permanente e tendenzialmente indissolubile)”*. (RV 262604)

-La pericolosità sociale, oltre ad essere presupposto ineludibile della confisca di prevenzione, è anche "misura temporale" del suo ambito applicativo; ne consegue che, con riferimento alla c.d. pericolosità generica, sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, mentre,

con riferimento alla c.d. pericolosità qualificata, il giudice dovrà accertare se questa investa, come ordinariamente accade, l'intero percorso esistenziale del proposto, o se sia individuabile un momento iniziale ed un termine finale della pericolosità sociale, al fine di stabilire se siano suscettibili di ablazione tutti i beni riconducibili al proposto ovvero soltanto quelli ricadenti nel periodo temporale individuato. (RV 262605)

–“In tema di confisca di prevenzione, anche a seguito delle modifiche apportate all'art. 2 ter, comma terzo, primo periodo, della legge n. 575 del 1965, dalla legge 24 luglio 2008 n. 125, spetta alla parte pubblica l'onere della prova della sproporzione tra beni patrimoniali e capacità reddituale del soggetto nonché della illecita provenienza dei beni, dimostrabile anche in base a presunzioni, mentre è riconosciuta al proposto la facoltà di offrire prova contraria”. (RV 262606)

–“In tema di confisca di prevenzione, la presunzione di illecita provenienza dei beni ha natura di presunzione relativa e per l'assolvimento dell'onere probatorio posto a carico del soggetto inciso è sufficiente la mera allegazione di fatti, situazioni o eventi che, ove riscontrabili, siano idonei, "ragionevolmente e plausibilmente", ad indicare la lecita provenienza dei beni. (La Suprema Corte, in applicazione del suddetto principio di diritto, ha precisato che, ciò che assicura la conformità del sistema acquisitivo dei beni sottoposti a confisca di prevenzione ai parametri costituzionali ed ai principi dell'ordinamento sovranazionale, è il riconoscimento al soggetto inciso della facoltà di prova contraria, che rende la presunzione "de qua" meramente relativa)”. (RV 262607)

La fattispecie oggetto del ricorso rimesso alle Sezioni Unite riguardava l'applicazione della normativa in materia di confisca di prevenzione in relazione agli avvicendamenti legislativi in materia, nonché all'applicazione retroattiva delle innovazioni introdotte dalla legge n. 125 del 2008.

In relazione al primo profilo, i ricorrenti asserivano che la doverosa interpretazione letterale delle norme avrebbe dovuto indurre ad escludere che l'art. 11-ter della legge n. 125 del 2008 avesse abrogato l'art. 14 della legge n. 55 del 1990 “che limitava i soggetti passivi delle misure di cui alla legge n. 575 del 1965” con conseguente esclusione delle stesse ai c.d. pericolosi generici.

Sotto altro profilo si contestava l'applicazione retroattiva che il Tribunale e la Corte d'Appello avrebbero fatto delle previsioni della legge n. 125 del 2008, rispetto “ai beni acquistati” prima della sua entrata in vigore.

Preliminarmente il Supremo Collegio, nell'affrontare la quaestio iuris posta alla sua valutazione, pone in evidenza come, pur essendo i ricorsi oggetto di rimessione riferibili esclusivamente a fattispecie relative ad ipotesi di c.d. pericolosità generica, si impone, data l'ampiezza di formulazione del quesito di diritto e la funzione nomofilattica ad esse assegnata, di affrontare anche i profili sistematici afferenti alla più grave manifestazione di pericolosità c.d. qualificata, trattandosi “di due situazioni che, pur riconnettendosi a fenomenologia criminale profondamente diversa per coefficiente di gravità ed allarme sociale, costituiscono distinte espressioni di un insieme unitario, rappresentato dal sistema di prevenzione”

Fatta tale premessa il Supremo Collegio, passa quindi ad affrontare il pregiudiziale aspetto dell'applicabilità della confisca di prevenzione, alla luce delle numerose leggi che si sono succedute in materia, alla categoria dei pericolosi generici, affermando, in particolare che, accanto alle misure di prevenzione personale, anche quelle patrimoniali del sequestro e della confisca possono essere applicate nei confronti di soggetti ritenuti socialmente pericolosi perché abitualmente dediti a traffici delittuosi o perché vivono, anche solo in parte, con i proventi di attività delittuose, a prescindere dalla tipologia dei reati di riferimento. A tale soluzione interpretativa la sentenza perviene, condividendo precedente orientamento della giurisprudenza di legittimità (Sez. V, 8 giugno 2011, n. 26044, Autuori rv. 250923 e Sez. I, 5 febbraio 2009, n. 8510, Guarnieri, rv. 244399), sancendo che l'abrogazione dell'art. 14 della legge n. 55 del 1990 disposta dall'art. 11 ter d.l. n. 92 del 2008, conv. nella legge n. 125 del 2008, ha determinato la riespansione dell'area di operatività dell'art. 19 comma primo legge n. 152 del 1975 e, per l'effetto, l'estensione delle disposizioni della legge n. 575 del 1965, relative alla c.d. pericolosità qualificata, anche alle persone indicate nell'art. 1, nn. 1 e 2 legge n. 1423 del 1956, c.d. pericolosità generica.

Il citato articolo 19, precisa la sentenza in esame, non contiene, infatti, un rinvio a carattere materiale o recettizio, ma di ordine formale e, pertanto, in assenza di un'espressa limitazione o esclusione, esso deve ritenersi esteso a tutte le norme successivamente interpolate nell'atto fonte, in sostituzione, modificazione od integrazione di quelle originarie, in conformità di quanto già affermato in altro arresto delle S.U. del 25 marzo 2010, n.13426, Cagnazzo rv.246272.

Anche per quanto concerne la natura della confisca di prevenzione, la pronuncia in esame ricorda che la questione era già stata affrontata e risolta dalle Sezioni Unite, 3 luglio 1996 n. 18, Simonelli, rv. 205262, che, anche se con esclusivo riferimento alla c.d. pericolosità qualificata, aveva individuato un *tertium genus*, affermando che la confisca di prevenzione non aveva né carattere di misura di prevenzione, né natura penale, e dunque sanzionatoria, ma costituiva una sanzione amministrativa equiparabile, quanto a contenuto ed effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240, secondo comma cod. pen., ossia alla confisca obbligatoria.

Siffatta classificazione, che aveva il pregio di affrontare le difficoltà ermeneutiche che sembravano frapporsi all'applicabilità della confisca di prevenzione all'ipotesi di morte del proposto intervenuta nel corso del procedimento e che, invece, risultano superate dalla nuova disciplina con la "consacrata autonomia" della misura patrimoniale rispetto a quella personale, non ha impedito che, in costanza del nuovo regime normativo, si riproponesse, nella giurisprudenza di legittimità il contrasto sulla natura preventiva o sanzionatoria dell'istituto, specie con riferimento alle conseguenze in tema di successione di leggi nel tempo.

Nella giurisprudenza di legittimità si confrontavano, infatti, da un lato le numerose pronunce appartenenti ad un consolidato orientamento, tradizionale e maggioritario, le quali sostenevano che, nonostante il *novum* normativo, la confisca di prevenzione continuasse a mantenere la sua originaria connotazione preventiva e dall'altro, un orientamento minoritario, rappresentato dalla sentenza della Sez. V del 13 novembre 2012, n. 14044/13, Occhipinti, rv. 255043, la quale, ravvisando nel definitivo sganciamento della misura di prevenzione patrimoniale dalla condizione di attualità della

pericolosità sociale elementi di un “mutamento” della fisionomia dell’istituto, affermava, invece, la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione. Le Sezioni Unite, nella sentenza in esame, dichiarano di condividere l’impostazione dell’ordinamento tradizionale e, proprio in relazione al così detto “sganciamento” delle misure di prevenzione patrimoniali dalla condizione di attualità della pericolosità sociale, previsto dalle riforme, immediatamente chiariscono la portata del nuovo precipitato normativo, il quale non consentirebbe affatto di ritenere che l’applicazione della confisca di prevenzione possa restare avulsa dal presupposto della pericolosità, *“quanto che tale applicazione possa prescindere dalla verifica, in concreto, di quel presupposto al momento della relativa richiesta, il che significa che ciò da cui possa e debba prescindersi è solo ed esclusivamente, il requisito dell’attualità della pericolosità”*. Con tale affermazione il Supremo Collegio getta la premessa generale della soluzione delle numerose questioni di diritto sottoposte al suo esame, ed espressamente afferma che *“la pericolosità resta presupposto indefettibile e ragione giustificatrice della misura espropriativa, indipendentemente dall’epoca della sua manifestazione, essendo aberrante ed avulso da ogni logica di civiltà giuridica che sia possibile applicare una misura ablativa nei confronti di chi non sia mai stato pericoloso”*.

Inoltre i Giudici del Supremo Collegio, pongono in luce i caratteri peculiari che la “pericolosità” assume nelle misure di prevenzione patrimoniali, nelle quali tale connotazione del bene “deriva dalla sua illecita acquisizione da parte di un soggetto socialmente pericoloso, in quanto appartenente ad una delle categorie previste dal legislatore, e si riverbera eo ipso sul bene acquistato, divenendo qualità immanente alla res in via permanente e tendenzialmente indissolubile”.

La pericolosità del bene, pertanto, in quanto espressione di un metodo di illecita acquisizione da parte di soggetto socialmente pericoloso, impone la sua rimozione dal mercato legale per la ritenuta necessità di impedire al soggetto pericoloso di continuare a disporne, anche in funzione di deterrenza dalla commissione di ulteriore attività illecita, giustificando così la natura tipicamente preventiva della misura ablatoria. Sulla base di tale soluzione ermeneutica, inoltre, la pronuncia in esame - sgombrando il campo da dubbi in merito sollevati dalla sentenza Occhipinti - ribadisce la conformità della

confisca di prevenzione con i parametri costituzionali e convenzionali, assicurata, da un lato, dalla precipua finalità – perfettamente coincidente con i principi informatori dell'ordinamento convenzionale e con la giurisprudenza delle Corti europee - di sottrarre i patrimoni illecitamente accumulati alla disponibilità di determinati soggetti che non possano dimostrarne la legittima provenienza, dall'altro dalla possibilità per il proposto di fornire prova contraria e liberatoria, attraverso la dimostrazione della legittimità degli acquisti in virtù di impiego di illecite fonti reddituali. Inoltre, affermando che “un determinato bene, intanto può essere aggredito, in quanto chi l'abbia acquistato fosse, al momento dell'acquisto, soggetto pericoloso”, le Sezioni Unite, fanno della pericolosità sociale, non solo il presupposto imprescindibile per l'applicazione della confisca di prevenzione, ma anche la sua “misura temporale”. *“Al di là di ogni idea di irretroattività”* afferma la Suprema Corte, *“la pericolosità sociale, quale qualità personale, va dimensionata nel tempo e nello spazio”*, e costituisce la ragione giustificatrice dell'apprensione coattiva di beni acquistati in costanza della stessa o con il favore delle sue peculiari manifestazioni.

È necessaria quindi, ai fini della legittimità dell'ablazione, la correlazione temporale tra acquisto del bene e manifestazione della pericolosità sociale del proposto. In merito, la pronuncia distingue tra l'apprensione di beni in ipotesi di pericolosità qualificata e di pericolosità generica.

Nel caso della pericolosità generica, si evidenzia, non emergono particolari difficoltà nell'individuazione dell'arco temporale di riferimento, in quanto si tratterà, di determinare, sulla base di oggettivi e incontrovertibili parametri di riferimento, quali i precedenti penali e giudiziari del proposto, il periodo in cui si è manifestata la sua abituale dedizione al delitto, in guisa che, saranno suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati in tale arco di tempo, a prescindere dalla persistente pericolosità del soggetto stesso al momento della proposta di prevenzione. Più complessa, invece, la questione in relazione alla pericolosità c.d. qualificata, in cui la “qualità” della pericolosità non è agevolmente circoscrivibile in un determinato periodo temporale. La pronuncia, quindi, distingue tra l'ipotesi, piuttosto frequente, in cui la pericolosità

sociale investa l'intero percorso esistenziale del proposto, in cui sarà legittima l'apprensione di tutte le componenti patrimoniali e le utilità, riconducibili allo stesso, delle quali non risulti in alcun modo giustificato il legittimo possesso, da quella in cui la fattispecie concreta consenta, invece, al giudice della prevenzione di determinare comunque - in forza di un insindacabile apprezzamento di merito e sulla base di ogni utile indagine – “un momento iniziale ed un termine finale della pericolosità sociale”, con la conseguente possibilità di confisca per i soli beni ricadenti in tale perimetro temporale.

In merito alla natura della confisca di prevenzione, pertanto, le Sezioni Unite concludono che le riforme introdotte dal d.l. n. 92 del 2008 e dalla legge n. 94 del 2009, all'art. 2 bis della legge n. 575 del 1965, non hanno modificato la natura preventiva della confisca e ribadiscono la persistente possibilità di assimilazione di tale istituto alle misure di sicurezza, sì da consentire l'applicabilità ad essa della disposizione contenuta nell'art. 200, cod. pen, in luogo di quella di cui all'art. 2 dello stesso codice.

Un ultimo aspetto affrontato dalla pronuncia in esame, concerne la ripartizione dell'onere probatorio nel procedimento di prevenzione per l'applicazione della confisca.

Anche su tale versante le Sezioni Unite affermano che le novelle normative non hanno apportato sostanziali modifiche, rimanendo onere della parte pubblica la prova, raggiungibile anche in base a presunzioni, in ordine alla sproporzione tra beni patrimoniali e capacità reddituale del proposto, nonché in ordine all'illecita provenienza dei beni, mentre è riconosciuta al proposto, la facoltà di offrire prova contraria e liberatoria, in guisa da dimostrare la legittima provenienza dei beni medesimi. Infatti, precisano i giudici del Supremo Collegio, è proprio tale facoltà di prova contraria assicurata al soggetto inciso, in merito alla legittimità dell'acquisto del bene, che assicura la conformità della confisca e dell'intero sistema di prevenzione patrimoniale alla Costituzione ed ai principi dell'ordinamento sovranazionale. In ragione di ciò, pertanto, deve ritenersi la natura meramente relativa della presunzione di illecita provenienza dei beni, cui corrisponde un onere probatorio a carico del soggetto inciso, “che non è modulato sui canoni, rigorosi e formali, vigenti in materia petitoria, ma tale che per il suo

assolvimento è sufficiente la mera allegazione di fatti, situazioni od eventi che, ragionevolmente e plausibilmente, siano atti ad indicare la lecita provenienza dei beni oggetto di richiesta di confisca e siano, ovviamente, riscontrabili”.

3. I limiti alla retroattività della confisca di prevenzione.

Ai principi affermati dalle Sezioni Unite Spinelli sono seguite alcune pronunce delle quali occorre dare atto al fine di comprendere quali siano, nella attuale interpretazione della giurisprudenza di legittimità, i confini ed i limiti della affermata retroattività della disciplina della confisca di prevenzione.

I Giudici della Sesta Sezione sono, infatti, stati chiamati a decidere su un caso, in parte, analogo a quello sottoposto alle Sezioni Unite, riguardante l'applicazione retroattiva delle nuove disposizioni normative in relazione ai presupposti soggettivi di applicabilità della confisca, in particolare riguardo alla possibilità di disporre la misura di prevenzione patrimoniale nei confronti del c.d. "pericoloso generico" che, come noto, non era possibile prima della riforma del 2008 – 2009.

Va evidenziato, ai fini di una immediata comprensione del percorso ermeneutico adottato dai giudici della Sesta Sezione, che, nella particolare fattispecie relativa al ricorso esaminato, il decreto di confisca era stato emesso in epoca anteriore all'entrata in vigore della riforma medesima, diversamente, ad esempio, dal caso oggetto del ricorso rimesso alle Sezioni Unite.

Proprio in ragione di tale particolare circostanza il Collegio, pur premessi e condivisi i principi affermati in materia dalle Sezioni Unite Spinelli, evidenzia come, nel caso di specie, fosse altresì necessario stabilire se “la retroattività derivante dall'art. 200 cod.pen., incontri dei limiti riferibili allo stato del procedimento di prevenzione oppure se essa debba essere intesa in senso assoluto”.

Sul punto, la sentenza della **Sezione VI del 16/02/2015, n.21491, Meluzio e altri, Rv. 263768**, ha affermato che la confisca di prevenzione patrimoniale è regolata dal principio di retroattività entro i limiti dettati dal primo comma dell'art. 200, cod. pen., stante il richiamo dell'art. 236, comma 2, cod. pen., esclusivamente alla prima parte di

detta disposizione, sicchè, per l'individuazione del regime legale di riferimento, deve aversi riguardo alla legge in vigore “al tempo della sua applicazione”, che coincide con il momento in cui viene emessa la decisione di primo grado, e costituisce il limite di azione della retroattività oltre il quale non operano eventuali disposizioni successivamente introdotte, diversamente da quanto previsto per le misure di sicurezza che, ai sensi del comma 2 del citato art. 200 cod. pen., devono essere regolate dalla legge in vigore al tempo dell'esecuzione di esse.

Il Collegio, affermando che, in materia di prevenzione, in ragione del richiamo dell'art. 236, comma 2 cod.pen., sia applicabile il solo comma 1 dell'art. 200 cod.pen.- restando il comma 2 di pertinenza delle sole misure di sicurezza - accede alla affermazione di “relatività del principio di retroattività”, nel senso che esso deve necessariamente confrontarsi, nella materia in esame, con lo stato del procedimento applicativo della misura stessa, ed in particolare con il tempo della applicazione della misura, da individuarsi “nel momento della emissione del decreto di confisca di primo grado, che, una volta emesso, determina il regime legale di riferimento per l'individuazione della normativa applicabile, mentre nessuno spazio applicativo, residuerà, per le eventuali modifiche normative intervenute successivamente a tale decreto”.

Corollari di tale principio sono, pertanto, l'assoluta irrilevanza del “tempo di esecuzione della misura”, cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 200 cod.pen.(riguardante esclusivamente le misura di sicurezza) e la fase del gravame, trattandosi di mera fase eventuale in cui viene operato un controllo devolutivo sul provvedimento già emesso.

In sintesi, alla luce del principio di diritto illustrato dalla senza in esame, il principio di retroattività – la cui “limitazione”, afferma la sentenza in esame, giova ad una maggiore certezza in tema di individuazione della normativa applicabile in materia di prevenzione patrimoniale – consente di applicare le novelle legislative “sicuramente dopo la commissione dei fatti che fondano il giudizio di pericolosità e anche successivamente all'inizio della procedura di prevenzione, ma non oltre l'applicazione della misura emessa dal tribunale in primo grado”.

In senso parzialmente difforme si esprime, invece, la pronuncia della **Sez.1 del 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini e altro rv. 254322**, che, la quale afferma che la confisca di prevenzione può essere disposta, se prevista, in relazione ai fatti per i quali si procede, dalla legge in vigore al tempo della sua applicazione ovvero al momento della decisione emessa in primo grado oppure in secondo grado, purché, in quest'ultimo caso, sia stato adeguatamente sollecitato il contraddittorio sui profili normativi di regolamentazione dell'istituto.

I giudici della Prima Sezione, in particolare, sostengono nella sentenza in esame che, nel caso in cui il procedimento per la verifica dei presupposti applicativi della misura patrimoniale sia “pendente” al momento dell’entrata in vigore della nuova disciplina (pur se più sfavorevole per il proposto) nella fase di merito e, perciò, anche in secondo grado, il giudice potrà tenere conto, garantendo il rispetto del contraddittorio sul punto, della sopravvenuta modifica del quadro normativo.

Secondo i giudici della Prima Sezione, il principio generale previsto dall’art 200 comma 1 cod.pen.- applicabile anche all’ipotesi di confisca in virtù di quanto previsto dall’art. 236 comma 2- della applicazione alle misure della legge vigente al tempo della “loro applicazione”, deve intendersi “logicamente correlato” alle diverse fasi processuali del giudizio di merito, ivi compreso il giudizio di appello, in considerazione della possibilità, nell’ambito di tale fase, di una conferma del provvedimento applicativo della confisca (rimasta sospesa) in ragione, “non di una sopravvenienza in fatto o di un’indebita estensione dell’oggetto in assenza di un’impugnazione dell’accusa, quanto della esistenza di una ragione giuridica diversa che espliciti i suoi effetti sulla situazione di fatto così come elaborata nel giudizio di primo grado”.

Tuttavia, precisa il Collegio, la presa d’atto da parte del giudice di appello dell’esistenza in diritto di ragioni sopravvenute tali da giustificare la conferma del provvedimento di applicazione della confisca di primo grado impone che, nell’ambito del giudizio di secondo grado, sia stato stimolato in modo adeguato un contraddittorio che si estenda ai profili normativi di regolamentazione dell’istituto.



CAPITOLO III

CONFISCA, DIRITTI DEI TERZI E FALLIMENTO

(PIERO SILVESTRI)

SOMMARIO: 1.Premessa.- 2. La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione “Focarelli”. - 3.La giurisprudenza successiva: l’indirizzo secondo cui, al fine di stabilire la insensibilità o meno al fallimento della confisca occorre avere riguardo alla natura della res. -3.1. (segue). L’indirizzo secondo cui occorre dare rilievo alla natura della confisca. - 4. I principi affermati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza “Uniland”: la natura obbligatoria della confisca- anche di valore- prevista dall’art. 19 del d. lgs n. 231 del 2001. - 4.1. (segue). I limiti al sequestro ed alla confisca: i terzi titolari di diritti. - 4.2. (segue). I rapporti fra sequestro e confisca previsti dall’art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001 e fallimento dell’ente. - 4.3. (segue). L’accertamento della titolarità del diritto e della buona fede del terzo. - 4.4. (segue). La legittimazione ad agire del curatore fallimentare. – 4.5. (segue).Gli altri principi espressi dalla Sezioni unite: la necessaria identità del reato contestato alla persona fisica con quello per il quale si procede nei confronti dell’ente.

1. Premessa.

Nel 2015 le Sezioni unite della Corte di cassazione sono intervenute su alcune articolate questioni relative ai limiti di opponibilità della confisca e ai rapporti tra sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente prevista dal d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e procedura fallimentare.

La Corte ha affrontato il seguente triplice ordine di questioni:

- a) se, per disporre il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, con specifico riferimento all’ipotesi prevista dall’art. 19, comma secondo, del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231 del 2001, il giudice, con riferimento ai beni acquisiti o da acquisire alla massa attiva di un fallimento, possa limitarsi ad accertare la confiscabilità dei cespiti, irrilevanti restando ai fini delle sue determinazioni le esigenze tutelate dalla procedura concorsuale, o debba, invece, procedere ad una valutazione comparativa tra le ragioni di questa, e segnatamente dei creditori di buona fede, e quelle afferenti alla pretesa punitiva dello Stato;
- b) nel caso in cui si acceda alla seconda soluzione, se la verifica delle ragioni dei singoli creditori, al fine di accertarne la buona fede, debba essere compiuta dal giudice penale o dal giudice fallimentare, eventualmente in applicazione analogica

della disciplina dettata per i sequestri di prevenzione dal Titolo IV del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia);

- c) qualora si ritenga che il giudice penale abbia il dovere di valutare le ragioni della procedura fallimentare e alla verifica della buona fede, se la sussistenza di detta condizione debba essere provata dal creditore istante, in linea con la disciplina prevista per i sequestri di prevenzione; o invece debba ritenersi presunta, in base al principio generale di cui all'art. 1147, comma terzo, cod. civ.

2. La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione “Focarelli”.

La prima delle questioni indicate era stata oggetto di esame, seppur non in relazione al tema della responsabilità da reato degli enti, da Sez. un. 24 maggio 2004, n. 29951, Cur. fall. in proc. Focarelli, Rv. 228165.

Si trattava nella specie di un sequestro preventivo disposto in funzione della confisca facoltativa - prevista dall'art. 240, comma primo, cod. pen. - del profitto di delitti tributari e truffe ai danni dello Stato commesse in forma organizzata.

La questione controversa era *“se sia consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa di beni provento di attività illecita dell'indagato e di pertinenza di impresa dichiarata fallita”*.

Le Sezioni unite, escluso in caso di confisca facoltativa la radicale insensibilità del sequestro alla procedura concorsuale, affidarono al potere discrezionale del giudice la conciliazione dei contrapposti interessi; fu affermato che il sequestro non era precluso, *“a condizione che il giudice dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare”*.

Secondo la Corte di cassazione, all'esito della valutazione in questione il bene avrebbe potuto anche essere restituito all'ufficio fallimentare, ferma restando la possibilità di una nuova applicazione della misura cautelare reale nei casi in cui avesse riacquisito attualità il pericolo del suo uso a fini di reiterazione del reato o di aggravamento delle sue conseguenze.

La valutazione, si affermò, doveva concentrarsi sulle modalità di svolgimento della procedura concorsuale, sulle qualità dei creditori ammessi al passivo, sull'ammontare di quest'ultimo.

La prospettiva da tenere in considerazione, si sostenne, era costituita dal rischio che il fallito indagato/imputato riacquistasse la disponibilità del bene per evenienze fisiologiche connesse alla chiusura del fallimento o all'instaurazione di un concordato ex art. 124 l. fall. (con l'eventuale riacquisto del potere di disporre dei beni non vincolati al procedimento o non trasferiti all'assuntore), anche per effetto di condotte surrettizie, come la costituzione fittizia di diritti di credito o di diritti reali nei confronti dello stesso fallito, “*non sicuramente contrastabili*” con i poteri di scioglimento dei contratti, con azioni revocatorie e di simulazione; né con l'impugnazione dei crediti ammessi (100 l. fall.) e la revocazione (art. 102 l. fall.).

Nella occasione, in particolare, la Corte di cassazione:

- superò la tesi secondo cui gli interessi perseguiti dalla procedura concorsuale non avessero rilievo pubblicistico, riconoscendo alla tutela della “*par condicio*” il rango di “*altissimo interesse pubblico*”;

- non escluse, in linea astratta, che lo spossessamento determinato dalla procedura concorsuale potesse assorbire la funzione del sequestro preventivo penale, contemperandola con la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito;

- sottolineò come l'ordinamento penale non potesse essere indifferente alla garanzia dei creditori sul patrimonio del fallito quando la presunzione di pericolosità sottesa alla misura di sicurezza inerisse non alla cosa illecita in sé, ma alla relazione che la lega al soggetto che ha commesso il reato. (Sez. un., 18 maggio 1994, n. 9, Comit Leasing s.p.a. in proc. Longarini; Sez. un., 28 aprile 1999, n. 9 Bacherotti);

- definì il ruolo del curatore, considerato non come un soggetto privato che agisce in rappresentanza o sostituzione (ex lege) del fallito e/o dei singoli creditori, ma, piuttosto, quale emerge dalle fonti del suo potere, dalle finalità istituzionalmente collegate al suo agire e dai controlli che presidiano la sua attività gestoria, come “*un organo che svolge una funzione pubblica nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, incardinato nell'ufficio fallimentare,*

a fianco del tribunale e del giudice delegato, quale ausiliario di giustizia e, di conseguenza, è sempre e costantemente “terzo” rispetto a tutti, perfino quando agisce per la tutela di un diritto già esistente nel patrimonio del fallito e che avrebbe potuto essere fatto valere da quest’ultimo se non fosse intervenuto il fallimento”;

- legò alla necessità di monitorare gli sviluppi della procedura concorsuale l’esigenza, *“pur in mancanza di una previsione legislativa”*, di uno scambio di informazioni e di conoscenza tra l’autorità giudiziaria penale e quella civile e la prefigurata possibilità di accompagnare alla restituzione dei beni alla curatela l’imposizione di prescrizioni ex art. 185 d. att. cod. proc. pen.;

-escluse, invece, che, in ipotesi di confisca obbligatoria, vi fossero margini di discrezionalità per il giudice in quanto le finalità del fallimento non sono in grado in tal caso di assorbire la funzione assoluta dal sequestro, dovendo prevalere la esigenza preventiva *«di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente pericoloso in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato; [sicché] le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività»*.

3. La giurisprudenza successiva: l’indirizzo secondo cui, al fine di stabilire la insensibilità o meno al fallimento della confisca occorre avere riguardo alla natura della res.

Poiché, da una parte, le Sezioni unite non affermarono i principi indicati con riferimento alla specifica ipotesi di confisca obbligatoria prevista dall’art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001 e, dall’altra, detta ipotesi di confisca, pur obbligatoria, può non avere per oggetto cose intrinsecamente pericolose ovvero le cose di cui al n. 2 del comma secondo dell’art. 240 cod. pen., il tema che si è posto successivamente alla sentenza “Focarelli”, espressamente richiamato nella sentenza “Uniland”, è stato storicamente quello del se con la sentenza “Focarelli” la Corte di cassazione avesse inteso legare il principio della insensibilità assoluta al fallimento alla configurazione legislativa, facoltativa o obbligatoria, della confisca, o, invece, tenuto conto della natura, intrinsecamente pericolosa o meno, del bene che ne forma oggetto.

Secondo un indirizzo nomofilattico, al fine di stabilire la insensibilità o meno al fallimento della confisca, si sarebbe dovuto avere riguardo alla natura della *res*.

Una chiara presa di posizione in tal senso è rinvenibile in Sez. III, 2 febbraio 2007, [n. 20443](#), Sorrentino, Rv. 236846 secondo cui l'obbligatorietà della confisca nei casi previsti dall'art. 12 *sexies* del D.L. 8 giugno 1992 n. 306, conv. con modif. in legge 7 agosto 1992 n. 356, siccome stabilita non in funzione della intrinseca pericolosità delle cose da confiscare, ma soltanto del loro legame con chi abbia subito condanna per determinati delitti, non impedisce che, qualora dette cose, nell'ambito di procedimento penale per taluno di tali delitti, siano state oggetto di sequestro preventivo in vista appunto della loro assoggettabilità a confisca obbligatoria e sia quindi sopravvenuto il fallimento dell'imputato, il curatore del fallimento possa chiedere ed ottenere l'autorizzazione alla loro vendita ed alla conseguente distribuzione del ricavato ai creditori concorsuali, dandosi luogo anche in tal modo alla realizzazione della finalità perseguita dal legislatore, costituita dallo spossessamento del condannato.

Non diversamente, Sez. I, 1 marzo 2013, n. 20216, Arconte, Rv. 256256, sempre in materia di confisca *ex art. 12-sexies*, recependo l'indirizzo della “Sorrentino”, precisò che il giudice, nel compiere le sue valutazioni, deve acquisire la ragionevole certezza che attraverso la procedura concorsuale i cespiti non rientreranno nella diretta o indiretta disponibilità del condannato. (nello stesso senso, Sez. VI, 7 ottobre 2013, n. 49821, Lu.fra. trasporti s.r.l., Rv 258579, in tema di prevenzione antimafia).

In senso simmetrico si colloca Sez. II, 14 giugno 2006, n. 31990, Grassi, Rv. 235129, pronunciata in tema di sequestro e confisca per equivalente *ex artt. 322-ter e 640-quater* cod. pen., che, dopo avere confermato il principio- dettato dalla sentenza Focarelli, precisò che il profitto diretto del reato è insensibile al fallimento, trattandosi di beni oggettivamente pericolosi data la loro pertinenza al reato, mentre la confisca per equivalente avrebbe dovuto essere “trattata” allo stesso modo della confisca facoltativa, trattandosi di una misura sanzionatoria.

Diversamente dalle pronunce indicate, che riguardano materie affini ma non direttamente i provvedimenti di sequestro e confisca adottabili ai sensi dell'art. 19 del



d.lgs. n. 231 del 2001, del tema specifico si erano occupate due sentenze della Quinta Sezione penale.

La prima è Sez. V, 8 luglio 2008, n. 33425, Fazzalari, Rv 240559 che, ponendosi in senso conforme alla “Focarelli”, precisò che i beni oggetto di confisca per equivalente non sono intrinsecamente pericolosi e che spetta, quindi, al giudice dare conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle che implicano la tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare.

La sentenza Fazzalari affermò, inoltre, che la confisca per equivalente prevista dall'art. 19, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, diversamente da quella del profitto diretto di cui al primo comma, sarebbe prevista come facoltativa in virtù del termine "può" contenuto nella disposizione.

La seconda sentenza è Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 48804, Cur. Fall. Infrastrutture e servizi, Rv 2577553, valorizzata dalla sentenza “Uniland” in esame nella parte relativa al tentativo di trovare la soluzione del problema del rapporto tra potere ablativo e fallimento nella disposizione normativa specifica che disciplina l'istituto della confisca in danno degli enti.

3.1. (segue). L'indirizzo secondo cui occorre dare rilievo alla natura della confisca.

A tale prevalente indirizzo se ne è contrapposto altro che, nel disciplinare i rapporti tra sequestro/confisca e fallimento, ha, invece, dato rilievo alla natura della confisca.

Su questa linea si erano espresse essenzialmente tre pronunce.

Le prime due, in materia di prevenzione antimafia, hanno affermato che la *res* confiscabile è per presunzione assoluta pericolosa perché frutto di attività illecita, cosicché, trattandosi di confisca obbligatoria, se ne deve affermare la insensibilità al fallimento in attuazione del principio dettato dalla più volte citata sentenza Focarelli; (Sez. VI, 4 marzo 2008, n. 31890, Bruno, Rv 241013; Sez. I, 7 aprile 2010, n. 16783, Profilo, Rv 246994),

La terza decisione è stata, invece, pronunciata in tema di sequestro disposto ai sensi del decreto legislativo n. 231 del 2001 (Sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, Curatela fall. Soc. Tecno Hospital s.r.l., Rv 255255).

Tale decisione, dopo avere riconosciuto alla confisca del profitto nei confronti dell'ente la natura di sanzione principale ed autonoma - anche quando si tratti di confisca per equivalente di cui al comma 2 dell'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001- ed averne, conseguentemente, affermato la obbligatorietà, ha dichiarato, in ossequio alla sentenza “Focarelli”, la assoluta insensibilità del sequestro finalizzato alla confisca obbligatoria rispetto alla procedura fallimentare.

4. I principi affermati dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza “Uniland”: la natura obbligatoria della confisca- anche di valore- prevista dall’art. 19 del d. lgs n. 231 del 2001.

In tale quadro di riferimento si pone la sentenza “Uniland” delle Sezioni unite della Corte di cassazione.

Il presupposto dal quale le Sezioni unite hanno preso le mosse è quello per cui per risolvere i problemi derivanti dal rapporto tra il sequestro/confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001 e la procedura fallimentare sono necessari, da una parte, una impostazione diversa da quella seguita dalla sentenza “Focarelli”, nonché, dall'altra, il superamento dell'assunto secondo cui non vi sarebbero disposizioni legislative in materia, atteso che, invece, quantomeno per le ipotesi di sequestro/confisca in danno degli enti, l'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001, se esaminato, nella sua lettera e nella sua logica, consente una ricostruzione precisa dell'istituto del sequestro/confisca e una coerente soluzione del rapporto tra tale istituto e la eventuale procedura fallimentare a carico dell'ente.

Evidenziato come dalla lettura del testo dell'art. 19 del d. lgs n. 231 del 2001 emerga una connessione tra la misura cautelare reale e la confisca simile a quella disciplinata dall'art. 321, comma 2-bis, cod. proc. pen., nel senso che il regime del sequestro segue quello della confisca, la Sezioni unite hanno innanzitutto chiarito che:

- la confisca disciplinata dal decreto legislativo n. 231 del 2001 è una vera e propria sanzione principale, obbligatoria ed autonoma (Sez. un., 17 marzo 2008, n. 26654, Fisia Impianti);

- il sistema sanzionatorio previsto per gli enti dal d.lgs. n. 231 del 2001 fuoriesce dagli schemi tradizionali incentrati sulla distinzione tra pene e misure di sicurezza, tra pene principali e pene accessorie, e mira a stabilire uno stretto rapporto funzionale tra la responsabilità accertata e la sanzione da applicare;

- questo rapporto è ravvisabile non solo per la confisca del prezzo e del profitto del reato, ma anche per quella di valore prevista dal comma 2 dell'art. 19 d.lgs. 231 del 2001;

- la confisca diretta del prezzo o del profitto del reato, prevista dall'art. 19 del d.lgs n. 231 del 2001, è obbligatoria;

- anche la confisca di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato, prevista dal comma 2 del più volte citato art. 19, ha natura obbligatoria e non facoltativa, atteso che il termine "può", utilizzato dal legislatore segnala *“non la facoltatività o la discrezionalità della ablazione, quanto, piuttosto, il carattere eventuale della confisca per equivalente in relazione alla non scontata sussistenza dei due presupposti attinenti alla impossibilità di procedere alla confisca diretta del profitto ed alla necessità di individuare altri beni appartenenti all'ente responsabile”*;

- il sequestro ha lo stesso regime di obbligatorietà della confisca.

4.1. (segue). I limiti al sequestro ed alla confisca: i terzi titolari di diritti

La Corte ha tuttavia evidenziato come l'esercizio del potere ablatorio e, conseguentemente, di disporre il sequestro, ancorchè obbligatorio, sia limitato, avendo il legislatore fatti salvi i diritti del danneggiato dal reato ed i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

Si tratta di limiti che operano anche per la confisca di valore, ancorchè la clausola di salvaguardia non sia espressamente reiterata anche al comma 2 dell'art. 19 cit.

Secondo le Sezioni unite, i diritti salvaguardati devono identificarsi solo con il diritto di proprietà del terzo- se acquisito in buona fede-, oltre agli altri diritti reali insistenti sui beni, mobili o immobili, sequestrati o confiscati; la norma, si sottolinea, non fa

riferimento alla salvaguardia dei diritti di credito eventualmente vantati da terzi e ciò perché si è inteso tutelare soltanto i beni che, seppure siano provento di illecito, appartengano - "cose appartenenti", secondo l'espressione usata dall'art. 240, terzo comma, cod. pen. - a terzi estranei al reato o, meglio, all'illecito commesso dall'ente.

Secondo la Corte spetta al giudice penale, nel disporre il sequestro o la confisca, valutare se eventuali diritti vantati da terzi siano o meno stati acquisiti in buona fede e, in caso di esito positivo di tale verifica, il bene non potrà essere sottoposto né a sequestro, né a confisca: *“non vi è alcuna ragione, né normativa, né logica per ritenere che la valutazione del buon diritto del terzo spetti ad altro giudice che non sia quello al quale è demandato il compito di giudicare l'ente ed eventualmente, in caso di affermazione della responsabilità, infliggergli la sanzione prevista dalla legge”*.

4.2. (segue). I rapporti fra sequestro e confisca previsti dall'art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001 e fallimento dell'ente.

Sulla base di tale complesso quadro di riferimento le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno affrontato i temi relativi al rapporto fra sequestro/confisca ex art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001 e il fallimento dell'ente; la fattispecie portata alla cognizione delle Sezioni unite riguardava i beni di due società acquisiti alla massa attiva fallimentare e sui quali, al momento della apertura della procedura di concordato, prima, e di fallimento, poi, già gravava il vincolo imposto dal sequestro, anche per equivalente, adottato dal competente giudice per l'udienza preliminare ai sensi degli artt. 19 e 53 d.lgs n. 231 del 2001.

La Corte ha innanzitutto escluso che il fallimento della società determini l'estinzione dell'illecito previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001, condividendo l'impostazione, già maggioritaria nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui il fallimento non è normativamente previsto quale causa estintiva dell'illecito dell'ente e non è possibile assimilare il fallimento della società alla morte del reo perché una società in stato di dissesto, per la quale si apra la procedura fallimentare, non può dirsi estinta, tanto è vero che il curatore ha esclusivamente poteri di gestione del patrimonio al fine di evitare il

depauperamento dello stesso e garantire la *par condicio creditorum* mentre la proprietà del patrimonio compete ancora alla società (in tal senso, Sez. V, 16 novembre 2012, n. 4335/13, Franza, Rv. 254326; Sez. V, 2 ottobre 2010, n. 47171, Vanuzzo; Sez. V, 26 settembre 2012, n. 44824, Magiste International s.a., Rv. 253482).

La Corte ha affermato che:

- non vi è alcuna norma che vieti l'apposizione di più vincoli sugli stessi beni e la logica del sistema consente e prevede l'apposizione di più vincoli anche nel caso in cui i beni siano appartenenti a soggetti dichiarati falliti (Sez. V, 24 gennaio 2005, n. 8468, Langè, Rv. 231176; Sez. V, 30 settembre 2010, n. 42235, Montagna, Rv. 248888; Sez. III, 2 febbraio 2007, n. 20443, Sorrentino, Rv. 236846, in tema di sequestro preventivo *ex art. 12-sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modifiche dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, su beni facenti parte della massa attiva di un fallimento);

- il vincolo derivante dal sequestro finalizzato alla confisca e quello derivante dalla procedura concorsuale perseguono finalità differenti, atteso che mentre il primo mira a preservare i beni che si presume siano stati acquisiti illecitamente dall'ente e che possano, in caso di riconosciuta responsabilità dello stesso, essere oggetto di confisca, il secondo, che pure ha una valenza pubblicistica, mira a spossessare il fallito o la società fallita dei beni che costituiscono la garanzia patrimoniale del ceto creditorio, ad evitare ulteriori depauperamenti del patrimonio stesso, a garantire la *par condicio creditorum*;

- i due vincoli possono coesistere;

- in caso di apertura della procedura fallimentare, l'esistenza e il contenuto di un diritto da parte di un soggetto terzo sui beni acquisiti alla massa fallimentare è riconosciuto soltanto al momento della chiusura della procedura fallimentare;

- coloro che si insinuano nel fallimento vantando un diritto di credito non possono infatti essere ritenuti - per tale solo fatto - titolari di un diritto reale sul bene opponibile alla Stato ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 19 del decreto sulla responsabilità degli enti, perché, invece, è soltanto all'esito della procedura fallimentare e degli accertamenti ad essa connessi, "*previa vendita dei beni ed autorizzazione da parte del giudice delegato del piano*

di riparto, procedere alla assegnazione dei beni ai creditori. E' soltanto in questo momento che i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che potranno far valere nelle sedi adeguate”;

- ove il diritto del terzo sul bene venga riconosciuto all’esito della procedura fallimentare ma dopo la irrevocabilità della sentenza che dispone la confisca, il soggetto potrà valere la propria pretesa davanti al giudice della esecuzione, che, ai sensi degli artt. 665 e s. cod. proc. pen., è chiamato a risolvere, su istanza delle parti interessate, tutte le questioni che attengono alla esecuzione dei provvedimenti giudiziari definitivi (Sez. II, 12 marzo 2013, n. 25201/14, Fall. Housebuilding, Rv. 260352; Sez. II, 12 febbraio 2014, n. 10471, Italfondario s.p.a., Rv. 259347 che ha precisato che le sue ragioni il terzo può farle valere in sede di esecuzione);

- l'esecuzione della pena è infatti possibile in caso di validità del titolo esecutivo, per cui se viene riconosciuto il diritto del terzo su un bene che deve essere salvaguardato a norma di legge, il titolo che legittima la confisca in relazione a quel bene non avrà più validità e dovrà essere revocato.

4.3. (segue). L'accertamento della titolarità del diritto e della buona fede del terzo.

Sulla base dei principi esposti le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno risolto le altre due questioni loro sottoposte ed inerenti:

- al se la verifica delle ragioni dei singoli creditori, al fine di accertarne la buona fede, debba essere compiuta dal giudice penale o, invece, dal giudice fallimentare, eventualmente in applicazione analogica della disciplina dettata per i sequestri di prevenzione dal Titolo IV del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia);

- al se, qualora si ritenga che il giudice penale abbia il dovere di valutare le ragioni della procedura fallimentare e alla verifica della buona fede, la sussistenza di detta condizione debba essere provata dal creditore istante, in linea con la disciplina prevista per i sequestri di prevenzione; o invece debba ritenersi presunta, in base al principio generale di cui all’art. 1147, comma terzo, cod. civ.

La Corte ha innanzitutto ritenuto non estensibile alla confisca prevista dall'art. 19 del d. lgs. n. 231 del 2001 la disciplina dettata in tema di misure di prevenzione, secondo cui alla verifica dei crediti provvede in ogni caso il giudice delegato al fallimento perché, trattandosi di istituti diversi nelle finalità e nelle modalità applicative, non è possibile il ricorso alla interpretazione analogica.

Secondo la Corte è il giudice penale in sede di cognizione e/o di esecuzione che deve verificare, oltre la titolarità del diritto, anche l'acquisizione in buona fede dello stesso.

Sul tema le Sezioni unite, richiamando i principi già elaborati dalla giurisprudenza di legittimità, hanno chiarito che:

- terzo estraneo al reato è la persona che non solo non abbia partecipato alla commissione del reato ma che da esso non abbia ricavato vantaggi e utilità (Sez. un., n. 9 del 1999, Bacherotti, cit., Sez. II, 14 ottobre 1992, n. 11173, Tassinari, Rv 193422; Sez. III, 19 gennaio 1979, n. 3390, Ravazzani, Rv 141690);

- al requisito oggettivo costituito dalla non derivazione di un vantaggio dall'altrui attività criminosa, deve aggiungersi la connotazione soggettiva della buona fede del terzo, *“intesa come «non conoscibilità, con l'uso della diligenza richiesta dalla situazione concreta, del predetto rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso dal condannato»”* (Corte cost., n. 229 del 1974; n. 259 del 1976; n. 2 del 1987 che aveva dichiarato l'incostituzionalità delle norme che prevedevano il sacrificio del diritto dei terzi sulle cose utilizzate da altri per il contrabbando, ancorché ai primi non fosse imputabile un difetto di vigilanza);

- soltanto colui che versi in tale situazione oggettiva e soggettiva può vedere riconosciuta la intangibilità della sua posizione giuridica soggettiva e l'insensibilità di essa agli effetti del provvedimento di confisca.

Muovendo da tali premesse la Corte di cassazione ha aggiunto che *“il concetto di buona fede per il diritto penale è diverso da quello di buona fede civilistica a norma dell'art. 1147 cod. civ., dal momento che anche i profili di colposa inosservanza di doverose regole di cautela escludono che la posizione del soggetto acquirente o che vanta un titolo sui beni da confiscare o già confiscati sia*

giuridicamente da tutelare”, ed ha concluso affermando che la buona fede non può essere presunta.

Si tratta di una interpretazione che, secondo le Sezioni unite, trova avallo anche nella volontà del legislatore che, nel prevedere la confisca obbligatoria in materia di contraffazione di marchi e segni distintivi all'art. 474-bis cod. pen., introdotto dall'art. 15, comma 1, lett. c), legge 23 luglio 2009, n. 99, ha escluso la confisca delle cose appartenenti a terzi «quando questi dimostrino di non aver potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale, delle cose o la loro illecita provenienza e di non essere incorsi in un difetto di vigilanza».

Quanto all'onere della prova della buona fede, le Sezioni unite ancora una volta hanno richiamato i principi espressi dalla sentenza “Bacherotti” secondo cui *“ai terzi fa carico l'onere della prova sia relativamente alla titolarità del jus in re aliena, sia relativamente alla mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o, nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, all'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che renda scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza”* (nello stesso senso, tra le altre, **Sez. III, 16 gennaio 2015, n. 18515, Ruggeri, Rv. 263772**; Sez. I, 17 ottobre 2013, n. 68/14, Falcone, Rv 258394; Sez. III, 17 gennaio 2013, n. 9579, Longo, Rv. 254749; Sez. I, 13 giugno 2001, n. 34019, Carlà, Rv 219753;)

In tale contesto, la Corte, rivisitando in chiave critica i principi in questione, ha tuttavia precisato che essi non possono condurre a ritenere che l'onere della prova della buona fede sia del tutto a carico del terzo, perché nel processo penale, che ad oggetto l'accertamento dei fatti, il giudice, nel disporre il sequestro o la confisca, *“dovrà necessariamente accertare quale sia la titolarità dei beni e quali le modalità di acquisizione da parte dei terzi”*.

Non potendo essere configurata una inversione dell'onere della prova, pare ragionevole alla Corte pretendere *“un onere di allegazione a carico del terzo che voglia far valere un diritto acquisito sul bene in ordine agli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di appartenenza del bene e di estraneità al reato dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato”*.

4.4. (segue). La legittimazione ad agire del curatore fallimentare.

Dalla ricostruzione dell'istituto disciplinato dall'art. 19 d.lgs n. 231 del 2001, la Corte di cassazione fa discendere corollari di grande rilievo in ordine alla legittimazione ad agire del curatore fallimentare.

Secondo le Sezioni unite così come il creditore che non abbia ancora ottenuto l'assegnazione del bene alla conclusione della procedura concorsuale non può essere considerato "terzo titolare di un diritto acquisito in buona fede", vantando prima di tale momento una semplice pretesa ma non la titolarità di un diritto reale sulla *res*, allo stesso modo *“il curatore fallimentare, che è certamente terzo rispetto al procedimento sequestro/confisca dei beni già appartenuti alla fallita società, non può agire in rappresentanza dei creditori... per opporsi al sequestro ed alla confisca”*.

Il curatore, secondo le Sezioni unite, è un soggetto gravato da un *“munus”* pubblico, di carattere prevalentemente gestionale, che affianca il giudice delegato al fallimento ed il tribunale per consentire il perseguimento degli obiettivi, già indicati, propri della procedura fallimentare”.

Egli, tuttavia, *“non è titolare di alcun diritto sui beni, avendo esclusivamente compiti gestionali e mirati al soddisfacimento dei creditori e non può agire in rappresentanza dei creditori, che a loro volta, prima della conclusione della procedura, non sono titolari di alcun diritto sui beni e sono, quindi, privi di qualsiasi titolo restitutorio sui beni sottoposti a sequestro”*.

In applicazione dei principi in questione, la Corte ha escluso che il curatore fallimentare sia legittimato a proporre impugnazione avverso il provvedimento di sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni della società fallita

4.5. (segue). Gli altri principi espressi dalle Sezioni unite: la necessaria identità del reato contestato alla persona fisica con quello per il quale si procede nei confronti dell'ente.

Le Sezioni unite della Corte hanno affermato altri principi, pur non strettamente legati alle questioni rimesse.

Nella specie, agli imputati erano stati originariamente contestati i reati previsti dagli artt. 2621- 2622 e 2632 cod. civ., inclusi fra quelli che possono fungere da presupposto per l'accertamento della responsabilità dell'ente ai sensi del d. lgs. n. 231 del 2001; successivamente per due società, delle quali gli imputati avevano rivestito posizioni apicali, dopo essere state ammesse alla procedura di concordato preventivo, erano state dichiarate fallite ed agli imputati era stato contestato il delitto di bancarotta fraudolenta impropria, non incluso fra quello che consentono di procedere nei confronti dell'ente.

La questione su cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi era se l'accertamento della responsabilità dell'ente potesse continuare ad avere come reato c.d. presupposto gli originari reati contestati agli imputati e, più in generale, se l'ente potesse essere chiamato a rispondere per un reato diverso rispetto a quello per il quale si procede nei confronti delle persone fisiche e che, a seguito della modica della contestazione d'accusa, non consentiva più di procedere nei riguardi dell'ente.

In tale quadro di riferimento, le Sezioni unite hanno affermato che il reato contestato alla persona fisica deve corrispondere a quello chiamato a fungere da presupposto per la responsabilità della persona giuridica.

Si è chiarito che il fatto commesso dagli organi apicali dell'ente non solo deve essere previsto da una legge entrata in vigore prima della commissione dello stesso, ma, soprattutto, deve essere compreso nel tassativo elenco dei reati presupposto, dai quali soltanto può derivare la responsabilità amministrativa dell'ente, previsto dal d.lgs. n. 231 del 2001, e ciò in quanto “dal complesso delle norme del d.lgs. n. 231 del 2001 emerge che il sistema italiano, a differenza di altri ordinamenti giuridici, non prevede una estensione della responsabilità da reato alle persone giuridiche di carattere generale, coincidente cioè con l'intero ambito delle incriminazioni vigenti per le persone fisiche, ma limita detta responsabilità soltanto alle fattispecie penali tassativamente indicate nel decreto stesso”.

Ha precisato la Corte che le specificità e peculiarità del delitto di bancarotta societaria, che assorbono completamente il reato societario, non consentono l'operazione di scomposizione della condotta di bancarotta contestata per far derivare dal reato



societario, compreso nel catalogo dei reati presupposto - a differenza di quello di bancarotta societaria- la responsabilità amministrativa della società.

Né, si assume, a risultati diversi si potrebbe pervenire facendo riferimento al principio di autonomia della responsabilità degli enti sancito dall'art. 8 d.lgs. n.231 del 2001, limitandosi tale norma, infatti, soltanto a prevedere l'insensibilità del processo *contra societatem* alla mancata identificazione o alla non imputabilità della persona fisica e all'estinzione del reato-presupposto per causa diversa dall'amnistia.