

# PAROLA alla DIFESA

rivista bimestrale diretta da  
Beniamino Migliucci, Giorgio Spangher, Giovanni Flora



[www.parolaalladifesa.it](http://www.parolaalladifesa.it)

1  
DUEMILADICIOTTO  
gennaio-febbraio

Comitato scientifico:

A. De Caro, F. Dinacci, O. Dominioni, G. Fiandaca, L. Filippi, A. Gaito,  
M. Gallo, A. Gargani, G. Garuti, A. Giarda, F. Giunta, G. Insolera,  
A. Lanzi, S. Lorusso, V. Maiello, V. Manes, A. Manna, A. Marandola,  
N. Mazzacuva, G. Pecorella, D. Siracusano, L. Stortoni



**Pacini  
Giuridica**

La rivista **Parola alla Difesa** è un periodico online gratuito e liberamente consultabile sul sito [www.parolaalladifesa.it](http://www.parolaalladifesa.it). Oltre ai fascicoli pubblicati con cadenza bimestrale, il sito ospita gli aggiornamenti, curati dalla redazione scientifica e dal comitato di redazione, riferiti alle più recenti pronunce provenienti dalle Corti, oltre alle news relative a novità legislative in materia penale. La rivista, senza scopo di lucro, nasce da una iniziativa dell'Unione delle Camere Penali Italiane, nella persona del suo Presidente Avv. Beniamino Migliucci, e dei Proff.ri Giorgio Spangher e Giovanni Flora, i quali hanno coinvolto, nella stesura dei contributi e nei comitati, docenti, ricercatori ed avvocati. Si precisa che tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

**Peer review.** Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review* che garantisce il livello qualitativo della rivista. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori entrambi scelti dalla Direzione. Un revisore viene selezionato tra i membri del Comitato scientifico per la valutazione; l'altro, invece, tra i membri del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico. I Revisori sono scelti a rotazione, tenendo conto delle loro competenze specifiche, ed esprimono, nel rispetto dei principi di trasparenza ed autonomia, il loro parere – in forma anonima – sulla meritevolezza della pubblicazione e sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. In caso di discordanza di giudizio, è la Direzione a valutare se pubblicare il contributo. La documentazione relativa alla procedura di *peer review* è conservata dalla Direzione della Rivista.

I contributi destinati, invece, alle rubriche web “Aggiornamenti” e “News” sono sottoposti in forma anonima alla valutazione da parte di due revisori, scelti dalla Direzione, uno tra i membri del Comitato di Redazione e uno tra i membri del Comitato Scientifico per la Valutazione i quali, in forma anonima, esprimono il loro parere sulla meritevolezza della pubblicazione. La documentazione relativa alla procedura di *peer review* è conservata dalla Direzione della Rivista.

#### **DIREZIONE**

Beniamino Migliucci; Giorgio Spangher; Giovanni Flora

#### **COMITATO SCIENTIFICO**

Agostino De Caro; Filippo Dinacci; Oreste Dominioni; Giovanni Fiandaca; Leonardo Filippi; Alfredo Gaito; Marcello Gallo; Alberto Gargani; Giulio Garuti; Angelo Giarda; Fausto Giunta; Gaetano Insolera; Alessio Lanzi; Sergio Lorusso; Vincenzo Maiello; Vittorio Manes; Adelmo Manna; Antonella Marandola; Nicola Mazzacuva; Gaetano Pecorella; Delfino Siracusanò; Luigi Stortoni

#### **CONSIGLIO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE**

Lucian Chiriac; Artan Hoxha; Carlos Japiassu

#### **CONSIGLIO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE**

David Brunelli; Piermaria Corso; Piero Gualtieri; Carlo Guarnieri; Roberto Guerrini; Luigi Kalb; Lucio Monaco; Gaetana Morgante; Gustavo Pansini; Costantino Visconti

#### **COMITATO DI REDAZIONE**

Fabrizio Galluzzo; Gherardo Minicucci

Valerio Aiuti; Gabriele Aronica; Davide Bianchi; Andrea Borgheresi; Ersi Bozheku; Pasquale Bronzo; Andrea Chelo; Antonella Ciraulo; Guido Colaiacovo; Irma Conti; Giuseppe Della Monica; Laura Dipaola; Federico Emiliani; Costanza Fenyes; Martina Galli; Luana Granozio; Luigi Ludovici; Edoardo Mazzantini; Ottavia Murro; Gherardo Pecchioni; Matteo Piccirillo; Gianrico Ranaldi; Fabio Stancati; Giuseppe Tabasco; Fabio Varone

# Indice

## Editoriale

MASSIMO LUCIANI, *L'avvocatura e la Costituzione* ..... p. 3

## Opinioni

ADELMO MANNA, *I “confini mobili” dell’associazione per delinquere di stampo mafioso ovvero della cd. concezione antropomorfa della norma penale* ..... » 17

LUANA GRANOZIO, *La Giustizia nei programmi per le elezioni del 2018* ..... » 25

## Dal Parlamento/Al Parlamento

COSTANZA FENYES, *Il disegno di legge in materia di reati agroalimentari* ..... » 43

## Dalle Corti

Cass. pen., Sez. V, 23 giugno 2017 (dep. 01/08/2017), n. 38396, con nota di ERSI BOZHEKU, *Continua il restyling della Cassazione in ordine al delitto di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare per distrazione: alcune annotazioni in tema di dolo*» 51

Cass. pen., S.U., 30 novembre 2017 (dep. 4 gennaio 2018), n. 111, con nota di SILVIA ASTARITA, *Misure di prevenzione personale ed accertamento in concreto ed attuale della pericolosità qualificata* ..... » 79

Cass. Pen., Sez. III, 5 dicembre 2017 (dep. 19 dicembre 2017), n. 56451, con nota di MATTEO PICCIRILLO, *La confisca per equivalente dei beni del coindagato di reati tributari commessi nell’interesse della società* ..... » 87

Cass. Pen., Sez. III, 30 gennaio 2017 (dep. 7 novembre 2017), n. 50619, con nota di SARA PALANDRI, *La “doppia valenza” della recidiva reiterata e le ricadute sulla disciplina della prescrizione* ..... » 95

## Focus

*Intercettazioni e diritto difesa alla luce della Riforma Orlando*

A cura di RINALDO ROMANELLI

I principi ispiratori di uno *ius novum* difficile: ancora la parola alle circolari, di Carlotta Conti – L’annotazione ex art. 267, comma 4, c.p.p. come strumento per le parti di conoscenza del materiale intercettato, di Patrizia Caputo – Limiti all’accesso della difesa alle intercettazioni: una soluzione inefficace per la privacy che viola i principi del giusto processo, di Giuseppe Milicia – La (pre)selezione ad opera

della polizia giudiziaria nell'economia complessiva della riforma, di Silvia Renzetti e Daniele Vicoli – La tutela dell'irrilevante, di Stefano Montone – La “riforma delle intercettazioni” e l'occasione mancata per tutelare le istanze difensive dai suoi (ab)usi, con specifico riferimento ai delitti c.d. di “criminalità organizzata”, di Giuseppe Di Cesare..... »	101
<b>Stanza di Gaetano</b> ..... »	133
di GAETANO PECORELLA	

# L'avvocatura e la costituzione\*

Editoriale

MASSIMO LUCIANI

**SOMMARIO:** 1. La questione. – 2. L'avvocatura nei lavori preparatori della Costituzione. – 3. La giurisprudenza costituzionale. – 4. La Convenzione EDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. – 5. Alcuni dati di diritto costituzionale comparato. – 6. Ipotesi di ulteriore formalizzazione del riferimento all'avvocatura nella Costituzione. – 7. Osservazioni conclusive.

## 1. La questione.

La Costituzione fa *esplicito* riferimento agli avvocati quattro volte: all'art. 104, comma 4 (“*Gli altri componenti [del Consiglio Superiore della Magistratura] sono eletti [...] per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio*”); all'art. 106, comma 3 (“*Su designazione del Consiglio superiore della magistratura possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori*”); all'art. 135, comma 2 (“*I giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni di esercizio*”); all'art. 135, comma 6 (“*L'ufficio di giudice della Corte è incompatibile con quello di membro del Parlamento, di un Consiglio regionale, con l'esercizio della professione di avvocato e con ogni carica ed ufficio indicati dalla legge*”).

Si tratta di un dato significativo, che dimostra la considerazione che i Costituenti (molti dei quali, del resto, erano anch'essi avvocati) ebbero per l'avvocatura. Quel che più conta, però, è l'attenzione *implicita* che all'avvocatura la Costituzione ha riservato, quando, all'art. 24, ha disposto che “*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedi-*

---

\* Intervento in occasione dell'Inaugurazione dell'anno giudiziario del Consiglio Nazionale Forense, Roma, 9 febbraio 2018.

mento” (comma 2) e che “*Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione*”.

Nell’interpretazione datane dalla Corte costituzionale in un’importante pronuncia della fine degli anni Settanta, relativa soprattutto alla difesa penale, ma di portata senz’altro più ampia (si tratta della sent. n. 125 del 1979, dovuta alla penna di Alberto Malagugini, egli stesso, in passato, avvocato), l’art. 24 Cost. ha come finalità “essenziale” quella di “*garantire a tutti la possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni*” (par. 3). È proprio in forza di questa essenzialità che “*Per il nostro ordinamento positivo, il diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali si esercita, di regola, mediante l’attività o con l’assistenza del difensore, dotato di specifica qualificazione professionale, essendo limitata a controverse ritenute di minore importanza ovvero a procedimenti penali per reati cosiddetti bagatellari la possibilità che la difesa venga esercitata esclusivamente dalla parte*” (par. 4). La tendenza, pertanto, è stata quella di assicurare all’imputato “*il massimo di assistenza tecnica*” (par. 5) e, poiché corollario dell’inviolabilità del diritto di difesa è la sua irrinunciabilità (par. 7), le norme che impongono all’imputato di munirsi dell’assistenza di un difensore tecnico non contrastano con l’art. 24 Cost., ancorché non costituiscano “*una scelta legislativa costituzionalmente obbligatoria*” (par. 8). Come si vede, da questa pronuncia si desume che la Costituzione, pel solo fatto di aver riconosciuto il diritto di difesa, ha riconosciuto anche l’essenzialità del ruolo della difesa tecnica, sebbene (ovviamente nei limiti della ragionevolezza) al legislatore sia consentito prescindere in determinate fattispecie.

La questione dell’essenzialità o meno della difesa tecnica è fondamentale per bene intendere quale sia la posizione attuale dell’avvocatura nel quadro costituzionale. L’importante sent. n. 125 del 1979, ora ampiamente commentata (e particolarmente delicata, perché resa in una fattispecie in cui un imputato aveva rifiutato non solo la difesa, ma l’intero processo, contestando la “giustizia di regime”), si inserisce in un più ampio filone nel quale si incontrano numerose altre pronunce. Limitandosi alle più significative, si possono ricordare:

- a) la sent. n. 46 del 1957, nella quale si è affermato che “*il diritto della difesa [...], intimamente legato alla esplicazione del potere giurisdizionale e alla possibilità di rimuovere le difficoltà di carattere economico che possono opporsi [...] al concreto esercizio del diritto medesimo, deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti. Così il compito della difesa assume una importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale, tanto da poter essere considerato come esercizio di funzione pubblica [...]*”;
- b) la sent. n. 120 del 1972, nella quale si è detto, addirittura, che “*le prestazioni del procuratore legale sono dall’ordinamento considerate servizio di pubblica necessità e costituiscono, normalmente, strumento necessario per l’esercizio del diritto di difesa garantito dalla Costituzione (art. 24)*”;
- c) la sent. n. 184 del 1974, in cui s’è detto che l’art. 24 Cost. “*enuncia, in termini generali, un fondamentale principio di amplissima portata, senza peraltro distinguere tra i diversi*

- tipi di giudizi e tra le varie fasi rispettive, né comunque accennare al rapporto tra difesa personale e difesa tecnica, e senza che sia dato desumerne, con riferimento a tutti i giudizi ovvero ad alcune categorie di essi, l'inderogabile necessità della presenza attiva del difensore (che - come questa Corte ha già avuto occasione di affermare con la sentenza n. 62 del 1971 - rappresenta, evidentemente, rispetto al diritto alla difesa, in genere, ed allo stesso diritto alla difesa tecnico-professionale, in particolare, qualcosa di più, che pertanto la legge può, ma non deve, prescrivere con riguardo a determinate ipotesi)";*
- d) la sent. n. 99 del 1975, la quale ha espressamente riconosciuto il rilievo, *"accanto alla difesa tecnica, cui attende il difensore"*, dell'autodifesa, *"che ha riguardo a quel complesso di attività mediante le quali l'imputato è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo"*, tanto che, per la Corte, *"l'uno e l'altro aspetto del diritto di difesa trovano puntuale riscontro nell'art. 24, comma secondo, della Costituzione che [...] tutela l'autodifesa, non meno della difesa tecnica, quale diritto primario dell'imputato, immanente a tutto l'iter processuale, dalla fase istruttoria a quella di giudizio, sino al momento di chiusura del dibattimento, in cui l'imputato deve avere per ultimo la parola"*;
- e) La sent. n. 188 del 1980, ove si affronta l'ipotesi in cui l'imputato avanzi la richiesta di autodifendersi (ipotesi che è diversa da quella del complessivo rifiuto della difesa in giudizio e del processo che era all'origine invece della sent. n. 125 del 1979), affermando che *"Il cosiddetto «rifiuto del processo» e della giustizia del nostro Stato è un atteggiamento tutto politico di alcuni imputati, che di per sé non può assumere alcun rilievo formale rispetto al corso, alle forme, alle garanzie ed all'attuazione anche coercitiva della giustizia penale. Nella logica dell'ordinamento giuridico, rifiuto di difendersi e volontà di autodifendersi sono ugualmente qualificabili come scelte, non importa se attive o negative, concernenti il modo di avvalersi dei diritti inviolabili e irrinunciabili, che l'ordinamento (indipendentemente dagli atteggiamenti verso di esso) ricollega alla formale posizione di imputato. Né l'uno né l'altro tipo di scelta è pregiudicato dalla nomina obbligatoria del difensore d'ufficio, posto che questa non incide in nessun modo sulla partecipazione (o non partecipazione) dell'imputato al processo, non ne impegna la personalità, ed è in ogni caso preordinata alla completezza del contraddittorio processuale, nell'interesse dell'imputato stesso ed in modi che, pur non definiti da norme processuali vincolanti, non possono non tenere conto delle scelte defensionali del vero titolare del diritto di difesa, appunto l'imputato"*;
- f) la sent. n. 498 del 1989, ove si dice che l'esigenza del difensore nel processo è *"assoluta ed inderogabile perché introduce un protagonista senza il quale, specie e tanto più nel nuovo processo, esso non può, da un certo momento in poi, nemmeno proseguire. In realtà, l'imposizione all'imputato di un difensore, persino suo malgrado, mira ad assicurargli quelle cognizioni tecnico-giuridiche, quell'esperienza processuale e quella distaccata serenità, che gli consentono di valutare adeguatamente le situazioni di causa, in guisa da tutelare la sua più ampia libertà di determinazione nella scelta delle iniziative e dei comportamenti processuali"*;
- g) l'ord. n. 421 del 1997 (poi richiamata dall'ord. n. 182 del 2001), ove si afferma che *"su un diverso terreno rispetto alla difesa tecnica si colloca il parallelo diritto all'autodifesa,*

*operante nell'ambito del principio del contraddittorio [...]*". Un cospicuo *corpus* giurisprudenziale, come si vede, nel quale l'importanza della difesa tecnica risalta con nettezza.

In armonia con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale risulta quella parte della dottrina che ha evidenziato come "nel sistema di una Costituzione, la quale colloca la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo tra i compiti fondamentali della Repubblica e ripetutamente sottolinea la priorità della libertà e della dignità umane, l'assoluzione dell'innocente e la condanna del colpevole alla sola pena giusta, non ad una pena più grave, rappresentano obiettivi la cui realizzazione non può essere lasciata nella disponibilità dell'imputato. Dato ciò, e dato altresì che la presenza nel processo di un difensore, ancorché ostacolato nella sua azione dalla non collaborazione o addirittura dall'ostruzionismo dell'assistito, può solo contribuire alla realizzazione di quegli obiettivi, bisogna ritenere che, quando l'imputato omette di designare un difensore di fiducia e respinge la nomina di un difensore d'ufficio perché non vuole difendersi né essere difeso, l'articolo in esame 2° comma non solo non gli garantisce l'efficacia di un tale rifiuto, ma anzi esige che un difensore gli venga comunque assegnato e che costui possa esplicitare ogni azione che ritiene utile alla difesa" (M. SCAPARONE, *Art. 24, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1981, 91 sg.)

Tale essendo il quadro costituzionale, e considerato che la difesa tecnica è *naturaliter* apprestata da un avvocato (è ben possibile che in casi eccezionali possa essere assicurata da un magistrato, come nei procedimenti innanzi la sezione disciplinare del CSM, mentre la Corte costituzionale ha escluso che possa esserlo da un ufficiale delle forze armate di grado inferiore, non necessariamente in possesso di preparazione tecnico-giuridica: sent. n. 320 del 1983), ci si può chiedere se l'attenzione per l'avvocatura non meriti d'essere ulteriormente formalizzata ed esplicitata nel testo della Costituzione.

Per rispondere a questo interrogativo è bene ampliare la prospettiva di analisi.

## 2. L'avvocatura nei lavori preparatori della Costituzione.

Il dibattito in Assemblea Costituente - tanto nel *Plenum* quanto nelle Sottocommissioni - mostra bene l'indubbia peculiarità delle funzioni svolte, nel nostro ordinamento, dall'avvocato. La pregnanza dell'attività esercitata dall'avvocato emerse soprattutto in due momenti del dibattito: quando si discusse del diritto di difesa in giudizio e quando si discusse della composizione di alcuni organi costituzionali e di rilievo costituzionale.

Quanto alla discussione sul diritto di difesa, basterà ricordare un paio di passaggi importanti.

- i) La proposta emendativa dell'art. 4, comma 2, per come presentato dai relatori La Pira e Basso, che l'On. Mastrojanni presentò in Prima Sottocommissione (*Atti Ass. Cost., Prima Sottocommissione*, Sed. 17 settembre 1946, pp. 51 sgg.). Quella proposta ("*La difesa è garantita in ogni grado e stato processuale, in ogni tempo e davanti a qualsiasi giurisdizione. Essa è affidata solo agli avvocati*") era motivata dalla constatazione che innanzi i tribunali militari di guerra la difesa a mezzo di avvocato era spesso preclusa, sicché doveva risultare chiaro in Costituzione "il concetto che la difesa *per mezzo di avvocato*



è garantita in ogni tempo e davanti ad ogni giudice” (cors. mio). La proposta non fu, però, accolta. L’On. Dossetti, infatti, rilevò che quella formulazione non avrebbe in ogni caso superato l’inconveniente segnalato dall’On. Mastrojanni e che, a tal fine, sarebbe stato necessario parlare espressamente di garanzia attraverso difensori di fiducia. Tanto, però, poteva essere – a parere di Tupini – “*pericoloso*”. La Prima Sottocommissione, quindi, approvò in quella seduta la formula proposta dall’On. Mancini (“*La difesa processuale è un diritto inviolabile*”), con l’aggiunta della locuzione “*in ogni stato o grado di giurisdizione*”.

- L) Gli interventi di La Rocca e di Persico in Assemblea, il 26 novembre 1947 (*Atti Ass. Cost.*, vol. IX, pp. 2515 sgg.) quando si discusse del diritto di difesa dei non abbienti. In particolare, La Rocca osservò che “*Il povero, in giudizio, deve avere qualcuno che lo sostenga, con calore, con fede. E questo bisogno è stato sentito e tradotto in formule giuridiche, in tutte le legislazioni [...] Per la legislazione romana, una favola triste suona, secondo la quale l’esercizio forense sarebbe stato una spoliazione e una rapina: esso era honorificum munus; e sorse come insegna e come scudo del diritto, finché, per abusi intervenuti, la famosa legge Cinzia proibì il compenso e impose il gratuito. L’avvocato (vir bonus, dicendi peritus) era chiamato dalla voce dell’affetto o del sangue, accanto al reo, nell’ora della sciagura. E il rostro, da cui si dilatava la musica verbale dei grandi oratori, era un po’ la casa sicura dei più deboli*”. Persico, invece, affermò: “*io credo che si potrebbe istituire un’avvocatura per i poveri. [...] Rendendo obbligatorio per tutti i professionisti, come titolo onorifico e come corrispettivo di tutte le cause che sono pagate dagli abbienti, di assumere a turno, secondo le specializzazioni, la difesa dei poveri*”.

Anche quanto al secondo profilo (nel quale il rilievo costituzionale dell’avvocato emerge quando l’appartenenza alla categoria, specie se per un periodo prolungato, assurge - non a caso - a requisito per la nomina a membro di organi costituzionali o di rilievo costituzionale) ci si può limitare all’essenziale.

Interessano, qui, soprattutto due interventi a proposito di quello che sarebbe poi divenuto l’art. 106, comma 3, Cost. (in cui, come già ricordato, si prevede che possono essere nominati all’ufficio di consigliere di cassazione avvocati che abbiano quindici anni di esercizio e siano iscritti negli Albi speciali per le giurisdizioni superiori).

Il primo è quello dell’On. Conti alla seduta del 26 novembre 1947 (*Atti Ass. Cost.*, vol. IX, pp. 2510 sg.): “Non si può vietare che avvocati insigni, che uomini di grande altezza intellettuale, passino alla Magistratura dalla professione. Sono convinto della importanza di questo principio: che nella Magistratura dovrebbero avere ingresso elementi che escano anche dalla professione di avvocati, perché la Magistratura ha bisogno di elementi esperti, preparati con l’esercizio dell’avvocatura. Disse un giorno qui un grande avvocato della parte politica alla quale io appartengo, Antonio Pellegrino: «il giudice prendetelo fatto», cioè formato, cioè preparato alla grande funzione del giudicare. La classe degli avvocati può dare alla Magistratura ottimi elementi”.

Il secondo è quello dell’On. Abozzi alla seduta del 12 novembre 1947 (*Atti Ass. Cost.*, vol. IX, p. 1979): “è fatto incontestabile che l’avvocato coopera all’amministrazione della giustizia, ma poiché al grado di Consigliere di cassazione il magistrato arriva dopo una vita

impiegata a servir la giustizia, è giusto che l'avvocato sia designato all'alta funzione dopo una vita spesa a servir la giustizia”.

Entrambi questi interventi testimoniano che alla Costituente si era consapevoli dell'essenzialità dell'opera dell'avvocato per il funzionamento del sistema- giustizia nonché del suo valore anche pubblicistico, che è sempre presente nonostante la natura privata e pienamente *libera* (in quanto assistita dalle garanzie dell'art. 33 Cost.) della professione forense (sul punto cfr., ad es., G. ZAGREBELSKY, *L'autodifesa di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 858).

### 3. La giurisprudenza costituzionale.

Anche la giurisprudenza costituzionale, oltre a valorizzare - come s'è visto - la sua utilità, riconosce la peculiarità della funzione dell'avvocato.

Già nella sent. n. 137 del 1975 la Consulta ha rilevato che *“Gli avvocati e procuratori in vista e per il fatto dell'esercizio della professione, si trovano in una posizione che ha aspetti di peculiarità che oggettivamente la differenziano da quella di tutti gli altri prestatori d'opera intellettuale, in ordine alla corresponsione della remunerazione loro dovuta (sentenza n. 132 del 1974), ed è certamente diversa rispetto a quella di tutti gli altri cittadini. Sono essi, infatti, tenuti a superare esami di Stato o avere determinati requisiti o anzianità qualificanti, per potere essere iscritti agli albi e per potere esercitare la professione; e sono ancora tenuti, e tra l'altro, ad osservare nello svolgimento della loro attività norme anche non scritte, sottostando quindi circa la loro condotta e sotto il profilo deontologico, al controllo del consiglio dell'ordine competente. E tali condizioni, limiti e limitazioni risultano posti a tutela dell'interesse di tutti i cittadini ed in particolare di quelli (che a loro volta possono anche essere dei professionisti legali) che agli avvocati e procuratori si rivolgono per la difesa e rappresentanza in sede giudiziale o nella materia extragiudiziale”*.

Nella sent. n. 171 del 1996, poi, sono stati riconosciuti *“l'impegno e lo scrupolo deontologico con cui avvocati e procuratori assolvono quotidianamente una funzione insostituibile per il corretto svolgimento della dinamica processuale”*, nonché i *“meriti storici che l'avvocatura ha acquisito anche fuori delle aule di giustizia, contribuendo alla crescita culturale e civile del Paese e, soprattutto, alla difesa delle libertà”*.

Che quella forense sia una professione assai peculiare, in quanto collegata a un valore costituzionale fondamentale quale la difesa in giudizio (si noti che proprio il diritto di difesa è - dopo quello alla salute, tale proclamato direttamente dall'art. 32 Cost. - il primo che la giurisprudenza costituzionale abbia qualificato “fondamentale”: sent. n. 46 del 1957), è dunque un dato acquisito alla giurisprudenza della Corte.

Peculiarità del ruolo, nondimeno, non significa inserimento nell'organizzazione dei pubblici poteri, perché - come accennato - il profilo di libertà disegnato dall'art. 33 Cost. non può essere cancellato. Nondimeno, non può non notarsi la singolare motivazione dell'ord. n. 359 del 1999, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proposto da un avvocato nei confronti della Corte di cassazione, che avrebbe leso le sue prerogative costituzionali. In quel caso,

infatti, l'inammissibilità non venne radicata nell'insussistenza del requisito soggettivo della qualità di "potere dello Stato" (che – pure – nell'ordine delle pregiudiziali avrebbe dovuto essere scrutinata per prima), bensì nell'assenza del "tono costituzionale" del conflitto. Infatti: *"il ricorrente, sotto la veste di conflitto per menomazione della funzione del difensore, propone in realtà censure relative alla correttezza giuridica di decisioni assunte dalla Corte di cassazione in tema di validità della procura speciale, di condanna del difensore alle spese del giudizio e di correzione di errore materiale, non suscettibili di configurare esorbitanze dai limiti propri della giurisdizione, e dalle quali solo come riflesso discende la lamentata menomazione della funzione del difensore"*. Questa motivazione, peraltro, non è imputabile a un eccesso di valorizzazione della funzione pubblicistica dell'avvocatura, ma alla notevolissima ampiezza della nozione di "potere dello Stato" ai sensi dell'art. 134 Cost. che è stata costruita dalla giurisprudenza costituzionale (che rende assai difficile negare la relativa qualità soggettiva).

#### 4. La Convenzione EDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.

Altri importanti dati di diritto positivo, per limitarsi al contesto regionale europeo, si evincono dall'art. 6 della Convenzione EDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.

Quanto alla CEDU, l'art. 6, rubricato "Diritto a un equo processo", sancisce al primo comma il diritto alla tutela giurisdizionale, stabilendo che *"Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge [...]"*.

Il secondo comma enuncia il principio di non colpevolezza sino a prova contraria, mentre il terzo comma specifica il contenuto del diritto alla tutela giurisdizionale in ambito penale attraverso un elenco di guarentigie, prevedendo, tra l'altro, che la persona accusata abbia diritto di *"b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa"* e *"c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia"*.

La disposizione riportata si segnala perché:

- esplicita che la "difesa tecnica" rappresenta un contenuto imprescindibile del diritto di difesa;
- riconosce che la difesa tecnica deve essere affidata a un "avvocato", ovvero a uno specialista dell'attività forense;
- evidenzia che l'attività dell'avvocato non è solamente oggetto di un diritto individuale, ma è anche espressione dell'interesse generale e della collettività all'amministrazione della giustizia, sicché è la stessa pretesa dello Stato alla repressione degli illeciti e alla soluzione delle controversie civili a presupporre il ruolo dell'avvocato.

Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo emergono alcune ulteriori e specifiche indicazioni circa il ruolo e la funzione dell'avvocato.

In primo luogo, nella dec. 12 luglio 1984, *Can c. Austria*, è stato escluso che la Convenzione EDU abbia fissato una dicotomica alternativa tra “difesa personale” e “difesa tecnica”. Al contrario, ivi si è osservato che la Convenzione garantisce “*il diritto a difendersi personalmente inter alia attraverso l'assistenza legale di propria scelta*” (§ 54, enfasi nell'originale). Nella medesima sentenza, poi, si specifica che l'attività del patrocinatore legale (“*defence counsel*”, ma oltre è usato anche il termine “*lawyer*”) non include solamente la preparazione del processo, ma anche “*il controllo della legittimità di ogni misura assunta nello svolgimento del procedimento investigativo*” anche nelle “*prime fasi*” del processo (§ 55; cfr. anche sent. 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*; 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia*).

In questa prospettiva, il diritto di un accusato di essere “*effettivamente difeso da un avvocato è una delle caratteristiche fondamentali dell'equo processo*” (sent. 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*).

Ancora in riferimento alla possibilità di stare in giudizio “in proprio”, la Corte, nella sent. 15 novembre 2007, *Galstyan c. Armenia*, ha specificato che la facoltà di difendersi personalmente non è assoluta, in quanto “*gli interessi della giustizia*” possono imporre l'esercizio della difesa tecnica (ad esempio quando si ritiene che una persona sia stata indotta a tale scelta con dolo o violenza; § 91).

Più in generale, la Corte EDU ha affermato (in sintonia con la nostra Corte costituzionale, si noterà) che l'imposizione di una difesa tecnica non è in contraddizione con la Convenzione e che è rimesso al margine di apprezzamento degli Stati verificare se tale imposizione garantisca adeguatamente il diritto di difesa (sent. 15 novembre 2011, *Correia de Matos c. Portogallo*). In questo senso, l'interesse della giustizia può comportare la nomina di un ulteriore difensore da parte del giudice, da aggiungere al singolo professionista o al collegio difensivo scelto dalla parte (ad esempio quando nessuno dei difensori scelti abbia il proprio domicilio professionale abituale nel distretto dell'autorità giurisdizionale; sent. 25 settembre 1992, *Croissant c. Germania*, § 29) e può anche imporre un'assistenza legale particolarmente qualificata, laddove la natura del procedimento sia talmente particolare da giustificare la riserva della difesa ad avvocati specialisti (cfr. sent. 26 luglio 2002, *Meftah c. Francia*, § 47).

Devono essere segnalate, altresì, le pronunce in cui la Corte ha posto l'accento sulla particolare “*indipendenza della professione legale*” (sent. 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Svizzera*, § 41), che impedisce allo Stato di interferire nei rapporti tra difensore e assistito, se non nel caso in cui risulti che l'avvocato ometta di adempiere al proprio mandato professionale, nel qual caso lo Stato deve intervenire per assicurare l'effettività dell'assistenza legale (sent. 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*; 10 ottobre 2002, *Czekalla c. Portogallo*, §§ 65 – 71; 21 aprile 1998, *Daud c. Portogallo*, § 38, in cui si afferma che le autorità pubbliche sono tenute, secondo l'art. 6, comma 3, lett. c), della Convenzione, a intervenire se vengono a conoscenza di una negligenza - “*failure*” - tale da compromettere l'effettività del diritto di difesa).

In conclusione, dall'esame della giurisprudenza della Corte EDU, emerge che anche al livello dell'ordinamento convenzionale il ruolo dell'avvocato risulta essere centrale nell'esercizio della funzione giurisdizionale (civile, penale, etc.), in quanto assicura, in posizione di indipendenza dai pubblici poteri, l'effettività del diritto di difesa della persona privata e l'interesse alla corretta amministrazione della giustizia.

Quanto al diritto dell'Unione europea, l'art. 47 della Carta di Nizza, rubricato "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", stabilisce al comma 2, secondo periodo, che "*Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare*" nell'esercizio del diritto di difesa e tutela giurisdizionale, mentre il successivo comma 3 specifica che "*a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia*".

L'anzidetta disposizione non menziona espressamente la figura dell'avvocato o l'attività di assistenza legale specialistica. Nondimeno, com'è indicato dalle "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali" (Atto 2007/C 303/02, pubbl. in GUUE 14 dicembre 2007, C 303/17), "*il secondo comma*" dell'art. 47 "*corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1 della CEDU*" (cfr. anche CGUE, 10 agosto 2017, C-270/17, *Tupikas*; EU:C:2017:628, § 6). Dato che, come si è visto *supra*, il diritto di difesa e tutela giurisdizionale contemplato dall'art. 6 CEDU comporta anche l'assistenza di un professionista del settore legale, si deve ritenere che anche nell'ambito della c.d. Carta di Nizza trovi riconoscimento la peculiare funzione dell'avvocato.

Tale circostanza è confermata dalla "Risoluzione del Parlamento europeo sulle professioni legali e l'interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici" (atto P6-TA(2006)0108), in cui:

- si ricorda come la giurisprudenza della Corte di giustizia UE abbia riconosciuto "*l'indipendenza, l'assenza di conflitti di interesse e il segreto/confidenzialità professionale quali valori fondamentali nella professione legale che rappresentano considerazioni di pubblico interesse*";
- si riconosce che le professioni legali assolvono a una "*funzione cruciale [...] in una società democratica al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, lo stato di diritto e la sicurezza nell'applicazione della legge, sia quando gli avvocati rappresentano e difendono i clienti in tribunale che quando danno parere legale ai loro clienti*";
- si dice che "*qualsiasi riforma delle professioni legali ha conseguenze importanti che vanno al di là delle norme della concorrenza, incidendo nel campo della libertà, della sicurezza e della giustizia e in modo più ampio, sulla protezione dello stato di diritto nell'Unione europea*".

Come si vede, sebbene nell'ordinamento eurounitario il profilo della concorrenza e della salvaguardia degli interessi del consumatore sia prevalente (tanto da aver indotto la Corte di giustizia, come è noto, a qualificare "imprese" i liberi professionisti), la funzione esercitata dalle professioni legali per il rispetto dei diritti fondamentali emerge comunque a tutto tondo. Essa, pertanto, non può essere ricondotta alla semplice "*prestazione di servizi nel libero mercato*", ma si pone al centro del sistema di libertà, sicurezza e giustizia

che qualifica l'Unione europea come “*comunità di diritto*” (così la storica sent. CGCE 23 aprile 1986, C- 294/83, *Les Verts*, EU:C:1986:166, § 23).

Il riferimento alla disciplina convenzionale ed eurounitaria appare assai importante per intendere appieno il sistema delle garanzie del diritto di difesa, nel quale l'avvocatura giuoca il decisivo ruolo sopra descritto. Tanto, specie alla luce di alcuni recentissimi sviluppi della giurisprudenza costituzionale.

Come si legge nella sent. n. 269 del 2017, infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) “*costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione*”. In casi di questo genere, precisa l'importante sentenza costituzionale ora ricordata, “*le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentratato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei [...] anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito*”.

## 5. Alcuni dati di diritto costituzionale comparato.

Anche le esperienze costituzionali a noi geograficamente più vicine (alle quali è bene, qui, limitarsi) sono significative.

Talvolta il testo costituzionale è estremamente laconico, come accade nell'art. 74, par. 1, n. 1, del *Grundgesetz*, che si limita a dire che l'avvocatura è materia di legislazione concorrente.

Talaltra (come – si è visto – accade nella nostra Costituzione) si fa riferimento all'avvocatura per la composizione di organi costituzionali: così l'art. 65 della Costituzione francese prevede che del *Conseil supérieur de la magistrature* faccia parte un avvocato; gli artt. 122 e 159 della Costituzione spagnola stabiliscono che i componenti del Consiglio superiore del potere giudiziario e del Tribunale costituzionale sono scelti anche fra avvocati; l'art. 99 della Costituzione greca contempla la presenza di due avvocati nel Tribunale speciale chiamato a giudicare dei reati commessi dai magistrati nell'esercizio delle loro funzioni.

In altri casi, invece, si va più in là e si riconosce esplicitamente il ruolo dell'avvocatura nella difesa dei diritti costituzionali. Così l'art. 17, comma 3, della Costituzione spagnola garantisce al detenuto l'assistenza di un avvocato nel corso delle indagini di polizia e giudiziarie; gli artt. 20, comma 1, e 32, comma 3, della Costituzione portoghese stabiliscono – rispettivamente – che tutti hanno diritto al patrocinio in giudizio e a farsi accompagnare da un avvocato innanzi qualsivoglia autorità e che l'imputato ha diritto a scegliersi il difensore

e a essere da lui assistito in tutti gli atti processuali, mentre la legge stabilisce i casi in cui l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria; l'art. 105 della Costituzione tunisina stabilisce che *“La professione di avvocato è libera e indipendente. Essa contribuisce alla realizzazione della giustizia e alla difesa dei diritti e delle libertà”* (comma 1) e che *“L'avvocato beneficia delle garanzie di legge che ne assicurano la protezione e gli consentono di esercitare le sue funzioni”*.

## 6. Ipotesi di ulteriore formalizzazione del riferimento all'avvocatura nella Costituzione.

Quanto s'è detto sin qui legittima l'interrogativo di partenza e invita alla riflessione sull'opportunità di una maggiore chiarezza e completezza del riferimento costituzionale all'avvocatura.

La proposta di introdurre in Costituzione una norma dedicata all'avvocatura non è nuova nel panorama giuridico italiano e molte sono state le iniziative in tal senso. Qui è bene limitarsi, peraltro, agli approdi parlamentari.

Va ricordata, in primo luogo, la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dell'On. Pecorella, presentata alla Camera dei deputati il 26 giugno 2009, recante *“Introduzione della sezione I-bis del titolo IV della parte seconda della Costituzione, concernente l'avvocatura”* (AC 2556). Tale proposta aveva il dichiarato scopo di *“colmare una lacuna della Costituzione dando all'avvocatura quella dignità di ruolo che le compete”* (così a p. 2 della Relazione) e mirava per l'appunto a introdurre nel titolo IV (*“La Magistratura”*) della parte seconda della Costituzione, la Sezione I-bis, denominata *“Avvocatura”* e composta da due norme.

La prima, (che avrebbe dovuto diventare un art. 110-bis Cost.) così disponeva: *“L'avvocatura è un'attività privata, libera ed indipendente. La difesa è funzione essenziale in ogni procedimento giudiziario.*

*L'esercizio della professione forense è incompatibile con lo svolgimento delle funzioni di magistrato. La legge assicura alle parti un'adeguata difesa.*

*La difesa dei non abbienti, a carico dello Stato, è garantita dalle istituzioni dell'avvocatura con le modalità previste dalla legge.*

*L'avvocatura concorre, con propri rappresentanti, all'amministrazione della giustizia nelle diverse articolazioni”*.

La seconda (che avrebbe dovuto diventare un art. 110-ter Cost.) così disponeva:

*“L'esercizio della professione forense è consentito solo agli iscritti agli albi.*

*La legge determina le modalità di accesso e le condizioni di permanenza negli albi.*

*Il Consiglio nazionale forense, composto ed eletto con le forme previste dalla legge, è organo giurisdizionale in materia disciplinare”*.

Detta proposta, comunque, non ha avuto seguito.

Occorre poi menzionare il disegno di legge costituzionale (AS 1935), d’iniziativa del senatore Pera, comunicato alla Presidenza del Senato in data 15 dicembre 2009 e recante “*Nuove norme costituzionali sulla magistratura*”.

Benché l’iniziativa riguardasse l’ordinamento della magistratura, nell’articolato proposto trovava spazio anche una norma dedicata all’avvocatura.

L’art. 1 del disegno di legge – rubricato proprio “Avvocatura” – disponeva infatti che: “*All’articolo 101 della Costituzione è aggiunto in fine il seguente comma:*

«L’avvocatura è un’attività privata, libera ed indipendente e svolge una funzione essenziale in ogni procedimento giudiziario».

Nella Relazione, questa parte della proposta era motivata evocando la necessità che “all’avvocatura, nel suo complesso, come alla magistratura giudicante e alla magistratura requirente nel loro complesso, sia riconosciuta una funzione essenziale nell’amministrazione della giustizia”. Difatti, “come la terzietà del giudice implica la sua autonomia come ordine, così la parità delle parti nel processo richiede un esplicito riconoscimento del ruolo dell’avvocatura” (così a p. 4).

Anche questa proposta non ha avuto seguito.

## 7. Osservazioni conclusive.

La pur sommaria indagine condotta nelle pagine precedenti induce a concludere nel senso che anche esperienze ordinamentali molto diverse hanno purtuttavia in comune una marcata attenzione per il ruolo primario dell’avvocato nel Sistema-giustizia. Conseguentemente, sebbene la Costituzione già faccia evidente riferimento all’avvocatura, l’ipotesi di dare al dettato costituzionale una maggiore chiarezza e completezza appare più che ragionevole. In effetti, della *funzione* dell’avvocatura la Costituzione non parla esplicitamente, limitandosi – come detto

- a considerare la *professionalità* dell’avvocato come una risorsa cui attingere per la copertura di cariche pubbliche. Sembra perciò opportuno prospettare la possibilità di una novellazione del testo costituzionale, che tenga conto della complessità del ruolo dell’avvocato, per come emerso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, nel quale si sovrappongono una funzione pubblicisticamente rilevante e un evidente elemento di libertà.

Il *locus* della novella, a tutta prima, parrebbe dover essere l’art. 24 Cost., dal quale già ora, per le ragioni indicate al par. 1, emerge il ruolo dell’avvocato quale garante della protezione dei diritti costituzionali. Nondimeno, poiché quella previsione costituzionale (di icasticità e nitore irripetibili) connota un principio fondamentale che è bene lasciare intatto nell’immediatezza della sua forza prescrittiva, sembra più opportuno intervenire sul corpo dell’art. 111. Come si sa, l’art. 111 Cost. è stato novellato con l. cost. n. 2 del 1999 e si è molto discusso se il suo primo comma, con il riferimento al “*giusto processo regolato dalla legge*” abbia o meno portata innovativa. La tesi negativa (sostenuta, ad es., da S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini e C.M.



Verardi, Milano, Giuffrè, 2001, 13 ss.; L. LANFRANCHI, “*Pregiudizi illuministici*” e “*giusto processo civile*”, in AA. VV., *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino, Giappichelli, 2001, ora in ID., *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2011, spec. 494; P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca - cont. da A. Pizzorusso -, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1987, 90, 102 e *passim*) è la più convincente: già ben prima della l. cost.

n. 2 del 1999, infatti, l'espressione “giusto processo” aveva fatto da tempo la sua comparsa (accanto a “giusto procedimento”: sent. n. 86 del 1968) nella giurisprudenza costituzionale e – anzi – un paio d'anni prima della novella la Corte non solo aveva affermato espressamente che “*del principio del giusto processo*” la giurisprudenza costituzionale, “*in numerose occasioni, [aveva] definito i profili sulla base delle disposizioni costituzionali che attengono alla disciplina delle giurisdizioni*” (sent. n. 306 del 1997), ma aveva anche ricondotto a quel principio il diritto alla difesa tecnica (ord. n. 421 del 1997). Quella dell'art. 111 Cost., pertanto, appare una sede corretta per un'eventuale novellazione.

Quanto ai principi di tale novellazione, dovrebbero essere i seguenti:

- a) sinteticità ed efficacia (le revisioni costituzionali degli ultimi anni, quasi sempre verbosissime, dovrebbero essere intese come esempi negativi);
- b) riconoscimento del ruolo pubblicisticamente rilevante dell'avvocatura, ma nel rispetto della natura libera della professione;
- c) limitazione dell'intervento di revisione alle sole previsioni concernenti strettamente l'avvocatura, tralasciando gli altri profili di funzionamento del sistema-giustizia (la novella dovrebbe mirare a colmare una lacuna, non a pretendere di ripensare *funditus* tutta la disciplina costituzionale della giustizia). Tali essendo i principi, la legge di revisione costituzionale potrebbe comporsi di un articolo unico, che inserisse all'art. 111, dopo i primi due commi (che riguardano tutti i processi, mentre gli attuali commi 3-5, che ora subito li seguono, sono specificamente dedicati al processo penale) i seguenti:

*“Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. In casi straordinari, tassativamente previsti dalla legge, è possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale”* (comma 3);

*“L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà e di indipendenza, nel rispetto delle norme di deontologia forense”* (comma 4).

*“La funzione giurisdizionale sugli illeciti disciplinari dell'avvocato è esercitata da un organo esponentiale della categoria forense, eletto nelle forme e nei modi previsti dalla legge, che determina anche le sue altre attribuzioni. Contro le sue decisioni è ammesso il ricorso per cassazione”* (comma 5).



# I “confini mobili” dell’associazione per delinquere di stampo mafioso ovvero della cd. concezione antropomorfa della norma penale.

**ADELMO MANNA**

**1.** Le considerazioni che seguono prendono spunto da una parte assai rilevante della sentenza di primo grado relativamente al processo cd. di Mafia Capitale<sup>1</sup>.

Come è noto, detta sentenza ha derubricato l’originaria imputazione di *416-bis* in due distinte fattispecie di associazione per delinquere semplice, l’una relativa al mondo degli affari e dunque alla corruzione e l’altra attinente più specificamente alla criminalità organizzata.

Va però rilevato che ovviamente non solo gli imputati, visto il notevole livello di pena in genere irrogato dalla sentenza agli stessi, ma quel che più qui rileva, anche la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, hanno impugnato la sentenza stessa, ma l’appello della Procura riguarda soltanto la questione di diritto, se cioè sia configurabile o no l’originaria imputazione di cui all’art. *416-bis* c.p.

Premesso quanto sopra, ciò che qui interessa evidenziare è, tuttavia, la motivazione a livello giuridico che ha indotto i giudici di primo grado alla indicata derubricazione, che infatti è avvenuta soprattutto perché si è rilevato nel corso delle motivazioni medesime che in particolare il dare spazio alla “riserva di violenza”, “intesa come violenza solo potenziale, consapevolmente prefigurata dagli associati ma rivolta al futuro, condurrebbe ad una

---

<sup>1</sup> Trib. Roma, X coll. Pen., 20 luglio 2017, n. 11730, spec. 3049 e ss. e quivi 3056, in *Guida al dir.* n. 1-2 2018 con nota di CISTERNA, “Mafia capitale e la “manutenzione” dell’articolo 416-bis”.

interpretazione estensiva non ammissibile, senza incorrere nella violazione del principio di legalità (*nullum crimen nulla poena sine lege*) oltre i limiti già ampi indicati dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alle sole mafie indicate”.

Addirittura risulta più rilevante la chiusa sul punto cui giungono i giudici di prime cure, che, conviene pertanto riportare testualmente: “in conclusione, estendere ancora l’interpretazione della norma fino ad includervi anche il concetto di riserva di violenza per le mafie non derivate, condurrebbe il Tribunale ad una operazione di innovazione legislativa della fattispecie criminosa, innovazione che – per quanto auspicabile – si collocherebbe inevitabilmente fuori dell’ambito della giurisdizione” (p. 3057).

Questo importante stralcio della motivazione in diritto della sentenza che ha concluso il processo di primo grado di Mafia Capitale, che, non a caso, è stata firmata da tutti i componenti del Collegio, a dimostrazione evidentemente della condivisione unanime di una decisione così coraggiosa, merita di essere segnalata perché appare inserirsi perfettamente nell’ambito della dottrina della separazione dei poteri di montesquieana memoria.

Una sentenza siffatta, tuttavia, dai sempre più numerosi seguaci della cd. giurisprudenza giuscreativa potrebbe essere qualificata addirittura in chiave *retrò*, nel senso quasi di riecheggiare l’antica concezione del giudice “bocca della legge” e, quindi, venata addirittura di una certa qual “ingenuità”.

Questa impressione tuttavia, a nostro avviso, si dimostra decisamente fallace giacché in realtà i giudici di prime cure hanno posto in essere la fondamentale opera di sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, ma si sono resi conto che, per rispettare la *littera legis*, evidentemente che nella loro ottica continua a costituire una norma precettiva e non puramente programmatica<sup>2</sup>, fosse necessaria una interpretazione di carattere strettamente letterale.

Questo indirizzo espresso dai giudici di prime cure, e che trova una importante sponda nell’orientamento ancora maggioritario della Suprema Corte di Cassazione<sup>3</sup>, è tuttavia stato poco tempo dopo contraddetto da una importante sentenza della Cassazione che ha invece annullato con rinvio la sentenza della Corte di Appello di Roma che aveva condannato il clan Fasciani di Ostia per il delitto di cui all’art. 416 e quindi disconoscendo il metodo mafioso<sup>4</sup>.

In particolare nelle considerazioni in diritto, la sentenza della Cassazione si colloca nell’alveo di quella giurisprudenza di legittimità che, in fattispecie di mafia non “tradi-

<sup>2</sup> Per tale ordine di idee cfr. di recente FERRUA, *L’inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti fra diritto “vigente” e diritto “vivente”*, in *Cass. Pen.* 2017, 3006 ss., che infatti giustamente rileva: “dall’idea ingenua ed utopica del giudice-bocca della legge che va semplicemente applicata e non interpretata si è giunti dopo un lungo percorso all’idea di un diritto giurisprudenziale svincolato dalla legge o, comunque, rispetto al quale la legge ha solo un valore programmatico di orientamento, di semplice punto di partenza per un autonomo percorso argomentativo”. Dallo slogan illuminista “c’è solo la legge non ci sono interpretazioni” si naviga a vele spiegate verso quello *post*-moderno di derivazione nietzschiana “non c’è legge, ci sono solo interpretazioni”; analogamente, FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell’opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, 157.

<sup>3</sup> Cfr. sul punto POMANTI, *Le metamorfosi delle associazioni di tipo mafioso e la legalità penale*, Pisa, 2018 spec. 4355; dello stesso vedi già Id., *Principio di tassatività e metamorfosi della fattispecie: l’art. 416-bis c.p.*, in *Arch. Pen.* (web), 2017, 1; RANDAZZO R., *Mafia capoccia*, in *CentoUndici*, 2018, marzo, 1055.

<sup>4</sup> Cass., sez. VI pen. n. 57896/2017, Pres. Ippolito, Rel. Capozzi, Ric. P.G. nonché Fasciani ed altri, *inedita*.

zionale”, ai fini della configurabilità del reato di associazione di tipo mafioso, ritiene che “la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita che l’incolumità personale, quanto 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 (sez. VI, n. 24535 del 10 aprile 2015, Mogliani e altri, rv. 264126). “Nello schema normativo previsto dall’art. 416-bis c.p. non rientrano 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 delle persone; *rientrano anche piccole “mafie” con un basso numero di appartenenti (bastano tre persone) [sic!], non necessariamente armate*” (corsivo aggiunto).

La sentenza continua aggiungendo che “anche una sola condotta considerata in rapporto alle sue specifiche modalità ed al tessuto sociale in cui si esplica può esprimere di per sé la forza intimidatrice del vincolo associativo” (Cass. Sez. VI n. 1793 del 3 giugno 1993, dep. 11 febbraio 1994, rv 198577).

Quanto infine alla condizione di omertà, secondo questa sentenza della Suprema Corte, non è affatto necessaria una generale e sostanziale adesione alla *sub* cultura mafiosa, “ma basta che il rifiuto a collaborare con gli organi dello Stato sia sufficientemente diffuso”.

In detta sentenza si può anche rilevare un’ulteriore “svalutazione” della forza di intimidazione, che infatti può esplicarsi anche mediante mezzi semplici come minacce di percosse rispetto a soggetti che non siano in grado di contrapporre valide difese (Cass. Sez. VI, n. 35914 del 3 maggio 2001).

La logica conclusione di questa assai diversa interpretazione riguarda il cd. controllo del territorio, nel senso che sempre secondo la Suprema Corte “non è necessaria la prova che l’impiego della forza intimidatoria del vincolo associativo sia penetrato in modo massiccio nel tessuto economico e sociale del territorio di elezione, essendo sufficiente la prova di tale impiego munito della connotazione finalistica richiesta dalla suddetta norma incriminatrice” (Cass. Sez. II, n. 24851 del 4 aprile 2017, Garcea e altri, rv. 270442).

**2.** Orbene, dal raffronto tra la sentenza che ha concluso il primo grado nel processo di Mafia Capitale e quella della Suprema Corte relativa al clan Fasciani, pur nelle ovvie differenze territoriali, possiamo però individuare due approcci ermeneutici molto diversi in rapporto al delitto di cui all’art. 416-bis c.p. e soprattutto due distinti modi di intendere il valore della *littera legis*.

Secondo la sentenza di Mafia Capitale, la *littera legis* continua a possedere un valore cogente, ovviamente non nel senso neopositivista di un’applicazione pedissequa della stessa, ma della necessità di una sua interpretazione, che tuttavia non travalichi, ai sensi degli artt. 12 e ss. delle disposizioni sulla legge in generale, il senso ed i limiti della *littera* stessa.

Non a caso nella sentenza di Mafia Capitale si sottolinea la circostanza per cui il legislatore ha utilizzato nel terzo comma dell’art. 416-bis c.p. l’indicativo “si avvalgono”, che non può non stare a significare come sia la forza di intimidazione che le condizioni di assoggettamento ed omertà conseguenti devono essere in concreto verificate, per cui il reato è semmai da qualificarsi di danno e non già di pericolo.

Secondo, invece, la sentenza della Suprema Corte nel caso Fasciani, assistiamo ad un'evidente svalutazione dei requisiti di fattispecie dell'art. 416-bis c.p., ad esempio quando si afferma che l'associazione per delinquere di stampo mafioso può essere costituita anche soltanto da tre persone, il numero esiguo delle quali rende francamente problematica la realizzazione delle condotte indicate nel terzo comma dell'art. 416-bis c.p., il che costituisce un sintomo di quello che si osservava in precedenza, cioè a dire che per quest'ultimo orientamento della giurisprudenza la norma di legge è un punto di partenza e non di arrivo e soprattutto che compito del giudice penale non è quello classico ed esclusivo di sussumere la fattispecie concreta nella fattispecie astratta<sup>5</sup>, ma, al contrario, quello di far aderire possibilmente la fattispecie astratta, estendendola oltre misura, al fatto in concreto verificatosi<sup>6</sup>.

In tal modo, però, la giurisprudenza assume inevitabilmente una funzione "giuscreativa", perché travalica la *littera legis*, dando alla stessa un significato non suo proprio, ma fortemente condizionato dalla "precomprensione dell'organo giudicante"<sup>7</sup>.

Le ragioni di tale fenomeno sono probabilmente molteplici ma, a nostro avviso, possono ridursi al fatto della sempre più scadente qualità della *lex scripta*, che infatti molto spesso, come è stato anche di recente rilevato, si dimostra più che altro un "abbozzo di legge" e che quindi inevitabilmente richiama l'intervento della giurisprudenza per completare l'opera di creazione e stabilizzazione del diritto, che il legislatore evidentemente non è stato in grado di compiere<sup>8</sup>.

Un'altra ragione di questa sostanziale crisi del principio della divisione dei poteri è una diretta conseguenza di questo stato di cose, nel senso che ovviamente quanto più uno dei poteri dello Stato è in crisi come quello legislativo, tanto più assume un peso maggiore un altro potere come, nel caso di specie, quello giudiziario, tanto è vero che di recente Massimo Donini ha identificato nella magistratura i "guardiani dell'etica pubblica"<sup>9</sup>.

In questa situazione, non appare di grande aiuto nemmeno la stessa dottrina penalistica, perché ha smarrito quella funzione di guida culturale che le veniva riconosciuta almeno fino agli anni '70 dello scorso secolo, tanto che si è smembrata in una serie di rivoli e di controtendenze che ne hanno minato la forza unitaria e cogente.

Va infine sottolineato come la stessa giurisprudenza italiana si trovi da qualche tempo a dover fare i conti con la giurisprudenza comunitaria, che già varie volte ha sconfessato la giurisprudenza nostrana, ed in particolare è ancora in discussione il punto fondamentale

<sup>5</sup> In tal senso, per tutti, ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, a cura di Baratta, Milano, 1970.

<sup>6</sup> Sembra orientarsi in tale ultima direzione, in dottrina, anche di recente, FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, spec. 114 ss.; nonché, più in generale, sul tema v. anche GROSSI P., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, che però ha cura di distinguere fra l'interpretazione "inventiva" – nel senso di cercare, e non di – negli altri rami del diritto, rispetto a quella relativa alla norma penale. Per una critica a tale prima impostazione – con riferimento, beninteso, al sistema normativo penale – e per ulteriori approfondimenti sul tema, sia consentito il rinvio a MANNA, *Corso di diritto penale parte generale*, 4°, Milano, 2017, 108 ss.

<sup>7</sup> ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, Napoli, 1983; da ultimo stigmatizza da par suo il peggioramento del diritto penale dovuto sia a una scadente qualità della *lex scripta* sia alla conseguente etero-integrazione da parte della giurisprudenza, MANTOVANI F., *Lo smembramento dei controlli sociali e degenerativi aumenti e peggioramenti della criminalità e del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, 1157 ss. e, quivi, 1169.

<sup>8</sup> Per tali giusti rilievi, cfr. FIANDACA, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, in *Criminalia*, 2015, 17 ss.

<sup>9</sup> DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014.

del se la giurisprudenza comunitaria debba o no prevalere sulla giurisprudenza dei singoli Stati dell'Unione Europea<sup>10</sup>.

Queste ci sembrano le ragioni di tali due diverse modalità interpretative della norma penale, che danno luogo a due distinte metodologie, che ormai confliggono apertamente, tanto è vero che recenti tentativi di trovare un equilibrio fra queste opposte “ideologie”, appaiono da un lato particolarmente meritevoli, ma, dall'altro, almeno a nostro giudizio, non sembrano condurre ad una reale “pacificazione”<sup>11</sup>.

**3.** Una volta tentate di individuare le complesse ragioni dell'attuale crisi della divisione dei poteri dello Stato, crediamo che risulti più utile, attraverso l'utilizzazione di una metafora, evidenziare le motivazioni che militano, a nostro avviso, contro la proliferazione della giurisprudenza giuscreativa.

Per compiere ciò, attraverso la suddetta metafora, immaginiamo che la norma penale possa essere equiparata ad una persona. Se così è, evidentemente anche la norma penale ha una sua data di nascita e, se è pur vero che la norma penale medesima, come del resto pure la persona umana si sviluppa e cresce, possiede così una dimensione assai diversa da quella della sua nascita.

Qui però, almeno a nostro avviso, sorgono i problemi, perché i tentativi di estendere oltre misura la *littera legis*, già interpretata in chiave evolutiva dalla giurisprudenza, rischia di far assomigliare la norma stessa a quei trattamenti estetici cui ricorrono taluni, cercando di modificare artificialmente il proprio aspetto fisionomico.

Si va con ciò dalla chirurgia estetica, a trattamenti meno invasivi come il botulino (*filler*), sino a trattamenti ancor meno invasivi quali la tintura dei capelli, che si badi non riguarda soltanto l'elemento femminile ma attualmente trova sempre maggiori adepti anche nel genere maschile.

In tal modo però, non v'è chi non veda l'artificialità di tali pratiche, che evidentemente cercano di fornire un aspetto alla persona diverso da quello reale.

Questa diversità però talvolta può risultare controproducente, perché, ad esempio, è noto il caso di cronaca di quell'attrice che diversi anni orsono, essendosi fatta rifare, con metodi evidentemente ancora antiquati, il seno, le scoppiò durante un viaggio aereo.

Con ciò vogliamo significare che un fenomeno simile sembra verificarsi anche rispetto alla norma penale, giacché, se la giurisprudenza continua ad estendere in chiave cripto-analogica la norma incriminatrice, adattandola alle nuove circostanze venutesi a creare, si verifica il fenomeno di cui stiamo trattando, relativo proprio al caso dell'art. 416-*bis* c.p. che, sorto nel 1982 con riguardo, in particolare, al “tipo normativo d'autore” del mafioso, attualmente trova difficoltà ad essere esteso come paradigma legislativo alle cd. mafie silenziose del centro e del nord Italia.

<sup>10</sup> Sul punto SALCINI, *L'uropeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano 2011; e, più di recente, non a caso, MANES, *Il giudice nel labirinto*, Roma 2012.

<sup>11</sup> DE FRANCESCO G.A., *Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, 1405 ss.

Per operare questo tipo di estensione, la giurisprudenza è “costretta” nel silenzio “assordante” del legislatore, inevitabilmente ad un’opera di riduzione di significato dei requisiti strutturali della fattispecie di cui all’art. 416-*bis* c.p., soprattutto nel senso di rendere i requisiti non più in atto bensì soltanto in potenza.

Con ciò però, come avviene secondo la metafora dei trattamenti estetici, ci troviamo di fronte ad una nuova norma, in quanto il reato in primo luogo non appare più di danno bensì di pericolo – sempre che sia possibile applicare tali modelli al delitto di associazione per delinquere di stampo mafioso – ed in secondo luogo lo svilimento dei requisiti strutturali di cui al terzo comma del 416-*bis* si accompagna di recente alla nuova edizione del codice antimafia ove non a caso il reato di cui all’art. 416 c.p. diventa l’anello di congiunzione per applicare le misure di prevenzione patrimoniali anche ai delitti dei p.u. contro la p.A.

In altri termini, sembra di poter rilevare come il delitto di associazione di tipo mafioso stia subendo un’opera di trasformazione, dal modello arcaico delle mafie tradizionali, dedite sostanzialmente alla violenza in un *milieu* originariamente di tipo rurale, ad un modello molto diverso, di carattere imprenditoriale, nell’ambito del quale è evidente la svalutazione degli stessi concetti di intimidazione, assoggettamento ed omertà, che devono infatti sussistere ma solo in potenza perché evidentemente, come dimostrerebbe proprio il processo di Mafia Capitale, ormai le organizzazioni criminali sono soprattutto dedite all’attività di corruzione dei pubblici poteri.

Così operando, però, abbiamo decisamente trasformato la norma base di cui all’art. 416-*bis* del codice penale e ciò spiega quindi la resistenza di settori qualificati della giurisprudenza che non per questo possono essere definiti “conservatori”, che invece oppongono a questa trasmutazione valoriale, di nietzschiana memoria, la *littera legis*, da non intendersi però come un *moloch* assoluto, cui prestare acquiescenza, bensì come una necessaria guida per l’interprete che soprattutto in materia penale non può oltre ogni misura sostituirsi al legislatore.

Tornando alla metafora da cui siamo partiti, si capisce anche perché la giurisprudenza utilizzi questi sistemi artificiali simili alla chirurgia estetica, giacché *in rerum natura* esiste soltanto un altro modo per modificare l’esistente e cioè quello di creare una norma nuova e, proseguendo nella metafora, una nuova persona.

Per compiere tutto ciò, però, come nel caso della persona, in cui è necessario o un rapporto intimo fra due individui o, al limite, l’uso di strumenti artificiali assai complessi, a ben considerare anche nel caso della norma, perché possa vedere la luce una norma nuova, è necessario individuare una maggioranza parlamentare che la produca, che è molto simile alla metafora da cui siamo partiti ovvero sia individuare un rapporto naturale o artificiale da cui possa nascere la nuova persona.

Siccome in ogni caso la nascita è un fenomeno molto complesso e che dipende da una molteplicità non preventivabile di fattori, nel caso di specie soprattutto di carattere politico, ne consegue che la strada più facile è quella di ricorrere alla...chirurgia estetica, cioè appunto rientrando nella realtà normativa, dando spazio alla giurisprudenza creativa, che così si assume l’importante compito di completare l’*iter* normativo soltanto abbozzato, co-



me di recente è avvenuto in casi emblematici quali lo scambio elettorale politico-mafioso, da un lato, e le false comunicazioni sociali, dall'altro<sup>12</sup>.

In entrambi i casi, infatti, l'intervento della giurisprudenza ha consentito di completare l'operato appena abbozzato del legislatore ma il prezzo che si è pagato è stato molto alto cioè quello della messa in crisi delle basi dello Stato moderno cioè della dottrina della separazione dei poteri statuali.

4. A questo punto giunti, per cercare di rinvenire una soluzione che possa dirsi appagante di questo conflitto endemico tra legislatore, dottrina e giurisprudenza, crediamo sia opportuno inquadrare la tematica circa il significato, sempre seguendo la metafora cd. antropomorfica, dell'intervento giurisprudenziale in chiave di supplenza e quello, viceversa, da attribuire al legislatore.

Sotto questo profilo rispondendo all'interrogativo di fondo su dove vada il diritto penale, un autorevole esponente della cultura penalistica tedesca, cioè Thomas Weigend, giustamente ha rilevato come il diritto penale sia destinato a mutare il proprio volto.

Non si tratta più infatti di un “padre severo che punisce duramente alcune infrazioni, lasciando per il resto una certa libertà per la scelta dello stile di vita; sarà piuttosto come una madre premurosa, disposta ad accompagnare ed ammonire costantemente il proprio figlio”<sup>13</sup>.

Ci sembra che queste ultime considerazioni si attaglino perfettamente alla distinzione di ruoli tra legislatore e giurisprudenza, in quanto il legislatore, soprattutto nel periodo di sua supremazia, indubbiamente si preoccupava di introdurre “dall'alto” norme penali, senza poi preoccuparsi soverchiamente del loro esito, anche perché trattavasi di un legislatore ancora di carattere sistematico.

Quando, viceversa, al legislatore codicistico è subentrato un suo *alter ego* totalmente asistemico e costruttivo soltanto di sottosistemi spesso del tutto scoordinati non solo fra loro ma anche all'interno degli stessi<sup>14</sup>, sempre seguendo la metafora antropomorfica, al padre severo ma distante, è subentrata la giurisprudenza come madre premurosa, soprattutto nella misura in cui, attraverso un'opera di estensione sino ai limiti del possibile della norma penale, tendeva a ricomprendervi, per quanto consentito, i fatti nel concreto verificatisi con la prospettiva di regolarli, proprio come si comporta una madre appunto premurosa, disposta ad accompagnare ed ammonire costantemente il proprio figlio.

Ecco allora spiegata fino in fondo la ragione per cui i giudici sono diventati i guardiani dell'etica pubblica, ma, nello stesso tempo, non può non rilevarsi, come la stessa esperien-

<sup>12</sup> Per tali esempi, FIANDACA, *Legislatore e dottrina, etc.*, cit. 19.

<sup>13</sup> WEIGEND, *Dove va il diritto penale? Problemi ed evidenze evolutive nell' XXI secolo*, in *Criminalia*, 2014, 84; in argomento anche FIANDACA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>14</sup> Ciò spiega, evidentemente, l'introduzione, nel codice penale, ad opera del d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21 (in *G.U.* n. 68 del 22 marzo 2018), dell'art. 3-bis (*Principio della riserva di codice*) – «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia».

za insegna, che le medesime madri possono risultare anche oppressive e tiranniche per eccesso di cura ed invadenza.

Con ciò vogliamo in conclusione significare come la giurisprudenza in questo modo rischi di dar luogo ad un controllo irrazionale-casistico del contesto sociale che sicuramente non può soddisfare le complesse aspettative di tutela ed è questa la ragione ultima per cui non possiamo che invocare allo stato un più equilibrato rapporto tra legislatore e giurisprudenza, mediato però da una dottrina penalistica non più soltanto votata allo studio della giurisprudenza nazionale e sovranazionale ma anche attenta a riprendersi il ruolo, ormai per buona parte, di guida della situazione spirituale dell'esperienza penalistica *post-moderna*.

5. Ad ogni buon conto, lo scorso 5 marzo è iniziato a Roma in Corte d'Appello il processo di secondo grado di Mafia Capitale e la Corte ha, a nostro avviso giustamente, già respinto l'eccezione della difesa tendente a riascoltare i testi, argomentando con quanto previsto dalla riforma Orlando nell'ipotesi di *assoluzione di primo grado*. Nel caso di specie, tuttavia, non si tratta di assoluzione, bensì di «derubricazione», dell'art. 416 *bis* in due distinte ipotesi di 416 semplice, tanto è vero che gli imputati sono stati *condannati* anche a pene notevolmente elevate, pure oltre, talvolta, i venti anni di reclusione. Si tratta, pertanto, soltanto di discutere i motivi di impugnazione, sia della Procura, che della difesa degli imputati, per cui si stima che la sentenza di secondo grado interverrà verso la fine di giugno del corrente anno e lì sarà interessante verificare se l'impianto della sentenza di prime cure terrà o no, tenendo, però anche conto che il Presidente della Corte è lo stesso che guidava la Corte di II grado che derubricò l'originaria contentazione di 416 *bis* in 416 semplice per il clan Fasciani, sentenza tuttavia annullata con rinvio, come ricordato, dalla Suprema Corte di Cassazione. Ciò potrebbe, tuttavia, anche dar luogo ad una mera coincidenza.

Più in generale, va tuttavia osservato come, a nostro avviso, a questo punto sarebbe assai opportuno, in chiave normofilattica, un intervento delle Sezioni Unite Penali, non ammesso nel 2015 dall'allora Primo Presidente della Corte Suprema, Cons. Giovanni Canzio, ma che attualmente il nuovo Presidente, Cons. Giovanni Mammone, potrebbe rivedere, alla luce del contrasto, esteso ormai anche ai giudici di merito, fra i due modelli interpretativi emessi in sede di legittimità dell'art 416 *bis* cp. Appare, infatti, una sorta di ossimoro giuridico che da un'unica fattispecie incriminatrice, quale l'art. 416 *bis* cp., il «diritto vivente» faccia coesistere, seppur per ragioni funzionali alle c.d. nuove mafie, due modelli antitetici quali quelli in questa sede descritti

# La Giustizia nei programmi per le elezioni del 2018

Opinioni

LUANA GRANOZIO

La riforma del cd. *Rosatellum* (L. 3/11/2017, n. 165) prevede che le forze politiche, in vista delle elezioni, depositino il programma elettorale, che è pubblicato in un'apposita sezione del sito internet del Ministero dell'interno: *Elezioni trasparenti*.

Abbiamo predisposto uno schema sinottico sul tema Giustizia, di quanto pubblicato dalle maggiori forze politiche.

COALIZIONE CENTRODESTRA		MOVIMENTO 5 STELLE	PD
PIÙ GARANZIE PER CIASCUNO	PIÙ SICUREZZA PER TUTTI	GIUSTIZIA	UNA GIUSTIZIA PIÙ VELOCE, PIÙ EFFICACE E PIÙ GIUSTA
<ul style="list-style-type: none"><li>• Riforma della giustizia per assicurare il diritto a un giusto processo</li><li>• Separazione delle carriere della magistratura inquirente e giudicante</li><li>• Nuova disciplina delle intercettazioni, della custodia preventiva, del diritto alla difesa</li><li>• Tempi dei processi nella media UE, piano straordinario di smaltimento delle cause arretrate, risarcimento agli innocenti, non appellabilità delle sentenze di assoluzione</li><li>• Potenziamento del ricorso a misure alternative al processo penale, sulla base delle esperienze positive della messa alla prova, in assenza di pericolosità sociale, anche in relazione alla finalità rieducativa della pena</li><li>• No a sconti di pena per reati di particolare violenza e efferatezza</li><li>• Accordi bilaterali per detenzione nei Paesi d'origine e nuovo</li><li>• Piano carcere</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Lotta al terrorismo</li><li>• Introduzione del principio che la difesa è sempre legittima</li><li>• Inasprimento delle pene per violenza contro un pubblico ufficiale</li><li>• Revisione della legge sulla tortura</li></ul>	Una giustizia rapida, equa ed efficiente	Simbolo di questa trasformazione è sicuramente il radicale cambiamento che il processo telematico ha impresso al mondo della giustizia, soprattutto civile, con una riduzione dei tempi del processo che non è ancora sufficiente ma che segna un'inversione di tendenza attesa da decenni. Il lavoro di questi anni nel settore della giustizia dovrà procedere nel solco tracciato anche per ciò che attiene alle politiche carcerarie che hanno visto una netta riduzione del problema del sovraffollamento ma che ancora lasciano molti cittadini desiderosi di segnali più chiari nel settore della certezza del diritto, paradossalmente con riferimento più marcato a vicende in teoria minori, di cosiddetta criminalità che tale non è – peraltro – per chi subisce un furto in appartamento o assiste a una rapina.

Le promesse elettorali ufficiali, sono dunque quelle depositate e pubblicate, ma va segnalato che tali programmi sono stati recapitati in forma sintetica o per punti, e compendiano quanto reperibile attraverso fonti aperte riferibili alle forze politiche.

I partiti della coalizione di centro destra (FI – Lega – Fratelli d'Italia – Noi con l'Italia) hanno sottoscritto dieci punti di convergenza. Si tratta dell'unico programma presentato da Forza Italia, mentre gli altri partiti hanno elaborato autonomi articolati.

Il Movimento 5 Stelle ha sintetizzato in venti punti, il lungo programma scritto con il contributo della rete. In particolare sul tema della Giustizia hanno partecipato alle votazioni 122.868 iscritti e l'elaborato completo consta di 26 pagine, mentre è estremamente laconico nella forma ufficiale.

Il Partito Democratico non assegna un punto specifico al tema della Giustizia, fa un breve cenno alla necessità di ridurre i tempi trattando del lavoro autonomo e vi dedica una parte del punto 8 (su nove) – «La macchina pubblica».

A scopo meramente ricognitivo si raffrontano anche i programmi estesi delle forze più votate il 4 marzo, sui seguenti temi: incipit, avvocatura, CSM, diritto penale, Europa, magistratura, pena, processo penale, con l'avvertenza che non tutti i punti sono affrontati da ciascun programma.

\*\*\*

### **Incipit**

**M5S:** Una Giustizia rapida equa ed efficiente.

**Lega:** È facile essere buoni. Difficile è essere giusti. (Victor Hugo)

**PD:** Una Giustizia più veloce, più efficace e più giusta.

**FI:** Più Sicurezza Per Tutti. Più Garanzie Per Ciascuno,

**FDI:** Patrioti, per una Nazione che assicuri sicurezza e legalità ai propri cittadini. *Spesso commette ingiustizia non solo colui che fa qualcosa, ma anche colui che non la fa. (Marco Aurelio)*

\*\*\*

### **Avvocatura:**

**M5S: Ordinamento della professione forense.** Le modifiche da realizzare: valutare la revisione delle modalità di svolgimento dell'esame di abilitazione improntandolo ad una maggiore trasparenza; alla luce della richiesta di gradi di professionalità e specializzazione sempre più elevata nelle singole materie si intende introdurre in primo luogo quattro macro aree di specializzazione: civile, penale, amministrativo, tributario. Il candidato, quindi, potrà superare l'esame anche in una soltanto di queste aree e patrocinare nel singolo settore con l'apposita previsione di un regime transitorio per coloro che abbiano già superato l'esame di abilitazione. Altri interventi si ritiene debbano essere: la cancellazione dell'esame da Cassazionista per chi ha più di 10 anni di esperienza, che sarà obbligatorio solo per chi ha meno esperienza; la eliminazione dell'obbligo di formazione, nonché dei requisiti sull'esercizio della professione in modo "effettivo, continuativo, abituale e prevalente". **Misure pro-concorrenziali:** eliminazione del divieto di assumere cariche in società; prevedere la figura dell'avvocato "dipendente" all'interno dello studio legale ed eliminare la possibilità d'ingresso del socio di capitale all'interno degli studi legali; la pre-

visione del divieto per il cliente di trattenere gli onorari dell'avvocato liquidati dal giudice (equo compenso); l'inserimento della possibilità del patto di quota lite. **Contributi previdenziali:** al fine di rendere possibile ai giovani avvocati e a coloro che hanno reddito più basso l'esercizio della professione forense si propone di eliminare la previsione dei contributi minimi così alti relativi alla Cassa Forense, subordinandoli ad una percentuale sul reddito. Eliminazione dei contributi minimi, dunque, e previsione che vadano pagati in percentuale al reddito dichiarato. **Fiscalità:** rendere deducibili totalmente le spese di contributo unificato sino a 500€ annui. Rendere deducibili/detraibili le spese legali vincolate ad un processo anche per le persone fisiche sino ad € 2.000 annui. Rendere interamente deducibile/detraibile l'Iva. **Patrocinio a spese dello Stato:** per conseguire una maggiore equità generazionale, garantire maggiori entrate ed una più ampia tutela per il cittadino non abbiente, sopprimere il requisito degli anni di anzianità minima per l'iscrizione all'albo degli avvocati, nonché facilitare il pagamento del patrocinio a spese dello Stato, anche incentivando convenzioni con Cassa Forense o attraverso compensazioni con pagamento Irpef o Iva. **Consiglio giudiziario:** dare maggior peso all'avvocatura in seno al consiglio giudiziario, mediante l'aumento della percentuale del numero di avvocati. Gli avvocati (con un minimo di esperienza di anni 8) avranno carica biennale non rinnovabile e saranno eletti per sorteggio.

\*\*\*

#### **CSM:**

**M5S: Consiglio Superiore della Magistratura.** L'organo di autogoverno della magistratura deve operare in maniera quanto più indipendente da logiche politiche di potere interne od esterne. Si propone pertanto di rivedere le norme che attengono alla nomina della componente elettiva dei membri del CSM e di intervenire per scoraggiare le pratiche spartitorie delle nomine degli uffici direttivi basate sull'appartenenza alle correnti. Consiglieri "laici" di nomina parlamentare: il meccanismo di elezione dovrà prevedere l'autocandidatura di soggetti aventi i requisiti già previsti dalla legge, degli aspiranti consiglieri, con un successivo sorteggio tra questi che porterà a poter votare, dal Parlamento in seduta comune, all'interno di una rosa di 20/30 candidati. Sarà in ogni caso preclusa la candidatura di membri di Governo nazionali e regionali, parlamentari, consiglieri regionali e sindaci che abbiano ricoperto la carica negli ultimi 10 anni. Consiglieri di nomina togata: similmente al meccanismo per i consiglieri di nomina parlamentare, si prevede la modalità della candidatura singola e del successivo sorteggio che porti ad una rosa di nomi (almeno 5 volte il numero da eleggere), successivamente votati dai magistrati.

**LEGA:** Prevedere due Consigli Superiori della Magistratura (CSM) distinti uno per i pubblici ministeri ed uno per i magistrati giudicanti; • Revisione composizione del sistema elettorale del Consiglio Superiore della Magistratura (CSM) e fissazione dei suoi compiti in via tassativa, in modo da impedire all'organo di autonomia ogni travalicamento di funzioni e istituzione di una commissione disciplinare esterna e l'eliminazione delle logiche correntizie.

**PD:** Nella prossima legislatura bisognerà completare l'opera riformatrice. Il riordino del Csm costituisce il necessario coronamento del lavoro fatto: bisogna superare le rigidità

del suo sistema d'elezione e distinguere meglio la funzione disciplinare dalla funzione di nomina dei capi degli uffici, in ottica meritocratica.

\*\*\*

### **Diritto penale:**

**M5S: La riforma della prescrizione.** Ogni anno in Italia la prescrizione falciava oltre 100.000 procedimenti penali (nel 2014 ben 130.000). Milioni di euro di soldi pubblici dei cittadini spesi per personale, strutture, interpreti, cancellieri, buttati al vento dalla fine anticipata dei processi senza che i responsabili siano stati puniti. L'attuale legge poi aiuta delinquenti e corrotti che riescono quasi sempre a sfuggire alle pene (i detenuti per reati di corruzione sono, nel 2015, solo 299 a fronte di una popolazione carceraria di oltre 54.000 persone). Il Movimento 5 Stelle, per ovviare a questa situazione che non garantisce in alcun modo la certezza della giustizia, propone la sospensione della prescrizione dal momento dell'inizio del processo (ovvero con l'assunzione della qualità di imputato). Oltre ai citati effetti, una riforma in tal senso della prescrizione produrrebbe un aumento dei patteggiamenti prima del processo e dei riti alternativi; una diminuzione del numero dei processi a dibattimento pieno e, quindi, nel medio-lungo periodo, una diminuzione della durata degli stessi. **Whistleblowing:** un premio a chi collabora contro la corruzione. Il *whistleblowing* è stato introdotto dalla legge Severino che però non ha adottato le tutele necessarie per difendere i segnalanti, il legislatore ha lasciato ancora completamente scoperto il settore privato. In questo modo la legge non ha avuto un grande successo. Per incoraggiare gli italiani a cambiare e iniziare a denunciare senza più avere paura delle conseguenze, il Movimento 5 Stelle vuole prevedere un premio per chi denuncia fatti illeciti. Un premio ed un fondo che permetta di pagare le spese legali, le spese mediche e di sopravvivere nel momento in cui vi sia un licenziamento (ancorché illegittimo) o un demansionamento da parte di un ente o un'azienda o per sopportare azioni di mobbing di superiori o colleghi come conseguenza della segnalazione effettuata. Altrimenti molte persone continueranno a non denunciare per paura di non farcela economicamente a resistere a tutto quello che potrebbe succedere dopo la denuncia. Nel novembre 2017 è stata approvata la proposta di legge sul *whistleblowing* del M5S a prima firma Businarolo – legge 30 novembre 2017, n.179, che fornisce quelle tutele giuslavoristiche che mancano ai segnalatori di reato, con adeguate sanzioni per coloro che, ricevendo le segnalazioni, scelgono di 'insabbiarle' oppure di rivelare l'identità del segnalante. Per il futuro, dovranno essere previsti anche incentivi in favore di colui che, nell'interesse pubblico, sceglie di segnalare il malaffare. **Lotta alla mafia e alla corruzione:** ai fini di un concreto recupero di risorse sottratte allo Stato, da redistribuire, anche per significativi interventi in favore dell'efficienza del comparto giustizia, non è più rimandabile una severa e risoluta legislazione anticorruzione e di contrasto al malaffare. Il nostro pacchetto di misure prevede: DASPO per i corrotti e corruttori, cioè l'interdizione dai pubblici uffici e l'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione perpetua per chi è stato condannato definitivamente per un reato contro la P.A.; aumento delle pene per tutti i reati contro la Pubblica amministrazione, riallineando le fattispecie e recuperando la logica delle sanzioni nel codice; riforma della prescrizione che la interrompa dal momento del rinvio a giudizio

dell'imputato (vedi argomento nella prima parte programmatica); tutela del segnalatore di reati, il *whistleblower*, prevedendo anche premialità e un fondo che lo sostenga nella propria scelta di legalità (vedi argomento nella prima parte programmatica); introduzione per i reati contro la P.A. della figura dell' "agente sotto copertura" e dell' "agente provocatore", già utilizzata per altri reati, per favorire l'emersione del fenomeno corruttivo che per sua natura non trova l'interesse processuale di alcuna parte coinvolta; aggiornamento del reato di autoriciclaggio tramite: – l'abolizione della clausola di esclusione della punibilità nei casi di mera utilizzazione o godimento personale, attesa la sua indeterminatezza e, comunque, la sua superfluità rispetto alle diverse condotte di autoriciclaggio già previste che integrano qualsiasi forma di impiego economico dei beni derivanti dal delitto non colposo presupposto; – l'abolizione della diminuzione di pena prevista, analogamente a quanto avviene per il reato di riciclaggio, nel caso in cui i beni provengano dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni, non ravvisandosi alcun nesso in termini di disvalore tra il delitto presupposto e quello che lo presuppone. potenziamento dell'Autorità Nazionale Anti-corruzione e del piano di prevenzione anticorruzione. Tutti i processi legati alla criminalità organizzata di stampo mafioso si devono celebrare presso le sedi delle Corti d'Appello, formate da Giudici specializzati e muniti di idonee strutture. Prevedere dunque che oltre ai PM, chi è chiamato a giudicare, abbia la stessa specifica competenza e formazione di coloro, come i magistrati requiranti, che compiono indagini di contrasto alle mafie. (vedi argomento nella prima parte programmatica). Vogliamo spezzare qualsiasi legame tra politica e malaffare, e per questo proponiamo la revisione dell'errata tipizzazione del 416-ter del codice penale, così da poter finalmente punire lo scambio elettorale politico-mafioso. Bisogna, altresì, intervenire e rivedere i reati bancari e reintrodurre il reato di falso in bilancio senza alcuna soglia di impunità, nonché ripristinare le soglie di punibilità, soppresse dal Governo Renzi, per i reati fiscali che attualmente garantiscono ai grandi evasori di farla franca, i cui capitali illecitamente accumulati potranno sempre essere sottoposti alla misura della "confisca allargata" quando interviene la condanna definitiva. **Violenza sessuale:** inasprimento del reato di violenza sessuale tramite la creazione di una fattispecie aggravata che prevede pene più severe nel caso di penetrazione, oltre ad aumenti di pena per chi commette stupro di gruppo o violenze sessuali su minorenni, valutando inoltre strumenti che possano incentivare a denunciare i colpevoli. Ci si attiverà per garantire protocolli chiari e formazione specifica per gli operatori delle forze dell'ordine che si apprestano a ricevere denunce riguardanti reati a sfondo sessuale, nei confronti dei minori, oltre a quelli riguardanti maltrattamenti e atti persecutori. **Reati predatori e legittima difesa:** la premessa da cui partire è che lo Stato deve garantire sicurezza e giustizia ai cittadini, e non il contrario, cioè che i cittadini debbano garantire sicurezza e giustizia a sé stessi. In quest'ottica spetta al Governo sopperire al deficit di agenti, strutture e risorse alle forze dell'ordine a cui mancano migliaia di unità, oltre alla mancanza cronica di equipaggiamento e dotazioni adeguate. In questi anni abbiamo assistito a tagli alla pubblica sicurezza, e quindi di agenti sul territorio. Un dato drammatico è che, a parità di reati commessi nel corso degli anni, sono diminuite le denunce. Il motivo è molto semplice: per molti reati soprattutto quelli preda-

tori, cioè furti e rapine per intenderci, i cittadini non hanno più fiducia nella giustizia e quindi non denunciano più (i dati ci riportano che il 97% di chi commette un furto in abitazione non viene assicurato alla giustizia). Questo è dovuto a tutti i provvedimenti emanati dai precedenti Governi che non assicurano la certezza della pena, concedendo sostanziale impunità per questo tipo di criminali. Qualche esempio: il decreto “Svuota carceri”, le depenalizzazioni, la mancata riforma della prescrizione e le risorse ai tribunali costantemente insufficienti fanno sì che chi sbaglia in questo Paese non paghi mai. Oltre ad un impegno strutturale, sarà quindi necessario rivedere le condotte di furto, rapina e truffa in modo da potenziarle e renderle adeguate a scoraggiare questo tipo di odiosi reati contro i cittadini onesti. Molto spesso l'opinione pubblica mette in discussione la legge attuale sulla legittima difesa: la critica che viene fatta in modo ricorrente è che il cittadino viene indagato per omicidio, dal momento che si è difeso sparando al ladro o al rapinatore. La realtà dei fatti è semplice e chiara: – il giudice ha l'obbligo di aprire un'indagine, per verificare esattamente i fatti, anche a tutela dei diritti della persona che si è difesa; – di frequente, il cittadino viene prosciolto da ogni accusa (ved. inoltre il punto spese legali pagate dallo Stato); – ci sono tuttavia gravi zone d'ombra che creano incertezza e che di fatto costringono il cittadino ad affrontare un intero processo (oltre all'indagine) per far valere la legittima difesa. Il M5S si propone di intervenire sulle zone d'ombra di questa legge che creano problemi ai cittadini che subiscono un'intrusione nella propria abitazione e si vogliono difendere non potendo prevedere quale sarà l'offesa (mi vuole solo derubare? violentare? uccidere?) e se il soggetto sia armato oppure no: la colpa dell'agente (cittadino che si difende) sarà sempre esclusa quando l'entità dell'offesa non sia, per condizioni di tempo o luogo, o per volontà o colpa della persona contro cui è commesso il fatto, immediatamente percepibile dall'agente. **Cannabis**: si propone la regolamentazione della coltivazione per uso personale (partendo dalla nostra proposta depositata) ed in parallelo del mercato della cannabis, disciplinandone la vendita controllata dallo Stato. Secondo un documento della DNA, questo porterebbe ad uno sblocco di risorse per le forze dell'ordine e per la magistratura ed una decisa sottrazione di entrate a mafie e terrorismo. Inoltre avrebbe grandi benefici sul mondo economico, lavorativo, agricolo e sanitario. **Reati ambientali e tutela nei confronti degli animali**: revisione ed inasprimento delle leggi attuali riguardanti i reati ambientali e quelli nei confronti degli animali domestici e selvatici intervenendo con un cambio di visione e di tutela al riguardo di fatti gravi non adeguatamente perseguiti. Il bene da tutelare non sarà più “il sentimento umano” nei confronti degli animali, ma l'animale come essere senziente. I reati in danno agli animali sono ritenuti da esperti scientifici (studio F.B.I.) dei veri e propri campanelli d'allarme, in quanto chi li commette è più propenso a commettere gravi reati nei confronti di donne, bambini ed anziani. In particolare: inasprire le pene di reati come l'uccisione, il maltrattamento, l'abbandono, le manifestazioni vietate, il bracconaggio, le violazioni delle norme sulla caccia, la distruzione degli habitat o uccisione di specie protette, il furto di cuccioli, le pellicce vietate; introdurre nuove fattispecie di reato che mirano a: punire gli spettatori e i finanziatori delle manifestazioni vietate con animali, punire più severamente la zoostia (ovvero gli atti sessuali con animali e i relativi spettacoli), punire chi sparge esche



avvelenate, punire anche a titolo colposo le uccisioni o i maltrattamenti nei confronti degli animali, punire chi introduce e libera animali che possono danneggiare la nostra flora e fauna, punire chi vende o utilizza collari che portano sofferenze agli animali; prevedere l'arresto facoltativo in flagranza per gravi reati contro gli animali; istituire banche dati per monitorare i reati contro gli animali; fare in modo che tutte le forze dell'ordine possano occuparsi, senza distinzione dei reati contro gli animali, quando richiesto il loro intervento; abrogare l'articolo 842 del codice civile riguardante la possibilità per i cacciatori di andare sui fondi dei privati senza alcuna autorizzazione o comunicazione; prevedere interdizioni pesanti per i professionisti, in particolare dei veterinari, che si macchiano di reati contro gli animali; prevedere la confisca obbligatoria per chi commette reati nei confronti degli animali e la possibilità in fase processuale attraverso una "caparra" di evitare che gli animali, dopo una condanna finita in nulla di fatto grazie all'arrivo della prescrizione, possano ritornare dai propri aguzzini. **Lotta all'abusivismo:** inasprimento sanzionatorio, con l'introduzione di profili penali, nei confronti di diverse categorie di soggetti abusivi a partire dai venditori, parcheggiatori (vedi punto successivo) che pongono in essere intimidazioni a sfondo estorsivo. Induzione tra privati: introdurre nel codice penale la fattispecie ad hoc di «induzione indebita tra privati a dare o promettere utilità» (629 bis) punita con la pena della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 500 a euro 3.000, con arresto obbligatorio in flagranza. Questo intervento sarà da intendere in rapporto di sussidiarietà rispetto a quello relativo all'articolo 629 del codice penale. A titolo esemplificativo si pensi al caso del parcheggio abusivo quando crea situazioni di intimidazione e ricatto intollerabili e difficili da provare che non sono adeguatamente perseguite. **Tortura:** modifica del reato per rendere la fattispecie efficace e chiara, prevedendo che sia qualificabile come tortura anche una singola violenza o minaccia non reiterata ed eliminando le parti superflue. La norma in ogni caso tutelerebbe senza ombra di dubbio chi svolge correttamente e onestamente la propria azione come già specificato nella legge che esclude le condotte necessarie a garantire l'ordine pubblico e assicurare alla giustizia i delinquenti. **Imputabilità dei minorenni:** abbassamento della soglia di punibilità a 12 anni visto l'aumento della capacità e della maturità dei ragazzini che alle volte commettono consapevolmente reati molto gravi. **Depenalizzazione del reato di ingresso e soggiorno illegale in Italia:** coerentemente con quanto deciso in una votazione degli iscritti al M5S, riteniamo che il cd. reato di immigrazione clandestina, sia una norma inutile e dannosa perché non scoraggia l'arrivo di immigrati irregolari, non facilita (anzi complica) il procedimento di espulsione e comporta un considerevole spreco di risorse economiche ed umane. In particolare l'intasamento degli Uffici giudiziari con migliaia di notifiche e udienze penali dove poliziotti sono costretti a comparire per testimoniare, difensori d'ufficio nominati, complicazioni procedurali che rendono paradossalmente più difficile ottenere testimonianze nei processi contro gli scafisti. È in sostanza, una norma solamente demagogica che è servita per la propaganda partitica per sostenere - a parole - che si contrasta l'immigrazione clandestina ed avversata da magistrati, avvocati ed operatori della sicurezza. **Abrogazione dell'obbligo da parte della Polizia Giudiziaria di informare i superiori gerarchici delle notizie di reato di cui vengono in possesso.** La pre-

visione è quella di cui all'articolo 237 del T.U.O.M. (Testo Unico delle disposizioni in materia di ordinamento militare) allargata con D. lgs a tutte le forze di polizia. Questo per impedire che soggetti implicati in fatti costituenti reati anche gravi possano essere informati di indagini delicate e segrete nei loro confronti da colleghi di partito presenti nell'esecutivo, anche al fine di preservare la separazione dei poteri. **Il contesto normativo da modificare.** Nel corso della XVII Legislatura, abbiamo assistito, all' approvazione di una serie leggi di iniziativa della maggioranza o governativa, che riteniamo sbagliate, contro gli interessi dei cittadini o, nel migliore dei casi, scritte male, confuse, occasioni mancate, frutto di strabici compromessi politici e quindi inapplicabili. Dai banchi di opposizione, quando ci è stato concesso, abbiamo presentato testi alternativi, relazioni di minoranza, depositato emendamenti e subemendamenti correttivi, ordini del giorno di impegno al governo, nello spesso vano tentativo di migliorare la qualità della legislazione. Tutto ciò, se da un lato non ha sortito gli effetti auspicati, dall'altro lato ci consente di poter intervenire, una volta al Governo, con interventi di revisione, già pronti ed applicabili, sui seguenti provvedimenti, non oggetto di specifici punti programmatici: Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena, Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio. Disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili, Disposizioni urgenti in materia di rimedi risarcitori in favore dei detenuti e degli internati che hanno subito un trattamento in violazione dell'articolo 3 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché di modifiche al codice di procedura penale e alle disposizioni di attuazione, all'ordinamento del Corpo di polizia penitenziaria e all'ordinamento penitenziario, anche minore, Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, Revisione dell'intervento in materia di geografia giudiziaria, Disposizioni in materia di misure cautelari personali, Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria, Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare, Delega al Governo per la riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, Modifica all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, in materia di contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale, Introduzione nel codice penale del reato di frode in processo penale e depistaggio, Misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari, nonché per la giustizia amministrativa, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario, Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città, Introduzione del reato di omicidio stradale e del reato di lesioni personali stradali, nonché disposizioni di coordinamento al decreto legislativo 30 aprile 1992, n.

285, e al decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, Disposizioni urgenti in materia di prevenzione vaccinale, riforma del codice antimafia.

**Lega: Legittima difesa:** procedere alla riforma della legittima difesa, inserendo una legittima difesa domiciliare ancorata solo a parametri oggettivi e non opinabile da parte della magistratura, come da nostra proposta di legge già depositata; • Cancellazione del “reato di Tortura” penalizzante per l’attività delle forze dell’ordine. **Trattamento sanitario obbligatorio** • Introdurre per coloro che commettono reati di violenza sessuale, quale pena accessoria alla sanzione edittale, il trattamento farmacologico di blocco androgenico; • Introdurre modifiche all’ordinamento penale per prevenire e reprimere il reato di “femminicidio” affinché coloro che si macchiano di reati gravi commessi a danno delle donne sia applicata una pena elevata e che venga effettivamente scontata; • Reprimere maggiormente i reati predatori (furto in abitazione, furto aggravato, furto con strappo, etc.) così consentendo una maggiore punizione degli stessi e rendere effettiva la punibilità come indicato al paragrafo “Certezza Della Pena”; • Modificare l’attuale normativa non consentendo l’applicazione automatica per determinati reati gravi della diminuzione di pena ex art. 98 c.p. commessi da persona minorenni (il caso della violenza di Rimini dove due minorenni stuprano la coppia polacca) e modificare l’attuale sistema premiale previsto dalle norme relative alle persone minorenni e contenute nella legislazione del Tribunale per i minorenni a seguito dell’evoluzione della società che porta i minori a commettere reati di particolare gravità; • Mantenere ed applicare l’attuale reato di immigrazione clandestina che ha un deterrente anche psicologico che attraverso la depenalizzazione verrebbe meno, giacché, l’ulteriore danno, causato dall’abrogazione del reato di immigrazione clandestina, sarà quello di convincere l’immigrato irregolare che vi è una generalizzata impunità e possibilità di legittimata occupazione del territorio; • Modifica/abrogazione della legge Mancino affinché sia assicurata la libertà di pensiero e libertà di opinione; • Introduzione del reato di coercizione del matrimonio di minorenni (spose bambine) poiché attualmente il nostro codice penale non prevede una repressione di questo grave barbaro comportamento; • Abrogazione della legge Merlin e regolamentazione del fenomeno della prostituzione; • Fondo Vittime: aumentare in modo considerevole l’indennizzo delle vittime di reati violenti, oggi previsto in modo assai esiguo, e conseguentemente incrementare le risorse a disposizione, modificando la legge 122 istitutiva del fondo medesimo (il fondo diventerà autonomo) prevedendo criteri di equo indennizzo più ampi a beneficio delle vittime di reati; Corruzione • Aumentare le pene in relazione ai reati corruttivi e prevedere un sistema che non consenta di accedere per questi reati ai riti alternativi (patteggiamento e abbreviato) e quindi l’applicazione automatica di sconti di pena; • Interdizione da pubblici uffici per i corrotti (politici e funzionari) a vita; • Divieto di finanziamento o contributi da cooperative sociali ai politici; • Maggiore trasparenza e tracciabilità dei flussi finanziari di fondazione politiche e delle cooperative sociali; • Riportare l’affidamento in prova ai tre anni e quindi galera certa per i corrotti; • Introduzione della figura dell’agente provocatore in materia dei reati corruttivi; • Modifica della legge Severino sia sulla parte della prevenzione sia sulla parte della repressione. Non ha prodotto nessun effetto di contrasto alla corruzione auspicato. Inefficace.

**PD:** Occorre arrestare la deriva securitaria: nella crisi dello Stato sociale abbiamo ceduto verso lo Stato penale. La sinistra italiana deve tornare a svolgere il suo compito. Perché l'affermazione della dignità umana è l'argine più efficace contro la violenza. La lotta alle mafie, infine, non è compito di una sola parte politica, ma la funzione del Partito Democratico è di rilanciarne l'azione con una battaglia culturale e politica per la legalità e lo sviluppo. Negli Stati generali della lotta alle mafie è stata delineata la strategia da mettere in campo nei prossimi anni: rafforzare le istituzioni, costruire meccanismi sempre più efficaci per prevenire le infiltrazioni e individuare le zone grigie e i "reati spia".

**FI:** No a sconti di pena per reati di particolare violenza e efferatezza. Lotta al terrorismo. Ripresa del controllo dei confini. Introduzione del principio che la difesa è sempre legittima. Inasprimento delle pene per violenza contro un pubblico ufficiale. Revisione della legge sulla tortura.

**FDI:** Chiediamo l'abolizione della così detta "legge sulla tortura", nome a effetto per una legge concepita per legare le mani alle forze dell'ordine, e l'introduzione di norme penali adeguate per punire le aggressioni e gli atti violenti contro i servitori dello Stato. Se lo Stato, nonostante tutto, non riesce a proteggere i suoi cittadini, non può pretendere che i cittadini non si proteggano da soli. Reputiamo la difesa sempre legittima, dentro casa o dentro il proprio negozio secondo il principio che quando viene violata la proprietà privata ci si trova in una condizione di potenziale pericolo di vita. Lotta alla corruzione strisciante che ha contaminato lo Stato a tutti i suoi livelli. Chi ama la Patria non tollera che venga depredata dai ladri e dai corrotti. Combatteremo questi parassiti fianco a fianco con i molti italiani onesti e con i veri servitori dello Stato. Perché destra di cui siamo gli eredi non prende lezioni di legalità e di onestà da alcuno.

\*\*\*

### **Europa:**

**Leg:** Limiti alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea La Corte di giustizia europea pretende di avere l'ultima parola in tutte le materie in cui si estende la competenza della Ue, cioè ormai praticamente su tutto. Questo porta a subordinare persino la Corte costituzionale alla giurisprudenza di una corte europea che non solo non è rappresentativa, ma è anche del tutto irresponsabile. La Corte di giustizia pretende di essere il diretto riferimento per tutti i giudici italiani potendo disporre la disapplicazione delle leggi italiane quando ritenute contrastanti con le norme e i principi europei. Il recepimento della Carta di Nizza, che ha fissato alcuni principi "costituzionali", da parte del trattato di Lisbona crea ora una bomba ad orologeria poiché vi è il rischio concreto che i giudici ordinari trovino nella giurisprudenza della Corte di giustizia di Lussemburgo un ulteriore appiglio per disapplicare o modificare le leggi votate dal Parlamento. Il testo dell'art.117 comma 1 della Costituzione così come modificato nel 2001 va dunque precisato nel senso che l'ultima parola sulle leggi votate dal Parlamento spetta comunque alla Corte costituzionale. Come fece a suo tempo la Gran Bretagna, i principi contenuti nella Carta di Nizza devono inoltre essere considerati come direttive di massima che il Parlamento non è tuttavia tenuto a rispettare laddove siano divergenti dai principi costituzionali, la cui portata va in ogni caso

valutata in ultima istanza dalla Corte costituzionale. Insomma la giurisprudenza della Corte di giustizia deve fermarsi di fronte alla giurisprudenza della Corte costituzionale.

**FI:** Tempi dei processi nella media UE, piano straordinario di smaltimento delle cause arretrate.

**PD:** Anche in materia giudiziaria l'orizzonte è l'Europa: l'Italia in questi anni è stata protagonista esercitando un ruolo importante nella nascita della nuova Procura europea. Ora occorre rafforzare i poteri di questa nuova creatura, ampliando il suo raggio di intervento al terrorismo.

\*\*\*

### **Magistratura:**

**M5S: Magistratura e politica separazione dei poteri.** Riteniamo sia altresì fondamentale che tra giustizia e politica non ci sia alcun tipo di contaminazione. Si tratta di funzioni che devono restare differenti e che competono a poteri autonomi dello Stato: ogni tipo di sovrapposizione rischia di produrre effetti che si riflettono inevitabilmente sul "funzionamento" della nostra democrazia. La giustizia non può e non deve avere colore. Un magistrato che, legittimamente, viene eletto all'interno delle istituzioni, si schiera necessariamente con una parte politica; egli non è più arbitro ma giocatore in campo. Qualora un magistrato decida di intraprendere una carriera politica, deve essere consapevole del fatto che non potrà mai più tornare a vestire la toga in quanto non apparirebbe più imparziale agli occhi del cittadino (le sue funzioni potranno quindi essere soltanto amministrative). Questa regola garantisce anche la certezza che, all'interno della magistratura, non ci siano esitazioni e ombre nell'affrontare casi che vedono coinvolti rappresentanti della politica. Un magistrato che si dovesse trovare a giudicare politici che hanno militato con lui o contro di lui, non sarebbe mai percepito come "giudice terzo". **Magistrati e Politica:** un magistrato che tenti la strada della politica non potrà rientrare in magistratura (vedi argomento nella prima parte programmatica). Retribuzione magistrati: il riconoscimento dell'indennità aggiuntiva avvenga solo per coloro che ricoprono davvero il ruolo corrispondente (ad esempio, l'indennità magistrato di Cassazione valga solo per coloro che lavorano in Cassazione). Specializzazione: suddivisioni in 4 grandi specializzazioni in civile, penale, amministrativo e tributario (eliminando il concorso di secondo grado). Un magistrato potrà passare da un'area all'altra previo superamento di un esame interno. Magistrati fuori ruolo: eliminare la possibilità di deroghe rispetto la legislazione vigente e valutare criteri più stringenti per l'accesso agli incarichi. Magistratura onoraria: Negli ultimi 20 anni la magistratura onoraria è stata utilizzata, dai governi sia di centrosinistra che di centro-destra, esclusivamente per non inserire risorse nel sistema giustizia, precarizzando lavoratori a basso costo per un numero indefinito di anni, non riconoscendogli alcuna tutela, né lavorativa né previdenziale. A differenza dei partiti il Movimento 5 Stelle intende inserire risorse vere nel sistema giustizia per superare del tutto l'attuale quadro normativo, reso ancora peggiore dal decreto legislativo Orlando. Le figure che prima erano denominate GOT e VPO dovrebbero diventare dei veri e propri funzionari (clerk in altre realtà giuridiche) all'interno dell'ufficio del processo di supporto al lavoro del Giudice (e non di sostituzione). Si prevede, quindi, l'immissione di personale di carriera previo concorso

pubblico per titoli ed esami (con maggior punteggio a coloro, ex Got, ex Vpo ed ex Giudici di Pace, che sono stati sfruttati come precari per lo Stato per anni ovvero prevedendo che il primo concorso sia riservato a queste figure insieme ad avvocati). Di converso l'unica reale Magistratura Onoraria rimarrebbe quella dei Giudici di Pace, con competenze limitate (abrogando l'ultima riforma del governo), quale servizio, dietro pagamento, che possa essere dato ad Avvocati del libero Foro, con esperienza almeno biennale, e con un numero limitato di procedimenti per anno (esempio 50 procedimenti). È innegabile che ormai molto del carico di procedimenti giudiziari venga a pesare sulla categoria dei giudici di pace. Pertanto riteniamo che siano comunque da affrontare in sede di modifica dell'attuale normativa vigente in via prioritaria le annose e spinose questioni attinenti al trattamento ad essi spettante, in particolare in caso di malattia, maternità, infortunio sul lavoro. Valutazione di professionalità di magistrati in aspettativa a seguito di incarico elettivo o di Governo: secondo le attuali disposizioni di legge, i magistrati che fanno i politici, anche se non svolgono più la loro attività professionale da 10, 15 o 20 anni, continuano ad ottenere promozioni proprio come i loro colleghi che tutti i giorni fanno indagini nelle procure oppure giudicano nei tribunali. Non solo i magistrati politici possono tornare senza limitazione alcuna a svolgere la propria professione allo scadere del mandato, ma continuano tranquillamente a fare carriera perché la legge attualmente vigente prevede che la valutazione di professionalità indispensabile al passaggio di carriera, sia di fatto svolta da loro stessi, tramite una sorta di autovalutazione! I magistrati che assumono un incarico politico, elettivo o di Governo, per tutta la durata del mandato non possono sostenere le verifiche di professionalità senza le quali non potranno ottenere avanzamenti di carriera.

**Lega:** Incompatibilità tra la permanenza nell'ordine giudiziario e l'assunzione di incarichi elettivi, e ciò al fine di rendere credibile l'indipendenza e l'imparzialità di chi esercita le funzioni giudiziarie in modo che il magistrato che assume incarichi politici ed elettivi non possa più rientrare nella magistratura; • Modificare l'attuale responsabilità civile dei magistrati, in modo da poter assicurare una normativa chiara e applicabile anche a tutela dell'ordine giudiziario; magistratura onoraria: abrogazione della riforma Orlando della MO e riscrittura della stessa attraverso il contributo dei 5000 magistrati onorari affinché venga valorizzato il ruolo fondamentale che esercita all'interno dell'ordine giudiziario, garantendo le coperture previdenziali ed assistenziali;

**FI:** Separazione delle carriere della magistratura inquirente e giudicante.

**PD:** Sono necessari poi un regime disciplinare uniforme per tutte le magistrature e una riforma del percorso di accesso, tornando al concorso di primo livello.

\*\*\*

**Pena:**

**M5S: Condanna a lavori di pubblica utilità.** È importante potenziare e rendere realmente applicabile l'istituto della condanna ai lavori di pubblica utilità, che riguarda chi viene condannato a pene brevi che spesso si trasformano in un nulla di fatto o che comunque non sono adeguate a quanto commesso da chi ha sbagliato, svilendo il principio di certezza della pena e la giustizia di fronte agli occhi delle vittime e dell'intera società. Con la condanna al lavoro di pubblica utilità obbligatorio chi ha commesso un reato dovrà intraprendere un

percorso per risarcire la collettività attraverso lavori che possano contrastare, ad esempio, le situazioni di degrado prendendosi cura delle nostre città o in alternativa svolgersi direttamente al servizio della vittima se vi consentirà. La proposta tende a superare l'attuale caos burocratico e procedurale che di fatto rende quasi impraticabile l'utilizzo di questo istituto, perché previsto solo per alcune misure e senza una reale organizzazione e adeguate risorse che possano renderlo attuabile. In tal modo la pena sarà effettivamente scontata dal reo, con minori costi per lo Stato ed un tangibile vantaggio per la società. **41 bis e alta sicurezza:** effettivo rigore di funzionamento del regime *41bis* ed alta sicurezza con individuazione/costruzione di idonee sezioni per la detenzione così come previsto dalla legge. Le decisioni sui *41bis* dovranno essere accentrate in un unico Tribunale di sorveglianza per uniformare le decisioni/disposizioni sull'effettiva pena da far scontare ai detenuti. Individuazione di procedure certe per i criteri di declassificazione dal regime di "alta sicurezza" in tutte le carceri in cui è previsto. Sostegno e autonomia alle attività del G.O.M (gruppo operativo mobile) **Ordinamento penitenziario e carceri.** Polizia Penitenziaria ed operatori delle carceri: è indifferibile far fronte alla preoccupante scopertura della vigente pianta organica della polizia penitenziaria per ripristinare le condizioni, oggi del tutto assenti, di minima sicurezza e legalità all'interno delle carceri e, nel contempo favorire, attraverso un'adeguata sorveglianza dei ristretti, il monitoraggio dei percorsi di rieducazione e riabilitazione di questi ultimi mediante una costante presenza di tutte le figure che operano nel circuito penale esterno, previsti dalla vigente dotazione organica del Dap. A tal fine è necessaria l'assunzione straordinaria di ulteriori 4.000 agenti di polizia penitenziaria e una revisione del taglio della pianta organica, lo sblocco dei contratti ed un intervento sui concorsi interni oltre l'assunzione di 500 tra operatori socio-pedagogici e psicologi e operatori amministrativi. Si dovrà inoltre intervenire con forza sulla qualità della vita lavorativa degli agenti di polizia penitenziaria, in particolare sulle tutele e sulle strutture, anche prevedendo un servizio di assistenza psicologica per aiutare gli agenti in difficoltà visti i numerosi suicidi. **Edilizia carceraria:** la realizzazione di almeno due nuove strutture (in Campania ed in Lombardia) e, con priorità, l'ampliamento e l'ammodernamento di quelle esistenti che siano adattabili. Dovranno essere inoltre previste risorse per la riparazione degli strumenti di sicurezza all'interno delle stesse e per la ristrutturazione degli spazi di lavoro della polizia penitenziaria e dei luoghi di rieducazione dei detenuti. **Carceri sicure:** oltre al citato piano assunzionale per la polizia penitenziaria – debbono essere efficienti gli attuali sistemi videosorveglianza e dei sistemi di anti-scavalcamiento, e la predisposizione di un piano di rinnovo tecnologico dei sistemi di controllo dei detenuti e delle loro comunicazioni. Nonché la revisione della vigilanza dinamica nelle carceri, valutando l'effettiva funzionalità rispetto al carattere dei detenuti e alle possibilità in termini di sicurezza garantita dalla polizia penitenziaria. **Baby-boss:** eliminare la possibilità di trattamento minorile per gli infraventiquenni, come inserito dall'ultima riforma PD e riportare il trattamento agli under 18. **Lavoro in carcere:** potenziamento del lavoro in carcere e dei lavori di pubblica utilità per la comunità svolti dai carcerati, anche attraverso la collaborazione con la Protezione Civile per gli interventi di prevenzione delle catastrofi, protocolli per corsi di formazione lavorativa obbligatoria in carcere, rigidi controlli per chi lavora e per i volontari all'interno delle carceri stesse. I programmi di rieducazione dovranno essere sempre applicati con lavori che po-

tranno dare una formazione adeguata al reinserimento lavorativo una volta finito il percorso carcerario. **Lavoro di pubblica utilità, sanzioni e misure alternative:** Revisione e razionalizzazione delle misure e sanzioni alternative al carcere con il potenziamento del lavoro di pubblica utilità obbligatorio ed effettivo, in modo da garantire la certezza della pena ed un risarcimento alla collettività creando una nuova organizzazione in collaborazione con gli enti locali. Introduzione della specializzazione di “Esecuzione penale esterna” nel Corpo di Polizia Penitenziaria per i controlli sulle misure alternative, in raccordo con le altre Forze di Polizia sul territorio. Per la liberazione anticipata si calcoleranno 30 giorni ogni 6 mesi avendo però già scontato almeno  $\frac{1}{4}$  della pena e si dovrà riformare la valutazione per la concessione dei benefici penitenziari in modo che sia reale e scientifica e non una mera prassi per buona condotta. Severi i controlli anche per l’attività di volontario all’interno delle carceri. Videoconferenze per i processi: adozione di sistemi meno costosi e sviluppo dei video collegamenti per i processi in modo da evitare il contatto dei detenuti pericolosi con l’esterno ed ingenti risorse per traduzioni e software costosi. Detenuti stranieri: incentivazione del trasferimento delle persone straniere detenute che abbiano subito condanna definitiva, assicurando a tal fine una più ampia ed efficace applicazione della Convenzione del Consiglio d’Europa firmata a Strasburgo, il 21 marzo 1983 e favorendo altresì la conclusione di appositi accordi in tal senso con altri Paesi, in modo da consentire ad un maggior numero di persone di scontare la condanna nel Paese d’origine. Porte girevoli: il carcere non è più in grado di sostenere sforzi umani e burocratici per soggetti che entrano per pochi giorni al suo interno per poi tornare liberi subito. È necessario riformare ed investire più risorse sull’utilizzo delle celle di sicurezza e sui relativi procedimenti.

Abrogazione del Decreto Legislativo Orlando sulla riforma dell’ordinamento penitenziario (in discussione ora).

**Legge: Certezza della pena** • Eliminare gli effetti dei diversi provvedimenti dei Governi di Sinistra precedenti “svuotacarceri” e “salvadelinquenti” che hanno prodotto solo la scarcerazione di diversi detenuti causando un grave allarme sociale tra i cittadini; • Modificare la legge n. 67 del 2014 e precisamente abrogare i decreti legislativi nn. 7 e 8 del 2016 che hanno depenalizzato una lunga serie di reati che destano invece grave allarme sociale e rendono precaria la sicurezza dei cittadini, così consentendo tra l’altro di ripristinare reati come atti osceni in luogo pubblico, danneggiamento semplice, falso in atti privati, etc.; • Modificare il D.lgs. n. 28 del 2015 abrogando le ipotesi previste di non punibilità per particolare tenuità del fatto, frutto sempre della legge n. 67 del 2014; • Abrogare gli articoli del codice penale e di procedura penale che hanno introdotto l’istituto della messa alla prova, affinché si eviti che reati gravi puniti con pene edittali (4 anni più quelli di cui all’art. 550, comma 2, c.p.p.) possano essere dichiarati estinti con un semplice lavoro di pubblica utilità; • Abrogare l’articolo 162-ter del codice penale in tema di estinzione del reato per condotte riparatorie in modo che per i reati puniti a querela non si possa ottenere l’estinzione pagando una certa somma anche se la parte offesa non risulta essere d’accordo. **Ordinamento penitenziario e personale** • Completa e piena attuazione di un “piano straordinario per le carceri” con investimenti straordinari sull’edilizia penitenziaria (sia nuove strutture che ampliamento padiglioni esistenti) e messa in sicurezza o in funzione delle (38) “carceri fantasma” strutture



esistenti che potrebbero essere utilizzate come istituti di pena al fine di aumentare la capienza dei posti; • prevedere, anche con normative emergenziali, un piano di nuove assunzioni di agenti di polizia penitenziaria, tenuto conto che l'organico risulta scoperto di almeno 8.000 unità; • porre in essere in relazione al personale di polizia penitenziaria tutte le azioni necessarie affinché si proceda al rinnovo del contratto di lavoro ormai scaduto da quasi 10 anni oltre ad una corretta rimodulazione del provvedimento di "riordino delle carriere"; • rivedere il sistema di vigilanza dinamica (rivedere l'apertura delle celle per 8 ore al giorno) all'interno delle carceri (tenuto conto che la stessa consente la radicalizzazione) e il regime penitenziario aperto al fine di prevederne l'eliminazione, oltre a ripristinare il servizio di sentinelle di sorveglianza dalle mura del carcere, nonché revocare l'accordo con l'UCOII in relazione agli Imam che entrano nelle carceri tenuto conto che detti Imam non possano essere considerati Imam "moderati"; • attuare accordi bilaterali in essere ed un deciso impegno nella stipula di nuovi accordi bilaterali con altri Stati, affinché i detenuti stranieri scontino la pena nei Paesi di origine, tenuto conto che attualmente circa il 35% dei detenuti sono stranieri, con punte, nelle case di reclusione del Nord anche oltre il 50 per cento, e ciò anche al fine di evitare eventuali radicalizzazioni; • rivedere ed implementare il piano di attività lavorative all'interno delle carceri con funzione rieducativa del reo e scomputare, come avviene in Germania, dalla busta paga del detenuto il costo di mantenimento dello stesso in carcere partecipando quindi alle spese di vitto e alloggio; • revisione totale nel nuovo progetto di modifica dell'ordinamento penitenziario in via di approvazione in sede legislativa previsto dalla legge delega della riforma del processo penale ivi compreso il regime del 41 bis oggi reso più favorevole ai criminali.

**PD:** La piena attuazione della riforma dell'ordinamento penitenziario, poi, con percorsi di esecuzione della pena individualizzati e il ricorso alle misure alternative alla detenzione, attraverso formazione e lavoro, devono costituire la bussola anche nella prossima legislatura. Occorre arrestare la deriva securitaria: nella crisi dello Stato sociale abbiamo ceduto verso lo Stato penale. La sinistra italiana deve tornare a svolgere il suo compito. Perché l'affermazione della dignità umana è l'argine più efficace contro la violenza.

**FI:** Potenziamento del ricorso a misure alternative al processo penale, sulla base delle esperienze positive della messa alla prova, in assenza di pericolosità sociale, anche in relazione alla finalità rieducativa della pena. Nuova disciplina delle intercettazioni, della custodia preventiva, del diritto alla difesa. Accordi bilaterali per detenzione nei Paesi d'origine e nuovo Piano carcere.

**FDI:** Dopo cinque indulti mascherati in quattro anni, depenalizzazione di una serie di reati, riduzione dei tempi di permanenza in carcere, è necessario ristabilire il principio della certezza della pena. Costruire più carceri e chiudere accordi con Stati esteri per la detenzione presso le loro strutture dei condannati stranieri.

\*\*\*

### **Processo penale:**

**M5S: Le intercettazioni come mezzo di ricerca della prova.** Le intercettazioni sono un mezzo di ricerca della prova indispensabile per le indagini, in particolare per quelle relative a reati di criminalità organizzata e corruzione. Riteniamo che possa essere poten-

ziato e possa quindi dare uno strumento in più a chi indaga. Le principali inchieste che hanno coinvolto la politica, l'imprenditoria e la criminalità organizzata di stampo mafioso sono state rese possibili grazie alle intercettazioni. È importante allargare questo strumento, anche mediante l'utilizzo del 'trojan', ad una platea più vasta di reati, ed in particolare a quelli contro la pubblica amministrazione. Inoltre riteniamo che sia indispensabile in questo momento introdurre lo strumento delle videoriprese, visto che allo stato abbiamo un vuoto normativo che non viene colmato rispetto alle esigenze investigative. Abrogazione del decreto legislativo Orlando riguardante le intercettazioni. **Ricorso in appello e riformulazione del principio della reformatio in peius.** Il diritto di impugnare una sentenza penale di condanna, ritenuta ingiusta, non può comportare automaticamente che dall'appello della stessa ne possa conseguire solo un possibile beneficio per l'imputato senza che questi rischi, quando ne sussistono le condizioni, una rivalutazione complessiva dell'entità della pena anche in senso peggiorativo. Troppo spesso le Corti d'Appello sono oberate da migliaia di ricorsi in cui gli imputati ed i loro difensori chiedono la riforma di una sentenza di condanna con la consapevolezza che non possono subire la *reformatio* in senso peggiorativo, salvo il caso in cui ad appellare sia anche il pubblico ministero, della pena irrogata e che quindi, processualmente, non rischiano nulla. Tali impugnazioni, anzi, pure confermando completamente la condanna di primo grado, sono comunque funzionali (fermo restando la nostra riforma della prescrizione) per guadagnare tempo utile per maturare la prescrizione con la quale si azzerava completamente il 6° processo e l'eventuale condanna. Il diritto a difendersi da imputazioni o pene ritenute ingiuste, in altre parole, non deve più essere utilizzato come escamotage per ottenere (senza possibili conseguenze quale, ad esempio, una pena più pesante) la prescrizione del reato. Con l'abolizione del "divieto di *reformatio in peius*" verrebbero scoraggiati appelli strumentali e si consentirebbe ai giudici delle Corti di dedicarsi solo alle impugnazioni meritevoli di adeguata attenzione e valutazione, alleggerendo, così, il contenzioso penale e migliorando la qualità della Giustizia resa "nel nome del Popolo italiano". **Spese legali dell'imputato assolto con formula piena:** proponiamo che lo Stato, dietro presentazione di fattura comprovante l'avvenuto pagamento ed entro certi limiti di spesa, dovrà concedere la detraibilità fiscale delle spese legali sostenute per la difesa, in tre quote annuali di pari importo, a partire dall'anno successivo all'assoluzione definitiva. Saranno esclusi i casi di assoluzione per alcuni capi dell'imputazione e contemporanea condanna per altri, i casi di estinzione del reato per intervenuta amnistia o prescrizione o successiva depenalizzazione della condotta. **Perizie mediche sui detenuti pericolosi:** una questione complessa e complicata su cui le cronache giudiziarie degli ultimi decenni hanno rivelato un sistema di complicità tra mafiosi e medici specialistici, purtroppo spesso investiti anche del ruolo di consulenti tecnici d'ufficio. Si tratta infatti di un sistema tramite cui, grazie a perizie mediche, boss o affiliati imputati per reati di mafia o già condannati al regime del 41bis, riescono ad ottenere rinvii di processi, abbreviazioni di pena, o benefici sulla modalità di scontare la pena stessa. Ci si prefigge la finalità di limitare il rischio che le perizie mediche continuino, secondo quanto autorevolmente affermato, ad essere uno strumento a disposizione delle mafie, da utilizzare sia nella fase processuale che indaga sulle responsabilità, sia nella

successiva fase di condanna. Tra le principali disposizioni proposte, quella di affidare la perizia medica non ad un solo professionista ma ad una commissione di tre specialisti, composta da medici iscritti ad un apposito elenco suddiviso per disciplina. La nomina dei periti, dovrà avvenire tra medici che, oltre a presentare specifici requisiti, necessari per l'iscrizione all'elenco e per la loro permanenza in esso, appartengano a Regioni diverse da quella in cui si tiene il processo stesso e siano tra loro sconosciuti. Lo scopo è quello di rendere la nomina imprevedibile, casuale e dunque più difficilmente avvicinabili i medici su cui ricade. **Geografia giudiziaria:** in questi anni la volontà del legislatore è stata quella di centralizzare le funzioni giudiziarie in poche sedi, allontanando la Giustizia dai cittadini e dalle imprese, con ciò rendendola anche più costosa. Noi abbiamo un obiettivo opposto. Revisione della geografia Giudiziaria Alcune scelte fatte dai precedenti governi in tema di soppressione di sedi giudiziarie dovrebbero essere riviste poiché fatte senza alcuna conoscenza del territorio e delle relative specificità. **Corti d'Appello "condivise":** in via sperimentale per 5 anni, laddove non è presente più di una corte d'appello, si prevedranno le cd. "corti d'appello condivise", in cui i medesimi giudici terranno udienza e dove verranno archiviati i fascicoli. In pratica piuttosto che far muovere centinaia di avvocati e parti del processo si muoveranno esclusivamente i giudici interessati. Avremmo un notevole abbattimento dei costi sociali nonché costi minori per l'accesso alla giustizia. Come 18 Corti condivise sperimentali si potrebbe pensare a Verona (rispetto a Venezia) ed a Pescara (rispetto a l'Aquila) proprio per la particolarità delle due regioni.

**Lega:** Determinare da parte del potere legislativo (Parlamento) i criteri per stabilire le priorità dell'azione penale e per predisporre strumenti di monitoraggio che rendano, per quanto possibile, trasparente la gestione. No sconti di pena: Procedere alla revisione del rito abbreviato non consentendo l'applicazione dello stesso ai reati puniti con la pena dell'ergastolo e quelli previsti *ex art.* 51, comma 3 *bis*, c.p. (Omicidio aggravato, con violenza sessuale, sui minori, con violenza sessuale di gruppo etc.). Modificare le norme dell'ordinamento penale in modo che si possa procedere sin da subito allo svolgimento delle indagini preliminari da parte della polizia giudiziaria in modo che sia garantita una piena autonomia di azione senza la necessità dell'intervento "immediato" del pubblico ministero. Spaccio: Reintrodurre nel TU Stupefacenti la possibilità per spaccio di lieve entità di poter procedere alla custodia cautelare in carcere; Modificare l'art. 275 c.p.p. (carcerazione preventiva) e non consentire più, qualora il giudice procedente ritenga che la pena detentiva irrogata possa essere contenuta in un massimo di tre anni, la possibilità di disporre la misura della custodia cautelare in carcere. Si deve procedere ad una modifica ampliando il caso di applicazione della misura della custodia cautelare in carcere; • Procedere alla modifica della legge n. 47 del 2015 per espungere ai fini dell'applicabilità della misura della custodia cautelare (vedi i casi Bologna dove 4 presunti terroristi non sono stati arrestati poiché i fatti erano di sei mesi precedenti) in carcere l'attualità del pericolo. Giustizia di prossimità: Revisione delle circoscrizioni giudiziarie, prevedendo una modifica della soppressione avvenuta con i D.lgs. 155 e 156 del 2012 degli oltre 1000 uffici giudiziari, tra tribunali, procure e uffici del giudice di pace al fine di creare

una giustizia di prossimità più vicina al cittadino e più efficiente; • processo telematico: Compiuta modernizzazione tecnologica di tutti gli uffici giudiziari, nonché la completa implementazione del processo telematico; • assunzioni: Previsione di nuovi concorsi per implementare l'organico delle cancellerie e del personale amministrativo.

**PD:** In materia penale va rafforzato, sostenuto e monitorato il percorso di attuazione della riforma. Sarà necessario proseguire con l'opera di riduzione dell'area di intervento del diritto penale e rendere sempre più conveniente l'utilizzo dei riti alternativi. Nei prossimi anni bisognerà adeguare anche l'ambito penale alla sfida della digitalizzazione, già avviata e che arriverà nel biennio 2019-20 al punto di svolta del processo penale telematico

**FI:** Riforma della Giustizia per assicurare il diritto ad un Giusto Processo. Piano straordinario di smaltimento delle cause arretrate, risarcimento agli innocenti, non appellabilità delle sentenze di assoluzione.

# Il disegno di legge in materia di reati agroalimentari

COSTANZA FENYES

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. I reati contro la salute e l'incolumità del consumatore. – 3. Le frodi alimentari. – 4. Brevi cenni sulle modifiche alle norme del codice di procedura penale. – 5. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche da reato agroalimentare.

## 1. Premessa.

Il 1° dicembre 2017 il Consiglio dei Ministri ha approvato il disegno di legge che reca “Nuove norme in materia di reati agroalimentari”<sup>1</sup>, come elaborato dalla Commissione presieduta dal dott. Gian Carlo Caselli, istituita con decreto del Ministro della Giustizia del 20 aprile 2015, che propone un intervento di riforma sull'intero complesso delle fonti.

All'origine dell'incarico alla Commissione Caselli vi era, in primo luogo, l'esigenza di estendere la tutela della salute del consumatore finale del prodotto alimentare e garantire una maggiore trasparenza nell'informazione sul prodotto di cui il consumatore stesso è destinatario, adeguando il sistema normativo alla modernità delle tecniche di produzione alimentare, nonché agli interventi della normativa europea.

Vi era inoltre la necessità di introdurre nell'ordinamento strumenti idonei a contrastare l'attività illecita organizzata nel settore agroalimentare, oggi diffusa, che rischia di compromettere il valore del patrimonio agroalimentare nazionale, elemento costitutivo dell'identità e della cultura del territorio.

Per tali ragioni il disegno di legge propone, in particolare, il riordino ed il rafforzamento della tutela penale, dotata di efficacia generalpreventiva (quanto mai essenziale in quest'ambito), l'inserimento di inedite fattispecie criminose, nonché l'estensione della responsabilità amministrativa da reato dell'impresa alimentare ai sensi della Legge n. 231/2001.

Tali interventi sembrano saldamente guidati dai principi di legalità, determinatezza e offensività.

---

<sup>1</sup> Si veda il testo del disegno di legge su <http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00967591.pdf>.

Molte sono le novità proposte dal disegno di legge. Veniamo ad illustrare le più rilevanti, riservandoci di approfondire le riflessioni al momento, auspicabilmente vicino, della conversione in legge.

## 2. I reati contro la salute e l'incolumità del consumatore.

Il disegno di legge si propone di anticipare ed estendere la tutela della salute del consumatore, mediante l'inserimento di nuove fattispecie criminose, la razionalizzazione della disciplina della materia, il riordino dei rapporti tra codice penale e leggi speciali (in particolare la legge n. 283/1962).

In primo luogo la nuova legge modificherebbe le rubriche del Titolo VI del Libro II del codice penale, superando la distinzione tra "delitti di comune pericolo mediante violenza" (capo I) e "delitti di comune pericolo mediante frode" (capo II) proponendo quella tra "delitti di comune pericolo contro l'incolumità pubblica" (capo I) e "delitti di comune pericolo contro la salute pubblica e la sicurezza degli alimenti e dei medicinali" (capo II), precisando così, sin dalla rubrica l'intento ed il contenuto del capo.

Nell'ambito del capo II, rimarrebbe, con qualche lieve modifica, la previsione della fattispecie di cui all'art. 439 c.p. (*Avvelenamento di acque e di alimenti*); seguirebbe l'introduzione dell'art. 439 bis, *Contaminazione o corruzione di acque o di alimenti*, che punisce chiunque contamina o corrompa acque o alimenti destinati al consumo pubblico o di una collettività, rendendoli concretamente pericolosi per la salute pubblica.

Tra le novità di maggior rilievo sotto il profilo della razionalizzazione della disciplina in materia, vi è la nuova formulazione dell'art. 440 c.p., che sarebbe integralmente riscritto, a cominciare dalla rubrica: "*Produzione, importazione, esportazione, commercio, trasporto, vendita o distribuzione di alimenti pericolosi o contraffatti*"<sup>2</sup>. Detta norma includerebbe le fattispecie oggi previste e divise in tre articoli (440, 442 e 444 c.p.) ed avrebbe una fondamentale funzione di chiarimento del rapporto tra norma del codice e legge speciale, già di fatto esistente. Per meglio comprenderla, occorre accostare le norme di cui agli artt. 440 c.p. e 5 l. n. 283/1962, come eventualmente riformate dal disegno di legge in esame.

L'art. 440 c.p. prevede delitti di pericolo concreto: la nuova norma precisa espressamente la necessità che si verifichi il concreto pericolo di offesa del bene salute del consumatore.

L'art. 5 l. n. 283/1962<sup>3</sup>, nel disegno di legge, prevede quattro fattispecie di natura diversa.

<sup>2</sup> Art. 440 c.p.: "*Chiunque produce, importa, esporta, spedisce in transito, introduce in custodia temporanea o in deposito doganale, trasporta, detiene per il commercio, commercializza, somministra, vende o distribuisce alimenti non sicuri, pregiudizievoli per la salute o inadatti al consumo umano, ovvero contraffatti o adulterati, ponendo concretamente in pericolo la salute pubblica nella consumazione del prodotto, è punito con la reclusione da due a otto anni*".

<sup>3</sup> Oggi probabilmente rappresenta la norma di maggiore applicazione in ambito di reati agroalimentari (unitamente all'art. 6 della stessa legge), e, come attualmente formulata, sancisce il divieto di "*impiegare nella preparazione di alimenti o bevande, vendere, detenere*".

Le condotte alternative di *importazione, esportazione, preparazione, produzione, distribuzione o vendita di alimenti non sicuri, pregiudizievoli per la salute o inadatti al consumo umano*, se commesse con dolo, nell'ambito della grande distribuzione o del commercio all'ingrosso, configurano il delitto di pericolo astratto di cui al primo comma dell'art. 5; se commesse per colpa nell'ambito della grande distribuzione o del commercio all'ingrosso o con dolo nel commercio al dettaglio, configurano la fattispecie contravvenzionale di cui, rispettivamente, al terzo e quarto comma; se commesse per colpa, nel commercio al dettaglio, l'illecito amministrativo di cui al quinto comma.

Come è evidente, la natura degli illeciti di cui all'art. 5 l. n. 283 del 1962 è determinata secondo un criterio di gradualità dell'offesa, necessariamente applicato per regolare l'opportuna anticipazione della tutela della salute del consumatore, rispetto a quella fornita dalla norma codicistica, con la previsione di illeciti di rischio o di prevenzione<sup>4</sup>.

Nell'ambito della legge speciale richiamata, il disegno di legge inserisce una norma definitoria, l'art. 5-*bis*, che utilmente prevede cosa debba intendersi per alimenti "*non sicuri*", "*pregiudizievoli per la salute*" o "*inadatti al consumo umano*".

Il disegno di legge si propone inoltre di introdurre una nuova fattispecie, che punisce una condotta fino ad oggi non riconducibile ad alcuna norma incriminatrice in materia: l'omesso ritiro di alimenti pericolosi (all'art. 442 c.p.<sup>5</sup>). La clausola di riserva "*Fuori dei casi di concorso nel reato previsto dall'art. 440 c.p.*" serve a chiarire il rapporto tra le due norme: l'art. 442 c.p. prevede la condotta omissiva dolosa, punita anche allo scopo di prevenire le più gravi condotte di cui all'art. 440 c.p.

Come affermato nelle Linee guida per lo schema di disegno di legge in esame, elemento costitutivo del reato di cui all'art. 442 c.p. è il pericolo per la consumazione dell'alimento, *quale presupposto imprescindibile di un obbligo di agire che attinga alla sanzione penale, per definizione massimamente invasiva*<sup>6</sup>.

---

*per vendere o somministrare come mercede ai propri dipendenti, o comunque distribuire per il consumo sostanze alimentari private anche in parte dei propri elementi nutritivi o mescolate a sostanze di qualità inferiore o comunque trattate in modo da variarne la composizione naturale, salvo quanto disposto da leggi e regolamenti speciali; in cattivo stato di conservazione; con cariche microbiche superiori ai limiti che saranno stabiliti dal regolamento di esecuzione o da ordinanze ministeriali; insudiciate, invase da parassiti, in stato di alterazione o comunque nocive, ovvero sottoposte a lavorazioni o trattamenti diretti a mascherare un preesistente stato di alterazione; con aggiunta di additivi chimici di qualsiasi natura non autorizzati con decreto del Ministro per la sanità o, nel caso che siano stati autorizzati, senza l'osservanza delle norme prescritte per il loro impiego; che contengano residui di prodotti, usati in agricoltura per la protezione delle piante e a difesa delle sostanze alimentari immagazzinate, tossici per l'uomo.* La violazione di detto divieto dà luogo ad una fattispecie contravvenzionale punita come indicato nell'art. 6 della stessa legge n. 283/1962.

<sup>4</sup> Si veda, per un approfondimento, M. DONINI, *Il Progetto 2015 della Commissione Caselli per la riforma dei reati agroalimentari e contro la salute pubblica. Le linee di politica criminale*, in riv. *Diritto agroalimentare*, n. 2/2016 e in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)

<sup>5</sup> Art. 442 c.p.: "*Fuori dei casi di concorso nel reato previsto dall'art. 440 c.p., è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni l'operatore del settore alimentare che, essendo venuto a conoscenza della pericolosità per il consumo degli alimenti da lui detenuti o alienati, omette: a) di provvedere, ove possibile, al ritiro dal mercato o al richiamo presso gli acquirenti o gli attuali detentori; b) di informare immediatamente l'autorità competente. Alla stessa pena soggiace l'operatore del settore alimentare che non osserva i provvedimenti legalmente dati dall'autorità competente per l'eliminazione del pericolo di cui al comma primo.*"

<sup>6</sup> V. Linee guida per lo schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari" del 14.10.2015, a cura della Commissione Caselli, su [www.penalecontemporaneo.com](http://www.penalecontemporaneo.com).

All'art. 444 c.p. si propone di inserire la fattispecie di *Informazioni commerciali ingannevoli pericolose*<sup>7</sup>, assecondando così l'esigenza primaria, avvertita anche su impulso della normativa europea, di assicurare la corretta e trasparente informazione sulle qualità e caratteristiche del prodotto alimentare, a tutela della sicurezza nel consumo.

Un'altra rilevante novità sarebbe l'introduzione dell'art. 445 bis c.p., il *Disastro sanitario*, che punisce con la reclusione da sei a diciotto anni il soggetto che cagioni per colpa, con la condotta dolosa di cui agli artt. 439 bis, 440, 441, 442, 443, 444 e 445, *la lesione grave o la morte di tre o più persone e il pericolo grave e diffuso di analoghi eventi ai danni di altre persone*.<sup>8</sup>

Come si nota, l'evento è indicato in termini numerici, tassativi e determinati. L'evento lesione grave o morte di tre o più persone costituisce la dimostrazione del verificarsi di un pericolo più diffuso e vasto e serve a tipizzare il fatto definito come *disastro*<sup>9</sup>.

È da accogliere con favore la fissazione di parametri concreti che definiscono la fattispecie di disastro, con una tecnica legislativa ben distante da quella che descrive il disastro ambientale (art. 452-quater c.p.), nella norma di recente introduzione.

### 3. Le frodi alimentari.

L'intervento riformatore proposto dal disegno di legge nel settore di disciplina delle frodi alimentari specifica gli interessi centrali tutelati dalle norme in materia: la salvaguardia del consumatore che deve conoscere le caratteristiche di qualità dell'alimento di cui è destinatario, nonché la tutela del valore del patrimonio agroalimentare sotto il profilo dell'identità del prodotto quale espressione del territorio d'origine e di produzione.

Al fine di precisare il bene giuridico di riferimento, il disegno di legge propone di denominare il Titolo VIII del Libro II "Dei delitti contro l'economia pubblica, l'industria, il commercio *ed il patrimonio agroalimentare*" e di introdurre un nuovo capo II bis denominato "Delle frodi in commercio di prodotti alimentari".

Le fattispecie previste dal nuovo capo II bis prevedono e puniscono condotte effettivamente capaci di indurre in errore il consumatore, poste in essere con la finalità di inganarlo.

<sup>7</sup> Art. 444 c.p.: "Chiunque, al di fuori degli artt. 440, 441, 442, 443 e dell'art. 5, comma 2 della legge 30 aprile 1962, n. 283, mediante informazioni commerciali false o incomplete riguardanti alimenti, pregiudica la sicurezza della loro consumazione con pericolo concreto per la salute pubblica, è punito con la reclusione da uno a quattro anni."

<sup>8</sup> Il nuovo art. 5 della legge n. 283/1962 prevede, al sesto comma, che si applichi l'art. 445 bis c.p., anche quando il disastro sanitario si verifichi a seguito delle fattispecie dolose commesse nell'ambito della grande distribuzione o del commercio all'ingrosso, di cui al primo e secondo comma dello stesso art. 5.

<sup>9</sup> Sarà interessante approfondire un profilo sollevato dalle stesse Linee Guida redatte dalla Commissione Caselli, la quale afferma che le lesioni o la morte di tre o più persone dovranno necessariamente concorrere con il delitto di disastro ("il disastro sanitario non assorbe le lesioni o le morti individuali perché non ne richiede la prova, di regola. È fattispecie di pericolo, non c'è bis in idem."). Ciò desta delle perplessità in ordine alla natura dell'evento lesioni o morte come elemento costitutivo del reato di disastro, alla quale dovrebbe conseguire l'applicazione della disciplina del reato complesso, ex art. 84 c.p. Sul punto si veda anche S. CORBETTA, *Brevi note a margine del progetto di riforma dei delitti alimentari contro la salute pubblica*, in *Diritto Penale e Processo* n. 11/2015.



L'art. 516 c.p., *Frode in commercio di prodotti alimentari*<sup>10</sup>, è fattispecie generica e sussidiaria rispetto alle successive previste dagli artt. 517 e 517 *quater* c.p. L'art. 517 c.p. è speciale per la particolare modalità della condotta sanzionata, ossia la *vendita di alimenti con segni mendaci*.

Tale norma intende tutelare non più e non tanto il bene economia, ma, come precisato nelle citate Linee Guida, la fiducia del consumatore, che acquista il prodotto per le sue qualità e caratteristiche, tra cui l'origine e la provenienza *geografica*, su cui la norma pone l'accento.

La disciplina della fattispecie fa necessariamente riferimento alle leggi speciali e alla normativa europea in materia di etichettatura, essenziale per la tutela del diritto del consumatore ad un'informazione corretta e trasparente sul prodotto alimentare. A tal proposito, si segnala la recente emanazione del decreto legislativo n. 231 del 15 dicembre 2017, pubblicato l'8.2.2018, che entrerà in vigore il 9.5.2018, di attuazione del regolamento europeo n. 1169/2011 sull'etichettatura alimentare<sup>11</sup>.

Segue l'art. 517-*quater* c.p., speciale rispetto all'art. 516 c.p. poiché si occupa dell'ipotesi di contraffazione di un particolare tipo di prodotto alimentare: quello *a denominazione protetta*. Si propone l'incriminazione anche di condotte antecedenti rispetto alla consegna del prodotto al consumatore, quali la introduzione nel territorio dello stato in custodia o deposito doganale, la spedizione in transito, l'esportazione, il trasporto e la detenzione per la vendita.

Il disegno di legge propone, con riguardo alle fattispecie di frode alimentare, un generale aumento delle pene, rispetto al quale è coerente (e costituisce il culmine) il trattamento sanzionatorio previsto per l'inedita fattispecie di *agropirateria*, di cui si propone l'introduzione all'art. 517-*quater*.1 c.p., che punisce *chiunque, fuori dai casi di cui agli articoli 416 e 416-bis, al fine di trarne profitto, in modo sistematico e attraverso l'allestimento di mezzi o attività organizzate commette alcuno dei fatti di cui agli articoli 516 e 517*, con la pena da due a sei anni e con la multa da 15.000 a 75.000 euro; *se commette alcuno dei fatti di cui all'art. 517-*quater**, con la reclusione da tre a sette anni e con la multa da 20.000 a 100.000 euro.

L'intento della norma, che punisce una condotta monosoggettiva, è contrastare i fenomeni di criminalità organizzata e sistematica nel settore delle frodi agroalimentari, non riconducibili (per mancanza di stabilità e permanenza dell'organizzazione, o per ragioni di

<sup>10</sup> Art. 516 c.p.: "Fuori dei casi di cui all'art. 517, chiunque, nell'esercizio di un'attività agricola, commerciale, industriale o di intermediazione, importa, esporta, spedisce in transito, introduce in custodia temporanea o in deposito doganale, trasporta, detiene per vendere, offre o pone in vendita, somministra, distribuisce o mette altrimenti in circolazione alimenti che, per origine, provenienza, qualità o quantità, sono diversi da quelli indicati, dichiarati o pattuiti, è punito con la reclusione da quattro mesi a due anni e con la multa fino a 10.000 euro."

<sup>11</sup> V. il testo su [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it); le principali novità sono sintetizzate sul sito del Ministero dello Sviluppo Economico al link seguente: <http://www.sviluppoeconomico.gov.it/index.php/it/impresa/competitivita-e-nuove-imprese/industria-alimentare/etichettatura-alimentare>.

difficoltà probatorie in merito alla sussistenza di un vincolo associativo) alle fattispecie di cui agli artt. 416 e 416-*bis* c.p.

È previsto, infine, l'inserimento dell'art. 518-*bis* c.p. che prevede una serie di pene accessorie, ulteriori rispetto a quelle elencate nell'art. 517-*quater*.<sup>1</sup>, da applicarsi a seguito di condanna per il delitto di agropirateria, nonché per i reati di cui agli articoli 416 e 416-*bis* se l'associazione è diretta alla commissione dei delitti previsti dal capo II-*bis* c.p.

#### 4. Brevi cenni sulle modifiche alle norme del codice di procedura penale.

Il disegno di legge propone di apportare alcune modifiche alle norme processuali, in particolare in materia di ricerca della prova e di attività di indagine.

La riforma interverrebbe a colmare la lacuna dell'ordinamento relativa alla mancata previsione di una disciplina di procedura penale dell'attività di prelievo e campionamento di sostanze alimentari<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> A proposito del prelievo di campioni, si veda, in particolare, il vigente art. 1 della l. n. 283/1962, il quale prevede, al primo comma, che "Sono soggette a vigilanza per la tutela della pubblica salute la produzione ed il commercio delle sostanze destinate alla alimentazione. A tal fine l'autorità sanitaria può procedere, in qualunque momento ed a mezzo dei competenti organi ed uffici, ad ispezione e prelievo di campioni negli stabilimenti ed esercizi pubblici, dove si producano, si conservino in deposito, si smerchino o si consumino le predette sostanze, nonché sugli scali e sui mezzi di trasporto". Nei commi successivi la norma disciplina luoghi, tempi e modalità dello svolgimento delle analisi. L'art. 3 della stessa legge stabilisce che le ispezioni ed i prelievi di campioni siano effettuati da personale sanitario o tecnico appositamente incaricato, dipendente dall'autorità sanitaria provinciale o comunale; tali soggetti, nei limiti del servizio a cui sono destinati e secondo le attribuzioni ad essi conferite, sono ufficiali o agenti di polizia giudiziaria e possono, in ogni caso, richiedere, ove occorra, l'assistenza della forza pubblica. È interessante notare come un'attività di natura amministrativa, di prevenzione degli illeciti (e non ancora di repressione degli stessi) sia definita come attività di polizia giudiziaria. Tale funzione è da ritenersi anticipatamente attribuita allo scopo di assicurare l'acquisizione di prove fondamentali per l'ipotesi in cui all'esito delle analisi di laboratorio emergano irregolarità seguite dall'iscrizione di una notizia di reato. Alla natura di attività di polizia giudiziaria consegue la previsione di garanzie che si attivano già in questa fase, a tutela del diritto di difesa dell'*interessato* (soggetto nei cui confronti potrebbero sorgere indizi di reato in conseguenza dei risultati delle analisi).

Per tale ragione è intervenuta la Corte Costituzionale, con sentenza 10 ottobre 1990, n. 434, a dichiarare illegittimo l'art. 1 della legge speciale del 1962 nella parte in cui non prevedeva l'avviso all'interessato in caso di sostanza deperibile.

La disciplina degli avvisi è attualmente prevista dall'art. 223 delle disp. att. c.p.p. che recepisce entrambe le esigenze della fase: efficacia dell'accertamento e salvaguardia del diritto di difesa dell'interessato. In presenza di campioni per i quali non è prevista la revisione, la norma impone il preavviso all'interessato del giorno, dell'ora e del luogo ove le analisi verranno effettuate, in modo che possa partecipare eventualmente assistito da un consulente tecnico; in caso di analisi di campione di sostanza non deperibile, ove sia possibile la revisione, non è dovuto l'avviso all'interessato delle prime operazioni di analisi, che saranno "atto a sorpresa". All'interessato dovrà essere notificato il risultato, a seguito del quale potrà, entro 15 giorni, domandare la revisione. Della data e del luogo della revisione è dato avviso almeno tre giorni prima e l'interessato potrà presenziare con l'assistenza del proprio difensore eventualmente nominato e di un consulente tecnico.

In mancanza degli avvisi garantiti, l'attività di analisi è nulla ed il verbale inutilizzabile. Si tratta di nullità a regime intermedio, anche rilevabile d'ufficio. Generalmente accade che sia eccepita in sede di riesame del sequestro.

Il disegno di legge propone qualche precisazione nella disciplina prevista all'art. 223 disp. att. c.p.p., in particolare aggiungendo la necessità del preavviso non solo nei casi di campioni per i quali non sia prevista la revisione, ma anche "se per deperibilità, modificabilità o quantità del campione, non è possibile la ripetizione delle analisi".

Sarebbe aggiunto inoltre il comma 3-*bis*, in cui si afferma che l'esito delle analisi dei campioni è da ritenersi prova atipica ex art. 189 c.p.p., con la conseguente necessità di una valutazione in concreto da parte del Giudice riguardo all'idoneità per l'accertamento dei fatti.

Detta attività ha rilievo fondamentale in ragione del fatto che i risultati delle analisi di laboratorio dei campioni di sostanze alimentari rappresentano la prova principe nell'ambito dei procedimenti penali relativi ad illeciti agroalimentari.

A tal riguardo, il disegno di legge propone l'introduzione dei commi *2-bis* e *2-ter* all'art. 246 c.p.p. in tema di ispezione. Proprio al fine di tutelare le indagini, si afferma che l'attività di prelievo e campionamento è da considerarsi atto a sorpresa, in relazione al quale si applica la disciplina di cui all'art. 364 quinto comma, secondo periodo c.p.p.

Inoltre, con la modifica dell'art. 354 c.p.p. si prevede espressamente, tra gli atti urgenti effettuabili d'iniziativa della polizia giudiziaria, il prelievo di campioni rappresentativi del prodotto alimentare.

All'art. 266 comma 1 c.p.p. si prevede l'ammissibilità dell'intercettazione di conversazioni o comunicazioni telefoniche o altre forme di telecomunicazione, già consentita nei procedimenti relativi ai reati di cui agli artt. 444, 473, 474, 515, 516 e 516-*quater* c.p., anche nei procedimenti relativi agli illeciti previsti all'art. 5 della l. n. 283/1962.

Infine, il disegno di legge propone l'introduzione di un nuovo caso di incidente probatorio, nell'ipotesi di perizia che comporti attività di analisi di alimenti in giudiziale sequestro ancorché non deperibili.

## 5. La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche da reato agroalimentare.

Il Titolo III del disegno di legge ha ad oggetto una nuova disciplina della responsabilità amministrativa degli enti collettivi derivante da reato agroalimentare<sup>13</sup>.

L'intervento ha funzionalità di prevenzione degli illeciti alimentari e si sviluppa in due direzioni: l'incremento delle fattispecie di reato-presupposto della responsabilità amministrativa della persona giuridica; la previsione di un modello di organizzazione *ad hoc* per l'ente qualificato come impresa alimentare, idoneo a prevenire condotte illecite ed escludere la responsabilità dell'ente nell'ipotesi in cui si verificano.

In primo luogo sono inseriti tra i reati presupposto i delitti contro la salute (oggi assenti), oltre ai delitti di frode in commercio di prodotti alimentari, come eventualmente riformati.

Quanto al modello di organizzazione, lo stesso è precisamente delineato per punti dal nuovo art. 6-*bis* d.lgs. n. 231/2001, ed è considerato *ex lege* idoneo ad avere efficacia esimente o attenuante della responsabilità amministrativa dell'impresa, con la conseguente esclusione di una valutazione in concreto da parte del Giudice.

<sup>13</sup> Sul tema, nonché sulla nuova disciplina della delega di funzioni, che sarebbe introdotta con l'art. 1-*bis* della l. n. 283/1962, si veda C. CUPELLI, *La riforma dei reati in materia agroalimentare: la responsabilità degli enti e i nuovi meccanismi estintivi*, in *Diritto Agroalimentare*, 1/2016.

La nuova disciplina sulla responsabilità delle persone giuridiche è coerente con l'intervento riformatore complessivo, che appare rappresentare il risultato di un rigoroso e ragionevole bilanciamento tra esigenze di prevenzione e repressione dei reati agroalimentari e garanzie del singolo produttore e dell'impresa alimentare, sotto il profilo della gestione del rischio, degli strumenti di precauzione e della corretta distribuzione delle responsabilità.

Cass. pen., Sez. V, 23 giugno 2017, (dep. 01/08/2017), n. 38396, Rv. 270763, pres. Vessichelli – rel. Caputo (annulla in parte con rinvio, App. Bari, 08/10/2015)

**Reati fallimentari – Reati di persone diverse dal fallito – Fatti di bancarotta – Bancarotta fraudolenta per distrazione – Elemento oggettivo – Concreta pericolosità del fatto distrattivo – Dolo generico – Accertamento – “Indici di fraudolenza”**

*In tema di bancarotta fraudolenta per distrazione, l'accertamento dell'elemento oggettivo della concreta pericolosità del fatto distrattivo e del dolo generico deve valorizzare la ricerca di “indici di fraudolenza”, rinvenibili, ad esempio, nella disamina della condotta alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'azienda, nel contesto in cui l'impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell'amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte, nella irriducibile estraneità del fatto generatore dello squilibrio tra attività e passività rispetto a canoni di ragionevolezza imprenditoriale, necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa, funzionale ad assicurare la garanzia dei creditori, e, dall'altro, all'accertamento in capo all'agente della consapevolezza e volontà della condotta in concreto pericolosa.*

(Omissis)

RITENUTO IN FATTO - 1. Con sentenza deliberata in data 08/10/2015, la Corte di appello di Bari ha confermato la sentenza del 30/05/2012 con la quale il Tribunale di Trani aveva dichiarato S. S. e A. F. responsabili – la prima quale amministratore, il secondo quale amministratore di fatto di E. s.r.l., dichiarata fallita il 21/12/2006 – dei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale, per avere distratto alcuni beni della società (un software, due PC, un fax, due stampanti, un modem, un motore compressore, una bilancia elettronica e dei condizionatori), e di bancarotta fraudolenta documentale, per avere tenuto – in particolare, dopo il 31/08/2006 – le scritture contabili in modo da impedire la ricostruzione degli affari e del patrimonio aziendale (e, in particolare, dei movimenti in denaro liquido inerenti alla società), e, con l'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, li aveva condannati alla pena di giustizia.

2. Avverso l'indicata sentenza della Corte di appello di Bari ha proposto ricorso per cassazione S. S., attraverso il difensore articolando due motivi di seguito enunciati nei limiti di cui all'art. 173, comma 1, disp. att. cod. proc. pen.

2.1. Il primo motivo denuncia vizi di motivazione in relazione ai reati contestati. Con riferimento all'elemento materiale della bancarotta fraudolenta per distrazione, la consulenza della difesa aveva evidenziato l'assoluta marginalità delle anomalie contestate e che il valore contabile dei beni presuntivamente distratti era pari all'1,63% dell'attivo di bilancio al 31/12/2005, mentre lo stesso consulente del pubblico ministero ha riferito che i beni non erano più utilizzati nel ciclo produttivo per obsolescenza e, quindi, fisicamente accantonati o distrutti, laddove la motivazione della sentenza impugnata fa discendere la prova della distrazione da una presunzione. In ordine all'elemento psicologico, è necessaria la prova del dolo specifico, ossia della coscienza e volontà di utilizzare il patrimonio sociale per uno scopo diverso rispetto alle finalità di impresa e di causare, in tal modo, un pregiudizio per i creditori inteso come riduzione della garanzia patrimoniale rappresentata dal patrimonio sociale.

Con riferimento alla bancarotta documentale, sia il consulente della difesa, sia quello del P.M. hanno ravvisato la regolare tenuta dei libri e delle scritture contabili fino al 31/08/2006, man-

cando solo l'aggiornamento dal 01/09/2006 al 21/12/2006, data della sentenza di fallimento, e non essendo risultata l'impossibilità di ricostruire comunque il patrimonio e il movimento degli affari, mentre la sentenza impugnata non ha in alcun modo motivato circa l'effettivo pregiudizio subito dai creditori.

2.2. Il secondo motivo denuncia inosservanza della legge penale e vizi di motivazione in relazione alla mancata riqualificazione dell'imputazione di bancarotta patrimoniale nel reato di bancarotta semplice per fatti colposi di aggravamento del dissesto (art. 217, primo comma, n. 4, I. fall.), nonché dell'imputazione di bancarotta documentale nel reato di bancarotta semplice per omessa tenuta ovvero per tenuta irregolare dei libri e delle scritture contabili.

3. Avverso l'indicata sentenza della Corte di appello di Bari ha proposto ricorso per cassazione A. F., attraverso il difensore avv. G. D. P., articolando tre motivi di seguito enunciati nei limiti di cui all'art. 173, comma 1, disp. att. cod. proc. pen. Mentre il secondo e il terzo motivo articolano censure dal contenuto argomentativo analogo a quello dei due motivi del ricorso proposto nell'interesse di S. S., il primo motivo denuncia inosservanza della legge penale e vizi di motivazione in ordine all'attribuzione al ricorrente della qualifica di amministratore di fatto della fallita. Al riguardo, illogicamente la sentenza impugnata richiama il rapporto personale tra F. e S. e la qualità di socio accomandatario di F. s.r.l., in rapporti commerciali con la fallita, rivestita dal primo, laddove le dichiarazioni dei dipendenti riportate nella relazione *ex art. 33 I. fall.* non hanno formato oggetto di contraddittorio, con conseguente indebolimento della loro portata probatoria. Il conferimento della procura ad operare sul conto deve ritenersi sintomatico della mancata ingerenza della gestione generale della società, così come i riferimenti al ricorrente nella documentazione presentata da al-

cuni fornitori e nell'accordo commerciale allegato al passivo.

CONSIDERATO IN DIRITTO – 1. I ricorsi devono essere accolti limitatamente all'imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

2. Muovendo, per una più agevole disamina delle censure proposte dai ricorrenti, da quelle articolate con il primo motivo del ricorso nell'interesse di A. F., esse sono manifestamente infondate. La sentenza impugnata e quella di primo grado, che si integra con quella conforme di appello (Sez. 2, n. 11220 del 13/11/1997 - dep. 05/12/1997, Ambrosino, Rv. 209145), hanno compiutamente delineato i plurimi elementi in base ai quali è stata riconosciuta a F. la qualifica di amministratore di fatto della fallita. Lungi dal far leva sul solo legame personale tra lo stesso F. e S. S., amministratore di diritto della fallita, i giudici di merito hanno valorizzato, in primo luogo, le dichiarazioni di due dipendenti della società, R. V., addetta alla contabilità, e G. P., responsabile delle vendite, i quali hanno concordemente riferito che F. gestiva sotto il profilo amministrativo e commerciale E. s.r.l.: sul punto, il ricorrente lamenta il difetto di contraddittorio e, di conseguenza, la ridotta valenza probatoria delle dichiarazioni in quanto acquisite attraverso la relazione *ex art. 33 I. fall.* nella quale erano confluite; la doglianza, tuttavia, è manifestamente infondata, posto che, come risulta dalla sentenza di primo grado con rilievo non contestato dal ricorrente, la relazione del curatore è stata acquisita su accordo delle parti. A ciò si aggiunga, che le sentenze di merito hanno valorizzato ulteriori dati probatori, quali la procura conferita a favore di F. da S. ad operare su uno dei conti della fallita, elemento, questo, al quale è stata riconosciuta, nell'ambito del più ampio compendio probatorio (che valorizzava, ad esempio, anche il "collegamento" con un'altra società gestita dal ricorrente), valenza dimostrativa del ruolo gestorio svolto in seno a E. s.r.l., con motivazione in linea con il dato probatorio stesso e immune da cadu-

te di consequenzialità logica, il che rende ragione dell'inammissibilità della censura articolata al riguardo dal ricorso, volta a sollecitare a questa Corte un'inammissibile rivisitazione di merito del quadro probatorio.

3. Le censure in ordine all'imputazione di bancarotta fraudolenta documentale articolare con il primo e con il secondo motivo del ricorso nell'interesse di S. e con il secondo e con il terzo motivo del ricorso nell'interesse di F. non meritano accoglimento. La motivazione della sentenza impugnata richiama plurime incongruenze e carenze nelle scritture e nei libri contabili, quali, in sintesi, l'assenza dei mastri contabili relativi all'esercizio del 2004, la completa mancanza dell'inventario per l'ultimo esercizio, una serie di incongruenze nelle iscrizioni relative a immobilizzazioni di crediti, fondi imposte e debiti verso banche, l'irregolare iscrizione di crediti verso clienti per significativi importi (diversi nella proposta di concordato e nel bilancio al 31/08/2003), le discrasie dei conti di mastro: la constatata tenuta di registri e scritture in modo del tutto inidoneo alla ricostruzione del movimento degli affari e del patrimonio della fallita rende ragione, nel percorso argomentativo della sentenza impugnata, della sussistenza della fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale (e, segnatamente, del relativo elemento psicologico), il che esclude l'invocata riqualificazione del fatto in termini di bancarotta semplice.

A fronte della motivazione della sentenza impugnata, i ricorrenti ripropongono la tesi della limitazione temporale delle irregolarità contabili e del mancato accertamento della possibilità di ricostruire comunque il patrimonio e il movimento degli affari, ma sotto entrambi i profili, le censure risultano carenti della necessaria correlazione tra le argomentazioni riportate dalla decisione impugnata e quelle poste a fondamento dell'impugnazione (Sez. 4, n. 18826 del 09/02/2012 - dep. 16/05/2012, Pezzo, Rv. 253849). Rilievo, questo, valido anche con riguardo all'elemento soggettivo

del reato (e alla mancata riqualificazione del fatto quale bancarotta semplice), avendo congruamente la Corte di merito dato conto della ravvisabilità del dolo generico, ossia della consapevolezza, in capo agli imputati, dell'impossibilità di ricostruire le vicende del patrimonio della fallita per le rilevate incongruenze e carenze nelle scritture e nei libri contabili.

4. Le censure relative al capo concernente l'imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale e articolate con il primo motivo del ricorso nell'interesse di S. e con il secondo motivo del ricorso nell'interesse di F. devono, invece, essere accolte, nei termini di seguito indicati (restando assorbite le ulteriori doglianze relative alla configurabilità della bancarotta semplice). Il loro esame deve muovere dalla ricognizione degli orientamenti della giurisprudenza di questa Corte in ordine alla fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale sotto il profilo oggettivo e sotto quello del relativo elemento psicologico.

4.1 Secondo l'indirizzo giurisprudenziale del tutto consolidato, ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale non è necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento (Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi, Rv. 261942; conf., *ex plurimis*, Sez. 5, n. 11095 del 13/02/2014, Ghirardelli, Rv. 262741; Sez. 5, n. 47616 del 17/07/2014, Simone, Rv. 261683; Sez. 5, n. 26542 del 19/03/2014, Riva, Rv. 260690; Sez. 5, n. 11793/14 del 05/12/2013, Marafioti, Rv. 260199; Sez. 5, n. 232 del 09/10/2012, Sistro, Rv. 254061) e, d'altro canto, il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è reato di pericolo a dolo generico per la cui sussistenza, pertanto, non è necessario che l'agente abbia consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né che abbia agito allo scopo di recare pregiudizio ai creditori (Sez. 5, n. 3229/13 del 14/12/2012, Rossetto, Rv. 253932; conf., *ex plurimis*, Sez. 5, n. 21846 del 13/02/2014, Bergamaschi, Rv. 260407; Sez. 5, n. 44933 del

26/09/2011, Pisani, Rv. 251214). Le pronunce appena richiamate hanno ribadito il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, dal quale, in modo del tutto isolato, si era discostata Sez. 5, n. 47502 del 24/09/2012, Corvetta, Rv. 253493, affermando che, nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, lo stato di insolvenza che dà luogo al fallimento, in qualità di evento del reato, deve porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente e deve essere, altresì, sorretto dall'elemento soggettivo del dolo. Come questa Corte ha avuto modo più volte di osservare, molteplici sono gli argomenti che confermano l'orientamento consolidato, mettendo in luce i vari profili di infondatezza della ricostruzione offerta dalla sentenza Corvetta, argomenti che, in questa sede, è sufficiente ripercorrere in parte e in estrema sintesi (tanto più che, come si vedrà, l'impostazione della sentenza Corvetta ha trovato, di recente, nuova smentita in Sez. U, n. 22474 del 31/03/2016, Passarelli): il dato normativo, per il quale la rilevanza del rapporto causale tra condotta e dissesto è previsto per le sole fattispecie di bancarotta impropria ex art. 223, secondo comma, I. fall.; il carattere di mero paralogismo dell'affermazione che il fallimento è l'evento del reato; la del tutto problematica ipotizzabilità di un rapporto causale tra dissesto e fatti di bancarotta documentale (cfr., tra le altre, Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi; Sez. 5, n. 32031 del 07/05/2014, Daccò; Sez. 5, n. 15613/15 del 05/12/2014, Geronzi).

4.2. Ribadito, dunque, il consolidato assetto del rapporto tra fatto di bancarotta fraudolenta patrimoniale e sentenza dichiarativa di fallimento delineato dalla giurisprudenza di legittimità, esso, nei termini di seguito meglio precisati, non determina, né sotto il profilo oggettivo del reato, né sotto quello soggettivo, alcun *vulnus* ai principi costituzionali dell'illecito penale. Confermando l'indirizzo che disattende la ricostruzione di detto rapporto accolta dalla sentenza Corvetta, le Sezioni unite di questa Corte hanno di recen-

te ribadito che, ai fini della sussistenza del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, non è necessaria l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa, destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività, sicché, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, i fatti di distrazione assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi e, quindi, anche se la condotta si è realizzata quando ancora l'impresa non versava in condizioni di insolvenza (Sez. U, n. 22474 del 31/03/2016, Passarelli, Rv. 266804). La rilevanza *sub specie* di bancarotta fraudolenta patrimoniale del fatto di distrazione indipendentemente dalla distanza temporale che lo separa dalla sentenza dichiarativa di fallimento non comporta, peraltro, né l'indifferenza *tout court* di tale dato temporale, né la ricostruzione della fattispecie in esame in termini, sostanzialmente, di reato di pericolo presunto. Per un verso, infatti, «la disciplina relativa alla bancarotta fraudolenta patrimoniale è in grado, nella sua concreta applicazione, di selezionare i comportamenti in ragione del tempo che li separa dalla pronuncia giudiziale, dovendo il giudice pur sempre dar conto dell'effettiva offesa alla massa dei creditori (oggetto della tutela penale), quale portata del comportamento illecito (anche mediato e consequenziale, derivato dalla perdita di ricchezza e non compensato *medio tempore* da alcun riequilibrio economico)» (così, in motivazione, Sez. 5, n. 523/07 del 22/11/2006, Cito, Rv. 235694, in una fattispecie in cui «pur cronologicamente lontana dalla sentenza dichiarativa di fallimento, la sottrazione di ricchezza si ripercosse nel tempo direttamente sull'impoverimento dell'asse patrimoniale, con diretto danno per la massa creditoria»). Per altro verso, è la concreta messa in pericolo della «conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa, costituente la garanzia per i creditori della medesima» (Corte cost., ord. n. 268 del 1989) che funge da



parametro dell'applicazione della norma incriminatrice; invero, «l'offesa provocata dal reato non può ridursi al mero impoverimento dell'asse patrimoniale dell'impresa, ma si restringe alla diminuzione della consistenza patrimoniale idonea a danneggiare le aspettative dei creditori» (Sez. 5, n. 16388 del 23/03/2011, Barbato, Rv. 250108, in motivazione). Un'offesa che, nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, è configurata secondo il paradigma del pericolo concreto: invero, la natura di reato di pericolo concreto «comporta che ogni condotta idonea – concretamente – a pregiudicare la garanzia dei creditori rientra nel fuoco della norma» (Sez. 5, n. 18210 del 03/03/2015, Borella; conf., *ex plurimis*, Sez. 5, n. 13590 del 24/02/2015, Nardelli). Infatti, come messo in luce, all'esito di un'approfondita disamina della giurisprudenza di questa Corte e sulla base di coordinate interpretative condivise dal Collegio, da Sez. 5, n. 17819 del 24/03/2017, Palitta, «l'offensività della condotta è limitata ai fatti che creano un pericolo concreto», ossia allorquando possa affermarsi che «la diminuzione della consistenza patrimoniale comporta uno squilibrio tra attività e passività», risultando, pertanto, l'atto depauperativo idoneo a «creare un *vulnus* all'integrità della garanzia dei creditori in caso di apertura della procedura concorsuale». Nella medesima linea interpretativa, si è affermato che la bancarotta fraudolenta patrimoniale è reato di pericolo concreto (Sez. 5, n. 38325 del 03/10/2013, Ferro, Rv. 260378, in motivazione; conf. Sez. 5, n. 33181 del 13/03/2014, Gatti Kraus; Sez. 5, n. 33527 del 19/02/2015, Giacomini; Sez. 5, n. 19548 del 09/01/2015, Merodi), rispetto al quale l'esito concorsuale va inteso come «come prospettiva nella quale deve essere valutata l'effettiva offensività della condotta» (Sez. 5, n. 15613/15 del 05/12/2014, Geronzi, in motivazione): prospettiva, questa, che, per non svilire la capacità selettiva della configurazione della fattispecie come reato di pericolo concreto, non può prescindere dalla valutazione dell'attitudine del fatto distrattivo ad

incidere sulla garanzia dei creditori alla luce della specifica, complessiva condizione in cui versa l'impresa. Espressione del riconoscimento alla bancarotta fraudolenta patrimoniale della natura di reato di pericolo concreto è, del resto, il costante indirizzo di questa Corte in tema di bancarotta «riparata», che si configura, determinando l'insussistenza dell'elemento materiale del reato, quando la sottrazione dei beni venga annullata da un'attività di segno contrario, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della soglia cronologica costituita dalla dichiarazione di fallimento, così annullando il pregiudizio per i creditori o anche solo la potenzialità di un danno (Sez. 5, n. 52077 del 04/11/2014, Lelli, Rv. 261347), sicché l'attività di segno contrario che annulli la sottrazione deve reintegrare il patrimonio dell'impresa prima della dichiarazione di fallimento, evitando che il pericolo per la garanzia dei creditori acquisisca effettiva concretezza (Sez. 5, n. 50289 del 07/07/2015, P.M. in proc. Mollica, Rv. 265903).

4.3. La natura di reato di pericolo concreto rivestita dalla fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale assume poi un particolare rilievo con riguardo alla configurazione dell'elemento psicologico del reato, nonché, come si vedrà, alla definizione dei corrispondenti oneri motivazionali in capo al giudice di merito: profilo, quest'ultimo, che contribuisce, per un verso, a delineare ulteriormente l'approccio alla questione della distanza temporale tra fatti di bancarotta e sentenza dichiarativa di fallimento e, per altro verso, conferma la rispondenza della norma incriminatrice, così come interpretata dal diritto vivente, ai principi costituzionali in tema, segnatamente, di colpevolezza. Al riguardo, in disparte le fattispecie di bancarotta fraudolenta mediante esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, per le quali è richiesta la sussistenza del dolo specifico rappresentato dallo scopo di recare pregiudizio ai creditori (Sez. 5, n. 45431 del 26/10/2004, Di Trapani, Rv. 230353), l'orientamento del tutto consolidato

della giurisprudenza di questa Corte – ancora una volta capace di render ragione dell’erroneità della prospettiva ricostruttiva accolta dalla sentenza Corvetta – è stato di recente ribadito dalle Sezioni unite, attraverso il principio di diritto in forza del quale l’elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell’impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte (Sez. U, n. 22474 del 31/03/2016, Passarelli, Rv. 266805): su un piano generale, infatti, «per integrare l’elemento psicologico del delitto in questione non occorre che l’impresa sia in stato di dissesto e che di tale stato sia consapevole l’agente» (Sez. 5, n. 29896 del 01/07/2002, Arienti, Rv. 222388; conf. Sez. 5, n. 16579 del 24/03/2010, Fiume, Rv. 246879). Fuori dall’ipotesi di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, dunque, l’elemento psicologico della bancarotta fraudolenta patrimoniale va ravvisato nel «dolo generico, cioè nella consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell’impresa e di compiere atti che possano cagionare o cagionino danno ai creditori», consapevolezza che «deve essere desunta da tutti gli elementi che caratterizzano la condotta dell’imputato con una analisi puntuale degli stessi» (Sez. 5, n. 12897 del 06/10/1999, Tassan Din, Rv. 214863). Ricostruito l’elemento psicologico della bancarotta fraudolenta patrimoniale in termini di dolo generico, i suoi specifici contenuti sono delineati dalla giurisprudenza di legittimità valorizzando la riconducibilità della fattispecie nel *genus* dei reati di pericolo concreto: il progressivo approfondimento della portata di tali contenuti ha condotto infatti questa Corte a ritenere che, per la sussistenza del dolo di bancarotta patrimoniale, sia necessaria «la rappresentazione da

parte dell’agente della pericolosità della condotta distrattiva, da intendersi come probabilità dell’effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare e, dunque, la rappresentazione del rischio di lesione degli interessi creditori tutelati dalla norma incriminatrice» (Sez. 5, n. 15613/15 del 05/12/2014, Geronzi, cit.). Lungi dall’esaurirsi nella rappresentazione e nella volizione del fatto distrattivo, dissipativo, etc., il dolo di bancarotta investe anche la pericolosità di tali fatti rispetto alla preservazione della garanzia patrimoniale dei creditori: in questa prospettiva, «la “fraudolenza”, intesa come connotato interno alla distrazione, implica, dal punto di vista soggettivo, che la condotta di tutti coloro che si predica concorrono nella attività distrattiva risulti perlomeno assistita dalla consapevolezza che si stanno compiendo operazioni sul patrimonio sociale, o su talune attività, idonee a cagionare danno ai creditori» (Sez. 5, n. 9807 del 13/02/2006, Caimmi, Rv. 234232, in motivazione). Consapevolezza, questa integrante il dolo di bancarotta in correlazione alla necessaria “fraudolenza” del fatto distrattivo, che non può comunque essere confusa con un dolo specifico, estraneo alla fattispecie in esame: invero, l’elemento psicologico del reato di bancarotta fraudolenta per distrazione o per occultamento è il dolo generico e consiste nella «coscienza e volontà di compiere gli atti di distrazione o di occultamento, per i quali, sebbene abbiano la sostanza della frode, non è richiesto il fine specifico di recare pregiudizio ai creditori» (Sez. 5, n. 14905 del 25/02/1977, Marzollo, Rv. 137341). La pericolosità concreta del fatto di bancarotta patrimoniale, declinata in correlazione con la sua intrinseca “fraudolenza”, richiede che la relativa condotta «risulti assistita dalla consapevolezza di dare al patrimonio sociale o a talune attività una destinazione diversa rispetto alle finalità dell’impresa e di compiere atti che cagionino, o possano cagionare, danno ai creditori», occorrendo, in altri termini, che l’agente, pur non perseguendo direttamente il

danno dei creditori, «sia quantomeno in condizione di prefigurarsi una situazione di pericolo (...), anche remoto ma concreto» (Sez. 5, n. 7555 del 30/01/2006, De Rosa, Rv. 233413, in motivazione).

4.4. In questa prospettiva, anche le questioni che ruotano intorno, da un lato, alla distanza temporale, nella vicenda complessiva dell'imprenditore o dell'impresa falliti, tra fatto – astrattamente – di bancarotta e sentenza dichiarativa di fallimento e, dall'altro, alla concreta pericolosità del fatto distrattivo non possono essere distolte dal piano della prova del reato di pericolo concreto e, segnatamente, del correlato elemento psicologico, nonché dei relativi oneri motivazionali del giudice di merito. Invero, «la definizione del dolo generico del reato in termini di consapevolezza e volontà di determinare, col proprio comportamento distrattivo o dissipativo, un "pericolo di danno per i creditori"» si traduce nel riconoscimento che «il reato in esame punisce non già, indifferentemente e sempre, qualsiasi atto in diminuzione del patrimonio della società ma soltanto e tutti quelli che quell'effetto sono idonei a produrre in concreto, con esclusione, pertanto, di tutte le operazioni o iniziative di entità minima o comunque particolarmente ridotta e tali, soprattutto se isolate o realizzate quando la società era *in bonis*, da non essere capaci di comportare una alterazione sensibile della funzione di garanzia del patrimonio» (Sez. 5, n. 35093 del 04/06/2014, P.G. in proc. Sistro, Rv. 261446); fatti, questi ultimi, che si rivelano in radice – già sotto il profilo dell'elemento oggettivo – insuscettibili di essere ascritti al paradigma della fraudolenza. All'estremo opposto, la casistica giurisprudenziale consegna, non sporadicamente, casi in cui la fattispecie concreta dà conto, in termini di immediata evidenza dimostrativa (e al di fuori di qualsiasi logica presuntiva), della "fraudolenza" del fatto di bancarotta patrimoniale e, dunque, non solo dell'elemento materiale, ma anche del dolo del reato in esame: ciò in ragione dei più vari fattori, quali, ad esempio, il collocarsi del singolo

fatto in una sequenza di condotte di spoliazione dell'impresa poi fallita ovvero in una fase di già conclamata decozione della stessa. Fuori dei casi "estremi" cui si è fatto cenno, la motivazione della decisione di merito deve dar conto – oltre che della connotazione del fatto in termini di pericolo concreto, secondo quanto già rilevato – della riconoscibilità del dolo generico sulla base di una puntuale analisi (Sez. 5, n. 12897 del 06/10/1999, Tassan Din, cit.) della fattispecie concreta in tutte le sue peculiarità, rifuggendo da qualsiasi approccio astrattizzante e ricercando appunto nel caso di specie i possibili (positivi o negativi) "indici di fraudolenza" necessari a dar corpo, da un lato, alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa funzionale ad assicurare la garanzia dei suoi creditori e, dall'altro, alla proiezione soggettiva di tale concreta messa in pericolo: "indici di fraudolenza" rinvenibili, ad esempio, nella disamina del fatto distrattivo, dissipativo, etc. alla luce della condizione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e della congiuntura economica in cui la condotta pericolosa per le ragioni del ceto creditorio si è realizzata; nel contesto in cui l'impresa ha operato, avuto riguardo a cointeressenze dell'imprenditore o dell'amministratore rispetto ad altre imprese coinvolte nei fatti depauperativi; nella "distanza" (e, segnatamente, nell'irriducibile estraneità) del fatto generatore di uno squilibrio tra attività e passività rispetto a qualsiasi canone di ragionevolezza imprenditoriale: con la precisazione, in merito a quest'ultimo, possibile, "indice di fraudolenza", che la riconducibilità della condotta ad una anomala gestione dei beni dell'impresa (cfr. Sez. 5, n. 15613/15 del 05/12/2014, Geronzi, cit.) viene in rilievo al solo fine dell'accertamento del dolo secondo i consueti canoni utilizzati, come subito si vedrà, dalla giurisprudenza e non certo per operare un sindacato sull'opportunità delle scelte discrezionali dell'imprenditore, sindacato precluso anche al giudice civile, come costantemente affer-

mato in sede civile da questa Corte (Sez. 1, Sentenza n. 3409 del 12/02/2013, Rv. 625022; conf. Sez. 1, Sentenza n. 1783 del 02/02/2015, Rv. 634421; Sez. 1, Sentenza n. 3652 del 28/04/1997, Rv. 503948). In ogni caso, mette conto sottolineare che, al di là di qualsiasi esemplificazione casistica (inevitabilmente esposta al rischio di accreditare, come si è detto, impropri approcci astrattizzanti), l'onere motivazionale relativo alla sussistenza del dolo generico di bancarotta fraudolenta patrimoniale è, nella sua essenza, del tutto analogo a quello che, in generale, è imposto al giudice penale nell'accertamento del dolo, accertamento che, per sua natura, deve far leva su dati esteriori e obiettivi, valutati, nella loro valenza dimostrativa, sulla base di massime di esperienza: ossia, su un *modus procedendi*, che «consiste nell'inferire da circostanze esteriori significative di un atteggiamento psichico l'esistenza di una rappresentazione e di una volizione, sulla base di regole di esperienza» (Sez. 6, n. 2800 del 08/02/1995, Rv. 200809, in motivazione), del quale la motivazione deve render ragione restando «saldamente ancorata, nel rispetto delle regole della logica e delle massime di comune esperienza, al nucleo fondamentale delle risultanze del complessivo quadro probatorio» (Sez. U, n. 16 del 21/06/2000, Tammaro, in motivazione). Al richiamo ai consolidati canoni argomentativi e motivazionali in tema di accertamento del dolo, deve solo aggiungersi l'ulteriore puntualizzazione che, con riferimento alla bancarotta fraudolenta patrimoniale, la base conoscitiva costituita dai dati esteriori sui quali deve incentrarsi l'indicato *modus procedendi* deve essere orientata, come si è detto, alla ricerca dei possibili "indici di fraudolenza" espressivi della consapevolezza della concreta pericolosità, rispetto alle ragioni creditorie, del fatto di bancarotta, sicché l'ampiezza di tale base deve essere inevitabilmente commisurata al grado di significatività di detti indici.

4.5. Riassumendo le conclusioni fin qui raggiunte, le fattispecie di bancarotta fraudolenta

patrimoniale hanno natura di reato di pericolo concreto, sicché, per il loro perfezionamento, è esclusa la necessità di un nesso causale tra i fatti di bancarotta ed il successivo fallimento, laddove i fatti di bancarotta possono assumere rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi e, quindi, anche se la condotta si è realizzata quando l'impresa non versava ancora in condizioni di insolvenza, come da ultimo ribadito da Sez. U Passarelli: in quanto reato di pericolo concreto è comunque necessario, da un lato, che il fatto di bancarotta abbia determinato un depauperamento dell'impresa e un effettivo pericolo per la conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa da valutare nella prospettiva dell'esito concorsuale e sulla base dell'idoneità del fatto distrattivo ad incidere sulla garanzia dei creditori alla luce delle specifiche condizioni dell'impresa e, dall'altro, che tale effettivo pericolo non sia stato neutralizzato da una successiva attività "riparatoria" di segno contrario, che reintegri il patrimonio dell'impresa prima della soglia cronologica costituita dalla dichiarazione di fallimento. Fuori dall'ipotesi di esposizione o riconoscimento di passività inesistenti, l'elemento psicologico della bancarotta fraudolenta patrimoniale è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, ma è sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell'impresa e di compiere atti che possano cagionare o cagionino danno ai creditori; in quanto afferente a un reato di pericolo concreto, caratterizzato dalla "fraudolenza" come connotato interno del fatto, il dolo generico della bancarotta fraudolenta patrimoniale richiede comunque la rappresentazione da parte dell'agente della pericolosità della condotta distrattiva, dissipativa, etc., da intendersi come probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare e, dunque, la con-

sapevole volontà del compimento di operazioni sul patrimonio sociale, o su talune attività, idonee a cagionare un danno ai creditori. L'accertamento dell'elemento oggettivo del reato di pericolo concreto e del dolo generico deve basarsi sugli ordinari criteri, valorizzando, in particolare, la ricerca di "indici di fraudolenza" necessari a dar corpo alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa funzionale ad assicurare la garanzia dei suoi creditori e alla relativa proiezione soggettiva, ossia all'accertamento, in capo all'agente, della consapevolezza e della volontà della condotta in concreto pericolosa. Indici della cui valenza dimostrativa il giudice penale – fuori dei casi di immediata evidenza dell'estraneità o, viceversa, della riconducibilità del fatto al paradigma della fraudolenza – deve dar conto con motivazione che renda ragione della puntuale analisi della fattispecie concreta in tutte le sue peculiarità e delle massime di esperienza utilizzate nel procedimento valutativo.

4.6. Così ricostruita la natura giuridica della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, la conseguente individuazione, tra i requisiti della fattispecie, in particolare, del concreto pericolo per la conservazione dell'integrità del patrimonio dell'impresa, sotto il profilo oggettivo, e, sotto quello soggettivo, del dolo generico, consistente nella consapevolezza della pericolosità della condotta intesa come probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale, delinea gli elementi significativi della fattispecie tipica che concorrono a contrassegnarne il disvalore in termini del tutto in linea con il principio di offensività e con quello di colpevolezza. Quanto al primo, infatti, deve ribadirsi che «reputare sufficiente – in sede di interpretazione ed applicazione della fattispecie – la constatazione in sé dell'atto distrattivo equivale ad aderire ad una ricostruzione di quella in termini di "pericolo presunto"» (Sez. 5, n. 17819 del 24/03/2017, Palitta, cit.): al contrario, la necessaria valorizzazione – sul piano dell'interpretazio-

ne della norma incriminatrice e dell'applicazione della stessa attraverso la definizione degli oneri motivazionali del giudice di merito – della pregnanza offensiva implicata dalla natura di reato di pericolo concreto (oltre che dallo stesso profilo di disvalore insito nelle definizioni normative delle condotte di distrazione, dissipazione, etc.) assicura al principio di offensività il suo necessario dispiegarsi anche quale «criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato» (Corte cost., sent. n. 265 del 2005; conf., *ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 225 del 2008; nella stessa prospettiva, cfr. Sez. U, n. 28605 del 24/04/2008, Di Salvia): esigenza, questa della valorizzazione del principio di offensività quale criterio-guida dell'interpretazione, all'evidenza imprescindibile con riferimento ad un reato di pericolo concreto quale quello in esame. Quanto al secondo, il principio di colpevolezza è salvaguardato dalla ricostruzione della fattispecie nei termini prospettati, posto che, come la giurisprudenza di questa Corte, ha avuto modo di osservare, «oggetto dell'addebito è l'atto lesivo del patrimonio posto a garanzia dei creditori, ritenuto tale per il suo carattere ingiustificato (nell'ottica della finalità assegnata al patrimonio societario) e destinato ad essere l'oggetto sul quale si parametra la consapevolezza e volontà dell'agente e la sua rimproverabilità» (Sez. 5, n. 35093 del 04/06/2014, P.G. in proc. Sistro, cit.). Né la configurazione della sentenza dichiarativa di fallimento in termini di condizione obiettiva di punibilità, proposta da una recente pronuncia di questa Corte (Sez. 5, n. 13910 del 08/02/17, Santoro, Rv. 269388, che richiama Sez. U. Passarelli) in contrasto con l'orientamento consolidato che la riconduce, sia pure in termini non *in toto* sovrapponibili, nel novero degli elementi costitutivi del reato (Sez. U., 25/01/1958, Mezzo; Sez. U, n. 24468 del 26/02/2009, Rizzoli; Sez. U, n. 36551 del 15/07/2010, Carelli; Sez. U, n.

21039 del 27/01/2011, P.M. in proc. Loy, nonché, *ex plurimis*, Sez. 5, n. 32352 del 07/03/2014, Tanzi; Sez. 5, n. 32031 del 07/05/2014, Daccò; Sez. 5, n. 15613/15 del 05/12/2014, Geronzi), può sterilizzare «l'esigenza di una indagine sulla imputabilità soggettiva del pericolo concreto per la massa dei creditori», non potendosi comunque «negare rilevanza all'indagine sulle implicazioni soggettive della qualificazione della bancarotta fraudolenta pre-fallimentare come reato di pericolo concreto» (Sez. 5, n. 17819 del 24/03/2017, Palitta, cit.). Invero, come si è accennato, gli «elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie», per i quali è necessario un collegamento soggettivo all'agente (Corte cost., sent. n. 1085 del 1988) devono essere individuati nei connotati, nei termini indicati, della bancarotta fraudolenta per distrazione quale reato di pericolo concreto e nella correlata configurazione dei contenuti del dolo: connotati dell'elemento oggettivo e contenuti di quello soggettivo che, con la definizione dei corrispondenti oneri motivazionali del giudice di merito, rappresentano approdi interpretativi imprescindibili ai fini della piena aderenza del «diritto vivente» ai principi di offensività e di colpevolezza. Tali approdi, può aggiungersi, rendono ragione della posizione espressa dal giudice delle leggi in ordine alla natura e al ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento quando – pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 82, comma 2, del decreto legislativo 01/09/1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) e 202 I. fall., nella parte in cui prevede che la dichiarazione giudiziale dello stato d'insolvenza successiva al decreto di sottoposizione a liquidazione coatta amministrativa di una banca possa essere pronunciata anche dopo il decorso di un anno dalla data di emissione di tale decreto – ha rilevato, con riguardo alla possibile divaricazione temporale tra momento di realizzazione della condotta materiale dei reati di bancarotta e momento consumativo

di tali reati posta a fondamento di una delle eccezioni, che «si tratta di situazione consequenziale alla scelta discrezionale del legislatore di configurare la sentenza di fallimento (o di accertamento dello stato di insolvenza di impresa) o come elemento costitutivo del reato (secondo la prevalente giurisprudenza), o come condizione obiettiva del reato, ovvero come condizione per la produzione dell'evento costituito dalla lesione o messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma penale (secondo diverse impostazioni della dottrina)» (Corte cost., sent. n. 301 del 2005).

5. Alla luce dei principi di diritto richiamati, le doglianze relative all'imputazione di bancarotta fraudolenta patrimoniale devono essere accolte, nei termini di seguito indicati. *In limine*, è necessario rimarcare che i fatti distrattivi contestati agli imputati riguardano esclusivamente i beni strumentali indicati nell'imputazione (la cui esistenza prima del mancato rinvenimento da parte degli organi fallimentari, peraltro, non è contestata dagli imputati): solo tali beni, del resto, sono stati presi in considerazione dalla sentenza di primo grado nell'affermare la responsabilità degli imputati per il capo in esame. Pertanto, al di là delle incongruenze e delle carenze nelle scritture e nei libri contabili correttamente valorizzate, come si è visto, dalla Corte distrettuale con riguardo all'imputazione di bancarotta fraudolenta documentale, restano privi di rilevanza i vari riferimenti della sentenza di appello a fatti distrattivi diversi da quelli contestati e ritenuti sussistenti dal Tribunale di Trani. In ordine ai beni aziendali di cui all'imputazione, la Corte di appello, da un lato, ha richiamato quanto riferito da Sgaramella secondo cui detti beni erano stati ceduti in permuta ad un'azienda di cui non ricordava il nome, mentre, dall'altro, ha condiviso la valutazione difensiva circa il modesto valore dei beni distratti, rilevando, tuttavia, che non può presumersi una condotta di «leggerezza» in virtù dell'obsolescenza dei beni (peraltro di difficile comprensione in relazione a

beni quali il climatizzatore), in quanto sarebbe stato interesse della società far risultare la permuta. Nei termini indicati, la sentenza impugnata non è immune dal vizio motivazionale denunciato. A fronte dell'impugnazione della sentenza di primo grado che deduceva la totale assenza di frode richiamando, da una parte, un punto specifico della relazione del consulente tecnico del pubblico ministero in cui si evidenziava come i beni in questione non fossero più utilizzati nel ciclo produttivo per obsolescenza e, dall'altra, il modesto valore anche contabile degli stessi, la sentenza impugnata si sottrae alla necessaria valutazione del dato probatorio richiamato dagli appellanti e, più in generale, all'apprezzamento della riconoscibilità, nel fatto di cui all'imputazione, dei connotati del pericolo concreto: la motivazione resa dalla Corte distrettuale, dunque, è del tutto carente sul piano dell'accertamento di un *vulnus* all'integrità della garanzia dei creditori riconducibile allo squilibrio patrimoniale determinato dalla diminuzione patrimoniale relativa ai beni aziendali di cui all'imputazione (Sez. 5, n. 17819 del 24/03/2017, Palitta). Analoga carenza si registra con riguardo all'elemento psicologico: pur dovendosi escludere, alla luce dei rilievi svolti, che ai fini dell'integrazione della fattispecie di bancarotta fraudolenta per distrazione sia necessario, come sostenuto dai ricorrenti, il dolo specifico, manca, comunque, nella motivazione del giudice di appello – al quale

era stato devoluto l'esame del punto in questione – qualsiasi rilievo circa la riconoscibilità, in capo agli imputati, di una consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità dell'impresa e, soprattutto, di compiere atti idonei a cagionare danno ai creditori (Sez. 5, n. 12897 del 06/10/1999, Tassan Din, cit.).

6. Di conseguenza, per le ragioni indicate, la sentenza impugnata deve essere annullata limitatamente al capo relativo al reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, con rinvio per nuovo esame ad altra Sezione della Corte di appello di Bari, che, nel quadro dei principi di diritto richiamati *supra*, conserva nel merito piena autonomia di giudizio nella ricostruzione dei dati di fatto e nella valutazione di essi (Sez. 1, n. 803 del 10/02/1998, dep. 10/03/1998, Scuotto, Rv. 210016), potendo procedere ad un nuovo esame del compendio probatorio con il solo limite di non ripetere i vizi motivazionali del provvedimento annullato (Sez. 3, n. 7882 del 10/01/2012, dep. 29/02/2012, Montali, Rv. 252333); nel resto, i ricorsi devono invece essere rigettati.

P.Q.M. - Annulla la sentenza impugnata limitatamente al reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale con rinvio per nuovo esame sul punto ad altra sezione della Corte di appello di Bari. Rigetta nel resto i ricorsi.

(*Omissis*)

# Continua il *restyling* della cassazione in ordine al delitto di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare per distrazione: alcune annotazioni in tema di dolo

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. I principi cardine della sentenza Sgaramella sul versante dell'elemento oggettivo. – 3... e del dolo. – 4. Qualche ulteriore osservazione in merito al dolo del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione. – 5. La valorizzazione della componente "volitiva" quale elemento centrale nell'economia interpretativa della fattispecie. – 6. Conclusioni: un rapido "return back" sulla sentenza Sgaramella.

## 1. Premessa.

La sentenza in commento si ascrive ad un filo giurisprudenziale – iniziato nel 2012 con la famosa sentenza Corvetta<sup>1</sup> (o più esattamente Ravenna Calcio) – volto a recuperare sia sul piano della coerenza dogmatica sia in chiave di tenuta costituzionale – e segnatamente in relazione ai principi di offensività e colpevolezza – la fattispecie di cui all'articolo 216 n. 1 l.f.

Come molti autori osservano, il grande merito della sentenza Corvetta fu quello di riaccendere il dibattito intorno alle tematiche della bancarotta<sup>2</sup>; tematiche che, da alcuni decenni, sembravano essere sopite e che – nei fatti – avevano lasciato il passo a sentenze connotate più da clausole di stile che da effettive valutazioni giuridiche in relazione a fatti riconducibili al delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione.

Proprio in questo rinnovato interesse per la fattispecie *de qua* si inserisce anche la sentenza Sgaramella, oggetto di questo commento. Se, da un lato, essa abiura l'impostazione proposta dalla sentenza Corvetta – peraltro assai criticata sia dalla successiva giurisprudenza che dalla dottrina – dall'altro, la stessa continua sul percorso tracciato dalla sentenza Gessi<sup>3</sup> (2013), la sentenza Geronzi<sup>4</sup> (2014), le Sezioni Unite Passarelli<sup>5</sup> (2016), fino alle

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. V., 24 settembre 2012, n. 47502, in CED Cass., n. 253493.

<sup>2</sup> S. CAVALLINI, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?*, in *Giurisprudenza italiana*, gennaio 2018, 188 (nota a Cass. pen., Sez. V. 23 giugno 2017, n. 388396); F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale dell'insolvenza è condizione obbiettiva di punibilità della bancarotta prefallimentare*, in *Le Società*, n. 7, 2017, 903 (nota a Cass. pen., Sez. V., 08 febbraio 2017, n. 13910); A. ROSSI, *La sentenza dichiarativa di fallimento quale condizione obbiettiva di punibilità nelle bancarotte prefallimentari: "pace fatta" tra giurisprudenza e dottrina?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2017, 1684 (nota Cass. pen., Sez. V., 08 febbraio 2017, n. 13910); C. SANTORIELLO, *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*, in *Le Società*, n. 8-9, 2017, 1030 (nota a Cass. pen., Sez. V., 24 marzo 2017, n. 17819).

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. V., 10 settembre 2013 n. 41665, in CED Cass., n. 257231.

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. V., 05 dicembre 2014, n. 15613, in CED Cass., n. 263803.

<sup>5</sup> Cass. pen., SS. UU. 31 marzo 2016, n. 22474, in CED Cass., n. 266802.



pronunce del 2017, Santoro<sup>6</sup> e Palitta<sup>7</sup>, le quali hanno ridisegnato i contorni del delitto di bancarotta fraudolenta sia sul piano dell'oggettività della fattispecie, sia sul versante dell'elemento psicologico.

## 2. I principi cardine della sentenza Sgaramella sul versante dell'elemento oggettivo.

La sentenza presenta diversi profili di interesse: *in primis* ribadisce – peraltro soffermandosi anche in modo diffuso – che il delitto di bancarotta è di pericolo concreto, confermando l'approdo della sentenza Palitta, la quale, per la ricchezza dei contenuti, presenta tutti i crismi di una pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite. Ma è soprattutto sul piano dell'elemento soggettivo del reato, però, che la decisione in commento presenta alcuni interessanti ed ulteriori approfondimenti, portando a compimento il percorso già tracciato dalla predetta sentenza Palitta in relazione al versante oggettivo della fattispecie.

Ma andiamo per ordine.

In primo luogo, quasi a voler prendere fin da subito le distanze della pluricitata sentenza Corvetta, viene ribadito con forza, e a più riprese, il consolidato orientamento per cui il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale non richiede la sussistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il successivo fallimento, essendo sufficiente che l'agente abbia cagionato il depauperamento dell'impresa, destinandone le risorse ad impieghi estranei alla sua attività. In tal guisa, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, i fatti di distrazione assumono rilievo in qualsiasi momento siano stati commessi e, quindi, anche quando la condotta sia stata realizzata in un momento storico in cui l'impresa godeva di una buona salute finanziaria.

A ben vedere, quest'ultima affermazione dà la sensazione di un passaggio quasi obbligato da parte della Corte per ossequiare i *dicta* delle Sezioni Unite Passarelli (non a caso citate proprio su questo punto), piuttosto che rappresentare una propria ferma convinzione; tant'è che immediatamente dopo si precisa che comunque il dato temporale attinente al momento della realizzazione della condotta, soprattutto quando la stessa sia stata posta in essere molto tempo prima rispetto alla declaratoria di fallimento, non può, né deve, lasciare indifferente il giudice nella valutazione del caso concreto; diversamente opinando si rischierebbe di finire nelle maglie del pericolo presunto, impostazione, questa, che viene in radice ripudiata.

Ne è prova il fatto che la stessa Corte richiama l'attenzione dell'interprete sull'esigenza di dar conto dell'effettiva offesa alla massa dei creditori, da valutare – seguendo sul punto le indicazioni della sentenza Palitta<sup>8</sup> – all'esito della vicenda concorsuale. In particolare si

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. V., 08 febbraio 2017, n. 13910, in CED Cass., n. 269388.

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. V., 24 marzo 2017, n. 17819, in CED Cass., n. 269562.

<sup>8</sup> Per un commento della sentenza Palitta, sia consentito rinviare al nostro: E. BOZHEKU, *La Corte di cassazione sul pericolo nella ban-*

osserva come in relazione a condotte cronologicamente lontane dalla sentenza dichiarativa di fallimento è onere del giudice valutare se la sottrazione abbia determinato nel tempo un impoverimento dell'asse patrimoniale, con diretto danno per la massa dei creditori; valutazione, questa, che non può prescindere dal tener conto dell'assetto economico dell'impresa. In particolare, riprendendo i passaggi argomentativi già proposti dalla Cassazione in materia di c.d. bancarotta riparata, si giunge alla conclusione per cui l'offesa c'è se la perdita di ricchezza, anche se lontana nel tempo, non sia *medio tempore* compensata da alcun riequilibrio economico. Del resto, se l'oggetto di tutela della norma è la conservazione dell'integrità del patrimonio d'impresa che costituisce la garanzia per i suoi creditori, l'impoverimento *sic et simpliciter* dell'asse patrimoniale dell'impresa non può essere sufficiente ai fini dell'integrazione della fattispecie, ma serve qualcosa di più e di diverso, ossia anche l'idoneità della *diminutio patrimonii* a danneggiare le aspettative dei creditori.

Insomma, l'offensività della condotta è limitata ai fatti che creano un pericolo concreto e ciò si verifica allorquando la diminuzione della consistenza patrimoniale comporta uno squilibrio tra attività e passività persistente fino al momento dell'apertura della procedura concorsuale; in tali casi l'atto depauperativo è idoneo a creare un *vulnus* all'integrità della garanzia dei creditori. Viceversa se, come afferma la dottrina, il rapporto tra attività e passività è in equilibrio, la garanzia per i creditori è sufficientemente conservata<sup>9</sup> e dunque la condotta distrattiva non può ritenersi anche offensiva per il bene protetto.

Seguendo l'impostazione della Corte, l'accertamento dell'interprete non deve essere teso a verificare la sussistenza del nesso causale tra la condotta e lo stato di decozione, ma solo se, in conseguenza di una determinata condotta che ha diminuito il patrimonio sociale, si è realizzata una situazione di pericolo per gli assetti finanziari dell'impresa<sup>10</sup>; del resto, dal momento che la messa in pericolo della massa dei creditori rappresenta l'evento in senso giuridico del delitto *de quo*, un giudizio di natura meramente ipotetica che si limiti alla sola valutazione della condotta non soddisfa; invece, a ben vedere, non si può prescindere anche da una ulteriore verifica in termini concreti attraverso cui stabilire se la condotta abbia effettivamente generato il pericolo per i creditori; e ciò si può realizzare solo se, da una analisi *ex post*, vengono riscontrati elementi che denunciano uno squilibrio economico dell'impresa in seguito alla condotta, senza con ciò dover dimostrare anche l'effettiva incidenza sul dissesto dell'impresa<sup>11</sup>.

In altri termini, una volta verificata l'effettiva pericolosità della condotta nelle sue caratteristiche esteriori, si dovrebbe inoltre accertare, in una prospettiva del pericolo in chiave

---

*carotta fraudolenta pre-fallimentare: Un'altra rondine in attesa di primavera?*, in questa rivista, n. 4, 2017, 387 ss.

<sup>9</sup> In dottrina v. C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in C. PEDRAZZI, *Diritto penale, vol IV, Scritti di diritto penale dell'economia, Disciplina penale dei mercati, Diritto penale bancario, Diritto penale industriale, Diritto penale fallimentare, Varia*, Milano, 2003, 991.

<sup>10</sup> Sul punto si rinvia a E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, in *Cass. pen.*, n. 7-8, 2014, 2647 (nota a *Cass. pen.*, Sez. V., 10 settembre 2013 n. 41665).

<sup>11</sup> *Ibidem*.

di relazione con gli effetti della condotta stessa, se quest'ultima abbia generato anche una effettiva minaccia per gli equilibri finanziari dell'azienda, mentre non è necessario che si accerti anche la causazione del definitivo stato di crisi dell'azienda<sup>12</sup>.

Stando alla Corte, l'accertamento della pericolosità può attuarsi mediante la ricerca di "indici di fraudolenza" la cui valorizzazione può dar corpo alla prognosi postuma di concreta messa in pericolo dell'integrità del patrimonio dell'impresa funzionale ad assicurare la garanzia dei suoi creditori. Tali indici vengono individuati in: a) la condizione economica dell'impresa e la congiuntura economica al momento della condotta; b) il contesto in cui l'atto depauperativo è stato realizzato, avendo riguardo ai rapporti maturati tra l'imprenditore ed altre imprese coinvolte; c) l'estraneità dell'atto depauperativo rispetto ai canoni di ragionevolezza imprenditoriale.

Questi dovrebbero essere analizzati dall'interprete nella loro valenza dimostrativa; fuori dai casi di condotte conclamate che esulano dall'oggetto sociale ovvero manifestamente in danno ai creditori (si pensi a condotte ablative realizzate in uno stato di palese decozione), il giudice dovrebbe valutare gli indici di fraudolenza emersi nel caso concreto per verificare se le garanzie creditorie siano state effettivamente esposte a pericolo.

### 3... e del dolo.

È sul piano dell'elemento soggettivo che la sentenza in esame presenta i profili più interessanti. Se, da un lato, come in ordine alla tematica del pericolo, si sconfessa l'approdo della sentenza Corvetta e si ribadisce il *dictum* della Sezioni Unite Passarelli<sup>13</sup> secondo cui l'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione è costituito dal dolo generico, per la cui sussistenza non è necessaria la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'impresa, né lo scopo di recare pregiudizio ai creditori, essendo sufficiente la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa da quella di garanzia delle obbligazioni contratte, dall'altro lato, il Supremo Collegio cerca di precisare i contenuti del dolo di distrazione.

In particolare, si sottolinea come la mera rappresentazione e volizione della distrazione non può ritenersi sufficiente ai fini della sua integrazione, ma occorre qualcosa di più e di diverso: il dolo dovrebbe investire anche la pericolosità della condotta in rapporto con le garanzie patrimoniali.

In questo quadro, la Corte valorizza un elemento fino a questo momento inedito nelle dinamiche del dolo di bancarotta nell'ambito delle decisioni della giurisprudenza di legitti-

<sup>12</sup> E. BOZHEKU, *La Corte di Cassazione sul pericolo nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare*, cit., 398.

<sup>13</sup> Per la verità la decisione delle Sezioni Unite in punto di bancarotta rappresenta solo un *obiter dictum* posto che, nell'occasione, le stesse erano state chiamate ad occuparsi della tematica della rilevanza del c.d. falso valutativo in seguito alla riforma del 2015 del falso in bilancio. Trattandosi in concreto di una vicenda riguardante un'ipotesi di bancarotta per distrazione, i giudici della Corte si erano soffermati (solo) *en passant* anche sulla tematica della bancarotta.

mità<sup>14</sup>, ossia “la fraudolenza”. Quest’ultima costituisce un connotato interno della condotta di distrazione, con la conseguenza che, sul piano soggettivo, l’immanenza dell’elemento frodante è – in quanto tale – capace di rendere consapevole l’agente che sul patrimonio sociale si stanno realizzando operazioni idonee a cagionare un danno ai creditori. In questo modo l’agente è in grado di poter rappresentare una situazione di pericolo concreto, seppur remoto, per le garanzie dei creditori anche se la loro probabile lesione non è direttamente perseguita dallo stesso. Salvo casi estremi, ove in occasione di condotte manifestamente distrattive in ordine alle quali la fraudolenza è *ictu oculi* evidente (si pensi ad ipotesi di distrazioni di ingenti somme di danaro in fase di già conclamata decozione), ai fini della configurazione del dolo, il giudice deve verificare la presenza degli indici di fraudolenza di cui si è fatto riferimento prima, che siano espressivi della consapevolezza di una concreta pericolosità per le ragioni creditorie.

La Corte tiene a precisare più volte che il dolo della bancarotta per distrazione è per sempre un dolo generico e non va confuso con quello specifico di recare pregiudizio ai creditori; quest’ultimo è estraneo alla fattispecie ma può, al più, configurarsi nelle ipotesi di bancarotta per esposizione di passività inesistenti. Nello stesso modo si precisa che nel fuoco del dolo non rientra la rappresentazione dello stato di insolvenza dell’impresa ma sarebbe sufficiente “*la consapevole volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alle finalità d’impresa e di compiere atti che possano cagionare o cagionino danno ai creditori; in quanto afferente a un reato di pericolo concreto, caratterizzato dalla “fraudolenza” come connotato interno del fatto, il dolo generico della bancarotta fraudolenta patrimoniale richiede comunque la rappresentazione da parte dell’agente della pericolosità della condotta distrattiva, dissipativa, etc., da intendersi come probabilità dell’effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare e, dunque, la consapevole volontà del compimento di operazioni sul patrimonio sociale, o su talune attività, idonee a cagionare un danno ai creditori*”.

#### 4. Qualche ulteriore osservazione in merito al dolo del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione.

La sentenza in commento presenta molteplici spunti di riflessione. Non ritenendo opportuno trattare in questa sede la questione del pericolo nella struttura del delitto di bancarotta per distrazione<sup>15</sup>, nelle pagine che seguono ci si limiterà ad alcune osservazioni in ordine alla tematica del dolo nella fattispecie *de qua*.

<sup>14</sup> Il profilo del dolo e soprattutto della fraudolenza della condotta nell’economia dello stesso è stato ampiamente affrontato in dottrina anche se da angoli visuali diversi. Per una ricostruzione delle varie posizioni emerse in seno alla stessa v. N. PISANI, *Crisi d’impresa e diritto penale*, Bologna 2018, 54 ss.

<sup>15</sup> Al riguardo si rinvia a quanto già osservato in altri scritti e in particolare: E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit. 2642 ss.; E. BOZHEKU, *La Corte di cassazione sul pericolo nella bancarotta fraudolenta pre-fallimentare: Un’altra rondine in attesa di primavera?*, cit., 387 ss.

Alla pronuncia in commento va riconosciuto il merito di aver affrontato in modo approfondito l'argomento dell'oggetto del dolo nella bancarotta distrattiva; e ciò sia nell'ottica della costruzione astratta dei relativi contenuti sia sul piano dinamico dell'accertamento giudiziale degli stessi. La circostanza non è da poco se si considera che, fino alla pronuncia in commento, nella giurisprudenza di legittimità le osservazioni in merito al contenuto dell'elemento psicologico erano assai povere; il Supremo Collegio si limitava per lo più ad una valutazione in chiave di rappresentazione/volizione del (solo) comportamento vietato indicato dall'articolo 216 n.1 l.f.

In particolare, la maggior parte delle pronunce si soffermano ad evidenziare come il dolo della bancarotta consista nella coscienza e volontà di dare al patrimonio sociale una destinazione diversa rispetto alla sua finalità di garanzia<sup>16</sup>, senza scrutinare *funditus* gli aspetti attinenti alla rappresentazione e – soprattutto – alla volizione da parte dell'agente nell'ottica del fallimento (*rectius*: stato d'insolvenza) e alle dinamiche aziendali sulle quali incide la condotta illecita e che costituiscono la base intorno alla quale ruota il delitto in esame e, più in generale, tutte le fattispecie di bancarotta.

Va detto, però, che il tema del dolo della fattispecie in esame non è inedito per la dottrina; in seno alla stessa da anni si dibatte in merito ai relativi contenuti.

Secondo un certo orientamento sia la condotta, sia lo stato d'insolvenza devono essere oggetto di rappresentazione e volizione. L'impostazione parte dal presupposto che la bancarotta per distrazione rappresenta un reato di danno che si perfeziona con l'insolvenza del debitore (o anche con il dissesto o con l'aggravamento del medesimo)<sup>17</sup>, evento del reato. Pertanto, nel fuoco del dolo devono giocoforza rientrare tutti gli elementi tipici della fattispecie, ossia la condotta l'evento e il nesso causale tra di essi. In particolare si osserva che la dichiarazione di fallimento è funzionale al riconoscimento di un danno cagionato al patrimonio dei creditori. L'insolvenza rappresenta il collasso dell'azienda e dunque la massima espressione del danno per gli stessi; danno che, tuttavia, è il cumulo di una serie di diminuzioni patrimoniali che hanno contribuito all'evento finale (l'insolvenza). Pertanto bisognerebbe verificare l'incidenza causale di ciascuna condotta in relazione ad esso. Ne consegue che possono considerarsi distrattive solo quelle condotte ablativo del patrimonio causalmente rilevanti ai fini dell'insolvenza<sup>18</sup>. Del resto, se le condotte distrattive possono considerarsi lesive solo se diminuiscono le garanzie dei creditori, ne consegue che nel momento in cui la società fallisce le condotte punibili saranno solo quelle che hanno avuto un ruolo causale o almeno concausale ai fini del dissesto<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen. 14 febbraio 2010, n. 1899, in CED Cass., n. 246357.

<sup>17</sup> Così, A. FIORELLA, *I reati fallimentari*, in AA. VV., *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino, 2012, 293.

<sup>18</sup> A. FIORELLA – M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, 33 ss.

<sup>19</sup> Così A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali, Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016, 29 ss.

La tesi è coerente con le proprie premesse; tuttavia ad essa si obietta il fatto di conferire alla bancarotta una natura che non ha, ossia quella di reato d'evento, laddove, viceversa, il delitto *de quo* rappresenta tutti i crismi di una fattispecie di pericolo<sup>20</sup>. E ciò non solo e non tanto perché così viene affermato all'unanimità dalla giurisprudenza (e anche da buona parte della dottrina), ma perché è la struttura dell'attuale articolo 216 n. 1 l.f. che preclude qualsiasi possibilità di ricostruirla in termini di reato di danno. La norma non indica il dissesto o l'insolvenza quali elementi della fattispecie<sup>21</sup>; quando il legislatore è intervenuto con la riforma dei reati societari (d.lgs. 61/2002) ha modificato l'articolo 223 comma 2 numeri 1 e 2 l.f. trasformando la fattispecie ivi previste in reati di danno. Si trattò di una scelta consapevole nella quale fu il legislatore stesso a tipizzare sia il dissesto che il fallimento all'interno dei relativi nuclei d'illecito. Viceversa, l'articolo 216 n. 1 l.f., non toccato dalla riforma del 2002, punisce il sol fatto di aver esposto a pericolo l'integrità delle garanzie patrimoniali, con la norma che si disinteressa dell'esito delle procedure concorsuali; a ciò si aggiunge, poi, che l'insolvenza può esplodere per cause anche del tutto imprevedibili<sup>22</sup> ma non per ciò si deve escludere la punibilità di fatti distrattivi comunque pericolosi per il bene tutelato<sup>23</sup>.

Alcuni autori ritengono che l'elemento soggettivo delle fattispecie previste dall'articolo 216 l.f. dovrebbe essere lo stesso per tutte; pertanto tutti i fatti di bancarotta dovrebbero essere animati dal dolo specifico<sup>24</sup>; si osserva, inoltre, che, rappresentando la fraudolenza un elemento interno alla fattispecie, colui che pone in essere un fatto distrattivo esprime una volontà orientata a cagionare un danno ai creditori<sup>25</sup>.

Anche tale tesi non è andata scevra da critiche. È stato osservato come essa introduca nella fattispecie obbiettiva una finalità ulteriore non tipizzata<sup>26</sup>, mentre l'unica ipotesi in cui il legislatore ha previsto l'elemento psicologico del dolo specifico consistente nello "scopo di recare pregiudizio ai creditori" è quella della bancarotta per esposizione<sup>27</sup> o riconoscimento di passività in realtà inesistenti<sup>28</sup>. La scelta del legislatore non è stata casuale: vi sono dei casi (forse la maggior parte dei casi) in cui l'imprenditore pone in essere delle condotte di distrazione senza essere animato dal fine (ulteriore) di arrecare pregiudizio ai creditori.

Altra parte della dottrina – che aderisce a una ricostruzione della fattispecie in chiave di reato di pericolo – fa leva su un dato centrale nell'economia del delitto in esame: l'og-

<sup>20</sup> N. PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, cit., 55.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

<sup>22</sup> C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in C. PEDRAZZI, *Diritto Penale, vol IV, Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., 1013.

<sup>23</sup> A. SERENI, *La bancarotta fraudolenta*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia – C. Piccininni – F. Severini, Torino, 2012, 97.

<sup>24</sup> P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1995, 71.

<sup>25</sup> F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari, vol II, I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, XXII ed., Milano, 2008, 65.

<sup>26</sup> N. PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, cit., 55.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Sulla stessa scia argomentativa si ascrive anche la sentenza in commento.

getto di tutela della bancarotta è il patrimonio sociale nella sua funzione di garanzia per i creditori<sup>29</sup>. La garanzia rappresenta un concetto di relazione tra l'esercizio dell'attività imprenditoriale e l'obbligo di soddisfare le obbligazioni, presenti o future, nascenti dallo svolgimento dell'attività d'impresa<sup>30</sup>. Entrambi questi fattori devono essere presenti nella valutazione della colpevolezza dell'agente, nella misura in cui questi può essere rimproverato solo se al saldo tra le entrate/attività (nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, tipicamente orientata verso il profitto) e le uscite/passività (costituite dalle obbligazioni scadute o in scadenza e da condotte ablativo da parte dell'imprenditore) il patrimonio dell'impresa ha subito una diminuzione e dunque la sua funzione di garanzia è stata messa in pericolo<sup>31</sup>. In questa prospettiva oggetto di rappresentazione e volizione non può essere la sola condotta depauperatoria ma anche la sua incidenza sugli equilibri aziendali<sup>32</sup>.

Alcuni autori sono dell'opinione per cui non può essere oggetto di previsione e volizione la probabilità (o anche solo la possibilità) che la condotta porti a uno stato d'insolvenza, ma l'elemento psicologico andrebbe circoscritto alla sola condotta nella sua pericolosità in rapporto alla diminuzione del patrimonio dell'impresa (o sociale); la situazione economico patrimoniale nella prospettiva di una possibile insorgenza del dissesto sarebbe fuori dal fuoco del dolo<sup>33</sup>. In altri termini, oggetto di rappresentazione e volizione deve essere la condotta e l'effetto di questa nella sua compiuta dimensione lesiva in termini di diminuzione del patrimonio del fallito<sup>34</sup> (o della società fallita)<sup>35</sup>; non può invece rientrare nel fuoco del dolo l'insolvenza anche solo come evento probabile<sup>36</sup>; ciò in quanto l'insolvenza rappresenterebbe solo il rischio finale quale ulteriore sbocco del rischio già attivato con la condotta distrattiva<sup>37</sup>.

Al riguardo, va osservato che se il patrimonio dell'impresa<sup>38</sup> ha la funzione di garanzia per la massa dei creditori<sup>39</sup>, con conseguente obbligo in capo all'imprenditore di garan-

<sup>29</sup> F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione*, cit., 909.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, cit., 991.

<sup>32</sup> E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., 2648 - 2649.

<sup>33</sup> Così N. PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, cit., 56.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> Questa tesi sembra essere accolta anche dalla sentenza in commento la quale esclude dal fuoco del dolo la rappresentazione dello stato d'insolvenza.

<sup>36</sup> A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali*, cit., 39.

<sup>37</sup> N. PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, cit., 57.

<sup>38</sup> Ai sensi dell'articolo 5 comma 2 l.f., lo "stato di insolvenza" consiste in una strutturale condizione di incapacità di soddisfare le obbligazioni assunte alla scadenza pattuita e con normali mezzi di pagamento; essa costituisce il presupposto essenziale per la dichiarazione di fallimento, la quale ha una funzione condizionante della punibilità esterna al disvalore del fatto tipico e non può dunque che essere una condizione di obbiettività estrinseca. Ciò che qualifica l'insolvenza è il fatto di non essere transeunte; essa si deve sviluppare in un arco temporale non meramente momentaneo, anche se non necessariamente definitivo; l'insolvenza può essere anche reversibile. M. R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano 2008, 36 ss.

<sup>39</sup> Il "dissesto" costituisce, invece, un evento quantitativo: rappresenta un apprezzabile squilibrio di risorse economiche che assume rilevanza solo unitamente all'insolvenza, essendo altrimenti indifferente ai fini delle procedure concorsuali in senso stretto; a differenza della prima, può essere concepito in termini gradati, di misurabilità (finanche di "aggravamento", così come statuisce l'art. 224,

tirne il loro pieno soddisfacimento mediante la conservazione di una massa patrimoniale sufficiente a tal fine<sup>40</sup>, ne consegue che in caso di lesione di tale garanzia l'imprenditore deve rappresentarsi non solo la propria condotta ma anche gli effetti della stessa sugli equilibri patrimoniali e finanziari dell'impresa; ciò significa che ai fini della configurazione del reato non può sfuggire dal fuoco del dolo: a) la conoscenza della situazione aziendale da parte dell'imprenditore; b) (logico corollario) la possibilità che dalla propria condotta, dato il contesto economico aziendale, possa sorgere uno squilibrio (tra attività/passività) tale da poter sfociare in uno stato di incapacità (che può essere anche temporaneo e reversibile) di far fronte alle proprie obbligazioni. Solo se l'agente si rappresenta la possibilità che la propria condotta possa essere determinativa di un simile sbocco (che coincide con lo stato di dissesto), agendo dunque al costo di realizzarlo, si manifesta la lesione del diritto al credito, interesse protetto dalla norma<sup>41</sup>.

In questa prospettiva, il dissesto non può che assumere i connotati di un elemento implicito, seppure non espresso, che rileva soggettivamente all'interno della fattispecie del delitto di bancarotta per distrazione; costituendo il substrato attraverso cui valutare l'effettiva offensività della condotta ablativa del patrimonio d'impresa, esso conferisce al mero depauperamento dell'attivo "attualità e concretezza offensiva"<sup>42</sup>; è infatti la diminuzione della garanzia al di sotto del livello di guardia sufficiente ad assicurare l'integrale soddisfacimento dei creditori a rendere la condotta distrattiva anche pericolosa e dunque offensiva per il bene giuridico tutelato<sup>43</sup>.

Del resto, se le condotte rilevanti ai sensi dell'articolo 216 comma 1 n. 1 l.f. sono quelle che superano i limiti del rischio fisiologicamente connesso all'attività imprenditoriale che tiene conto degli interessi dei creditori e se tali condotte devono essere valutate anche nella prospettiva dell'effettivo squilibrio che provocano al patrimonio sociale, giocoforza la prospettiva del dissesto rappresenta il parametro attraverso il quale valutare la concreta pericolosità delle stesse; per essere tipiche le condotte distrattive non possono essere valutate solo nella prospettiva della semplice diminuzione delle garanzie patrimoniali, ma occorre che il depauperamento dell'attivo fallimentare avvenga nella consapevolezza dell'agente della possibilità che il patrimonio dell'impresa in seguito a quella specifica condotta possa diventare incapiente ai fini del soddisfacimento di tutti i suoi creditori.

Dunque, più che il possibile sviluppo di un rischio già attivato con la condotta illecita (distrattiva), il dissesto (e la sua rappresentazione/volizione quanto meno come possibile

---

n. 2, l.f.), laddove l'insolvenza è uno status soggettivo insuscettibile di essere sfumato. Sul punto v. per tutti C. PEDRAZZI, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *I reati commessi dal fallito*, cit. 335. Costituendo dunque il dissesto il substrato economico dell'insolvenza, si ritiene più coerente parlare del dissesto e non dell'insolvenza quale elemento implicito della fattispecie in esame.

<sup>40</sup> F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione*, cit., 909.

<sup>41</sup> E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit. 2648.

<sup>42</sup> C. PEDRAZZI, *Sub Art. 216*, in C. PEDRAZZI – F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227 l.f.*, in Commentario Scialoja-Branca. *Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1995, 510.

<sup>43</sup> *Ibidem*.



se non come probabile) rappresenta la base per la valutazione della condotta stessa. Breve: solo la rappresentazione della prospettiva del dissesto conferisce carattere offensivo alle condotte distrattive<sup>44</sup>: *ergo* il dissesto rappresenta un elemento di rilevanza soggettiva all'interno della fattispecie mediante il quale valutare sul piano obbiettivo la concreta pericolosità della condotta.

La soluzione sembra in perfetta sintonia con la ricostruzione della fattispecie in termini di pericolo concreto: se quest'ultimo deve essere apprezzato sia nella sua dimensione intrinseca alla condotta, sia in *relazione* agli effetti che la stessa produce sugli assetti economici dell'impresa, è chiaro che l'agente deve rappresentarsi sia l'idoneità lesiva del proprio comportamento, sia il contesto di riferimento in cui la stessa va ad innestarsi<sup>45</sup> ove il dissesto inteso come incapacità di garantire il totale soddisfacimento dei creditori rappresenta il fulcro<sup>46</sup>; è dalla conoscenza della complessiva situazione economico-patrimoniale dell'impresa infatti che si può ricavare, in termini concreti, la rappresentazione o meno della pericolosità della condotta da parte dell'agente; e ciò può essere realizzato solo nella prospettiva della possibile insorgenza del dissesto<sup>47</sup>.

Del resto, se la fraudolenza costituisce un connotato interno alla distrazione, ciò significa che ai fini dell'integrazione della fattispecie è tipica solo quella condotta in grado di creare un danno ai creditori; ma ciò può essere valutato non solo guardando semplicemente alla stessa al momento della sua realizzazione e dunque individuando il connotato della fraudolenza nell'aspetto modale attraverso cui la condotta viene posta in essere, ma è indispensabile anche tenere conto della prospettiva degli effetti che la stessa possa produrre sugli equilibri economici dell'impresa, nel cui orizzonte il dissesto rappresenta l'epigono finale: solo se quest'ultimo è rappresentato come possibile sbocco della condotta, allora questa può definirsi come effettivamente fraudolenta.

In questa prospettiva la rappresentazione e volizione del dissesto da parte dell'agente assume una duplice funzione: a) conferisce un valore qualitativo alla condotta: l'offesa penalmente rilevante è data dall'effettivo squilibrio economico che la condotta genera nel caso concreto, che, tenuto conto della complessiva situazione economico finanziaria dell'azienda, può portare le garanzie dei creditori ad un livello insufficiente per la totale soddisfazione degli stessi; b) circoscrive l'orizzonte delle condotte penalmente rilevanti impendendo il *regressus ad infinitum*: sono penalmente rilevanti solo quelle condotte poste in essere in un momento storico dell'azienda che, per la sua consistenza economico-patrimoniale, rende possibile e attuale la previsione del dissesto da parte dell'imprenditore.

La soluzione sembra coerente.

<sup>44</sup> E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit. 2648.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione*, cit., 909.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

Se, viceversa, si dovesse optare per la diversa soluzione ossia quella di scollegare l'azione del reo dalla consapevolezza di un'afferenza della condotta alle condizioni economiche dell'impresa, si priverebbe il reato proprio dell'attitudine di "fraudolenza" che, invece, ne costituisce il requisito caratteristico.

Dunque, il ragionamento che si propone posiziona il dissesto in una dimensione interna alla fattispecie senza snaturare la struttura (di reato di pericolo) del delitto in esame; non v'è dubbio che quest'ultimo viene arricchito da ulteriori elementi non espressi, i quali tuttavia costituiscono dei presupposti logici per la sua corretta interpretazione. A ben vedere, si tratta di elementi che, oltre a rappresentare degli inscindibili corollari in grado di offrire una valida chiave di lettura della condotta distrattiva per verificare se è concretamente offensiva, permettono di garantire una sufficiente tenuta della fattispecie sul versante del rispetto dei principi costituzionali (di offensività e colpevolezza).

## 5. La valorizzazione della componente "volitiva" quale elemento centrale nell'economia interpretativa della fattispecie.

La sentenza in esame delinea alcuni indicatori della fraudolenza funzionali sia ai fini del giudizio (mediante i criteri della prognosi postuma) della concreta messa in pericolo del bene giuridico tutelato sia per la valutazione della componente soggettiva del delitto in esame. Tali indici, come evidenziato nelle pagine che precedono, vengono individuati in: a) la condizione economica dell'impresa e la congiuntura economica al momento della condotta; b) il contesto in cui l'atto depauperativo è stato realizzato, avendo riguardo ai rapporti maturati tra l'imprenditore ed altre imprese coinvolte; c) l'estraneità dell'atto depauperativo rispetto ai canoni di ragionevolezza imprenditoriale.

È stato correttamente osservato come il terzo criterio (*rectius*: la ragionevolezza imprenditoriale), può, nella pratica, mostrarsi assai pericoloso per via dell'oggettiva difficoltà di poter definire come ragionevole/irragionevole la scelta dell'imprenditore<sup>48</sup>; del resto, come osserva autorevole dottrina, "non può essere confusa col dolo di bancarotta fraudolenta l'accettazione di rischi inerenti all'esercizio dell'impresa, per quanto gravi possano profilarsi"<sup>49</sup>; ma, come afferma altra autorevole dottrina quando la soglia del rischio lecito sfuma nella tipicità prefallimentare<sup>50</sup>?

Un possibile via d'uscita potrebbe essere quella di valorizzare l'aspetto volitivo, nell'ambito del dolo della fattispecie *de qua*.

In particolare, mostrando particolare riguardo all'accertamento del percorso volitivo che ispirava la condotta dell'agente, l'interprete potrebbe e dovrebbe verificare se la stessa fosse caratterizzata da una direzione portatrice di un grado di pericolosità/offensività per

<sup>48</sup> S. CAVALLINI, *La bancarotta fraudolenta "in trasformazione": verso il recupero della dimensione lesiva dell'archetipo prefallimentare?*, cit., 194.

<sup>49</sup> C. PEDRAZZI, *Sub. Art. 216*, cit., 79.

<sup>50</sup> M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, 57.

le esigenze dei creditori, ovvero di segno opposto, ossia se fosse determinata dallo scopo di aumentare l'efficienza finanziaria dello stesso<sup>51</sup>, vuoi attraverso l'estinzione di pregresse situazioni debitorie, vuoi attraverso altre operazioni migliorative della situazione patrimoniale dell'impresa, nella prospettiva – ben diversa rispetto a chi agisce per distrarre – di scongiurare il rischio per la salute finanziaria dell'impresa, garantendo (almeno sforzandosi) le aspettative dei propri creditori<sup>52</sup>.

In altri termini, se l'imprenditore agisce assumendo un rischio non incompatibile con l'esigenza di salvaguardare il patrimonio dell'impresa, l'elemento psicologico della bancarotta fraudolenta non dovrebbe ritenersi configurato<sup>53</sup>; ciò in quanto la rappresentazione e la volizione della condotta non sono compatibili con l'offesa tipica della bancarotta, la quale presuppone comunque un dolo di frode<sup>54</sup>.

Del resto, ponendosi nella prospettiva visuale dell'agente, emerge chiaramente come la volontà di costui di porre in essere condotte volte a sanare le sorti dell'azienda, si ponga come impeditiva per la configurazione del delitto di bancarotta per distrazione<sup>55</sup>, lasciando il passo alla possibile configurazione di altre forme di bancarotta, come quella preferenziale (in caso di pagamento di alcuni creditori), quella semplice (nel caso di ricorso al credito per procrastinare il fallimento, nella prospettiva di una ripresa economica dell'impresa) etc.

Ai fini dell'apprezzamento dell'elemento volitivo in capo all'imprenditore, non è sufficiente la mera coscienza e volontà della portata distrattiva della condotta ma occorre – anche – che la condotta non sia giustificata dalla necessità di porre in essere atti volti al recupero dell'efficienza economica dell'impresa, con la conseguenza che, per stabilire la sussistenza dell'elemento volitivo del dolo di bancarotta la condotta dell'imprenditore non può che valutarsi nella prospettiva in cui essa viene realizzata, poiché solo in questo modo si è in grado di apprezzare se lo stesso avesse potuto prevedere il pericolo per i creditori.

La valutazione della componente volontaristica rappresenta, dunque, una valida chiave per la valutazione<sup>56</sup> complessiva della condotta dell'agente per stabilire se quella condotta fosse sorretta anche dal dolo richiesto dalla fattispecie<sup>57</sup>.

<sup>51</sup> E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., 2649.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> N. PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, cit., 57.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> In senso adesivo nella giurisprudenza di legittimità v. Cass. pen., Sez. V., 10 settembre 2013 n. 41665, in CED Cass., n. 257231, secondo cui, anche se la situazione di dissesto che dà luogo al fallimento, deve essere rappresentata e voluta dall'imprenditore (o quantomeno accettata come rischio concreto della propria azione), non integra il dolo di bancarotta per distrazione la volontà di porre in essere una condotta finalizzata ad estinguere posizioni debitorie.

<sup>56</sup> Queste riflessioni che avevamo già svolte in relazione alla posizione del terzo *extraneus* alla compagine imprenditoriale il quale per la sua posizione esterna alla stessa non ha la medesima conoscenza delle dinamiche aziendali *dell'intraneus* e dunque in buona fede sovvenzionava l'imprenditore aiutandolo a superare dei momenti (almeno dal punto di vista del terzo) di difficoltà di quest'ultimo, possono essere valide anche con riferimento alla situazione dell'imprenditore che opera delle scelte imprenditoriali rischiose per le sorti della propria azienda, ma comunque realizzata nella prospettiva di migliorare la situazione economico finanziaria dell'azienda. E. BOZHEKU *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., 2650.

<sup>57</sup> Con riferimento alla posizione del terzo *extraneus*, se andiamo a scrutinare *funditus* la componente volitiva della sua condotta in

A questo punto si rende necessario stabilire una linea di demarcazione tra la bancarotta fraudolenta e quella semplice (per operazioni imprudenti finalizzate a ritardare il fallimento), atteso che entrambe richiedono l'elemento psicologico del dolo.

Secondo alcuni autori il confronto tra le due ipotesi delittuose induce a ritenere che il discrimine tra le due fattispecie dovrebbe avvenire sul piano delle forme di dolo compatibili con le stesse; si osserva che mentre il delitto di cui all'art. 217 n. 3 l.f. può abbracciare anche il dolo eventuale, la bancarotta distrattiva invece può essere connotata solo dal dolo diretto o intenzionale; se la fraudolenza è un connotato interno a quest'ultima, l'accettazione di un rischio d'insolvenza è incompatibile con tale concetto<sup>58</sup>; una gestione fraudolenta è connotata da una estraneità radicale rispetto ad un esercizio virtuoso dell'impresa, con conseguente incompatibilità del dolo eventuale con il delitto di cui all'articolo 216 n. 1 l.f.<sup>59</sup>.

Vi sono dei casi, però, in cui l'operazione finanziaria può prospettare nella mente dell'imprenditore la possibilità della sua non riuscita ai fini del risanamento delle sorti dell'azienda. In questo caso, non si può, almeno in astratto, escludere la configurabilità di un dolo eventuale per aver procrastinato ed aggravato il dissesto<sup>60</sup>.

Tuttavia, anche in tale ipotesi il discrimine tra la bancarotta fraudolenta e quella semplice, può essere trovato sul versante della componente volontaristica del dolo<sup>61</sup>. È noto che sussiste il dolo eventuale quando l'agente accetta (il rischio) che l'evento pericoloso si verifichi come risultato della propria condotta, comportandosi, di conseguenza, anche a costo di determinarlo; vi è, invece, colpa cosciente (o aggravata dalla previsione dell'evento) quando l'agente, pur rappresentandosi l'evento come possibile risultato della sua condotta, agisce, tuttavia, nella previsione e prospettazione che esso non si verifichi; nel primo caso egli accetta quel possibile evento prospettatosi, nel secondo caso, vicever-

---

relazione ad ipotesi in cui sovvenziona un imprenditore nello svolgimento delle proprie attività economiche attraverso finanziamenti e linee di credito, si può facilmente pervenire alla conclusione secondo la quale un sovventore avveduto finanzia nella misura in cui è convinto che il sovenuto abbia adeguate capacità economiche per tener fede ai propri impegni; convinzione questa che lo stesso non può che trarre da una conoscenza comunque esterna della situazione economica dell'imprenditore. Del resto, diversamente opinando, non si comprende perché un soggetto terzo alla compagine sociale (es. una banca o istituto di credito), dovrebbe erogare un credito ad un soggetto che sa di essere decotto; la soluzione, non sembrerebbe possa cambiare anche nell'ipotesi in cui una banca confezioni un mutuo di ristrutturazione, acquisendo garanzie patrimoniali che prima non aveva; in questo caso dovrebbe parlarsi, eventualmente, di bancarotta preferenziale. Nella prospettiva del terzo (specie se lo stesso già vanta dei crediti verso l'imprenditore), il finanziamento ad un imprenditore è incompatibile con una volontà di dissesto, con conseguente esclusione del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione (semmai rimarrebbe da accertare se il finanziamento erogato sia riconducibile nella previsione del delitto di bancarotta semplice per aver tenuto a galla un imprenditore decotto, ovvero, in caso di acquisizione di ulteriori garanzie, nell'ambito della bancarotta preferenziale). Infatti, al di là dell'aspetto conoscitivo (sapeva o non sapeva il finanziatore delle difficoltà in cui versava il *decoctor*), nel caso in esame si rende indispensabile prendere in esame la componente volitiva dell'elemento psicologico, poiché, nel caso del terzo sovventore dell'imprenditore, è solo sul piano della volizione che va ricercata la distinzione tra il delitto di bancarotta per distrazione e quello di bancarotta semplice, ovvero tra la prima e la bancarotta preferenziale. Così E. BOZHEKU *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, cit., 2651- 2652.

<sup>58</sup> C. PEDRAZZI, *I reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI – A. ALESSANDRI – L. FOFFANI – S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e Reati fallimentari*, Bologna, 1998, 136.

<sup>59</sup> M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, Napoli, 2012, 255.

<sup>60</sup> N. PISANI, *Crisi d'impresa e diritto penale*, cit., 59.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

sa, egli non consente alla verifica dell'evento medesimo<sup>62</sup>. L'accettazione non deve riguardare solo la situazione di pericolo posta in essere, ma deve estendersi anche alla possibilità che si realizzi l'evento (nel caso in esame l'evento è in senso giuridico, inteso come il pericolo che possa crearsi uno squilibrio delle attività/passività aziendali) non direttamente voluto, pur coscientemente prospettato<sup>63</sup>.

In diverse pronunce la Corte di cassazione ha chiarito che perché sussista il dolo eventuale ciò che l'agente deve accettare è proprio l'evento<sup>64</sup>, in senso di danno o di pericolo. E' il verificarsi dell'evento (nel caso di specie del pericolo che dalla propria condotta possa derivare uno squilibrio tra le attività/passività dell'imprenditore), infatti, che deve essere stato accettato e messo in conto dall'agente, pur di non rinunciare all'azione, che, anche ai suoi occhi, aveva la seria possibilità di provocarlo. Occorre, quindi, accertare, per ritenere la sussistenza del dolo eventuale, che l'agente abbia accettato come possibile la verifica dell'evento, nel caso nostro in senso giuridico, non soltanto che abbia accettato una situazione di pericolo genericamente sussistente<sup>65</sup>. Rispetto alla sola previsione dell'evento, che pure caratterizza la colpa cosciente, è necessario un *quid pluris*, cioè l'accettazione, *hic et nunc*, della concreta probabilità che l'evento stesso, ancorché non direttamente voluto, abbia a realizzarsi<sup>66</sup>. In sostanza, accettazione del rischio non significa accettare solo quella situazione di pericolo nella quale si inserisce la condotta del soggetto e prospettarsi solo che l'evento di pericolo possa verificarsi; significa accettare anche la concreta probabilità che lo stesso, anche se non voluto si realizzi. È notorio del resto che il dolo eventuale presuppone che il superamento del dubbio si risolva positivamente nella volizione, ponendo in essere l'agente quella condotta anche a costo di cagionare l'evento, volitivamente accettandolo, quindi, nella sua prospettata verifica<sup>67</sup>; Il dolo eventuale ricorre, dunque, quando si dimostri che nell'agente sia maturata non una astratta previsione dell'evento pericoloso derivante dalla sua condotta, ma che lo stesso abbia, in concreto, previsto quello specifico evento poi verificatosi, accettandolo nella sua possibile verifica<sup>68</sup>.

Ciò posto, nel caso dell'imprenditore che ha ritardato il fallimento chiedendo, ad esempio, un finanziamento in attesa di una convenzione interbancaria volta a favorire – da un

<sup>62</sup> *Ibidem*.

<sup>63</sup> Cass. pen., SS. UU., 12 ottobre 1993, n. 748, Cassata, in C.E.D. Cass. n. 195804.

<sup>64</sup> Cass. pen., Sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 11222, Lucidi in C.E.D. Cass. n. 249492.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

<sup>67</sup> La colpa cosciente si realizza quando l'agente, pur prospettandosi la possibilità o probabilità dell'evento, tuttavia confida che esso non si realizzi; in questo caso il superamento del dubbio avviene in senso negativo, e cioè della non volizione. Nemmeno l'elevato grado di colpa si traduce di per sé nella prova che l'agente abbia voluto il pericolo del dissesto societario: il grado della colpa non vale ad individuare una soglia oltre la quale essa trasmodi in dolo. Una tale dimostrazione non può risolversi nella mera constatazione della condotta integrante la violazione, per quanto grave, poiché la constatazione di un grado quanto si voglia elevato di colpa non può porsi come di per sé dirimente al fine di discernere se l'agente abbia agito in colpa ovvero abbia agito dolosamente (ovviamente sub specie di dolo eventuale). Cfr. Cass. pen., Sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 11222, Lucidi in C.E.D. Cass. n. 249492.

<sup>68</sup> Cass. pen., Sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 11222, Lucidi in C.E.D. Cass. n. 249492.

lato, attraverso delle agevolate linee di credito e, dall'altro, mediante un recupero *soft* del proprio debito da parte del compartimento bancario – il risanamento dell'azienda, il giudice del merito dovrebbe verificare se tale scelta di chiedere *medio tempore* il finanziamento da parte dell'imprenditore in difficoltà economiche (anzi che depositare i libri in tribunale, ritardano oggettivamente il fallimento), sia stata realizzata perché il piano di risanamento interbancario era veramente credibile ed attuabile, oppure si è trattato di una operazione non credibile e dunque realizzata nella comprovata accettazione del rischio concreto di aggravare il dissesto. Se, mediante un giudizio di prognosi postuma, si dovesse accertare che l'operazione fosse fattibile e dunque idonea ad evitare l'ulteriore radicalizzazione della crisi d'impresa, non si può ritenere che l'imprenditore avesse accettato il rischio di aggravamento del dissesto, rimanendo, quest'ultimo, circoscritto nell'ambito dell'astratta possibilità.

Breve: nell'ambito del delitto di bancarotta il dolo eventuale può essere anche configurabile; tuttavia anche ai fini della sua configurazione occorre sempre la realizzazione di un atteggiamento psicologico che abbracci non solo la condotta ma anche lo squilibrio finanziario che qualifica la stessa come pericolosa; se il pericolo, in quanto elemento essenziale della fattispecie e dunque evento in senso giuridico, consistente nella minaccia per i creditori di non venire soddisfatti in virtù della condotta posta in essere dall'imprenditore, allora deve escludersi che possa formare oggetto di dolo (anche eventuale) di bancarotta distrattiva una condotta imprudente ma comunque ragionevolmente fondata circa la possibilità di evitare il fallimento; in tal caso stessa (*rectius*: condotta imprudente) manifesta l'opposta volontà di contribuire alla ripresa economica dell'impresa e dunque il fatto dovrebbe essere ricondotto nel novero di cui all'articolo 217 n. 3 l.f.

## 6. Conclusioni: un rapido “*return back*” sulla sentenza Sgaramella.

Tornado alla sentenza in commento e avviandoci alle conclusioni, va osservato come la stessa rappresenti un ulteriore tassello nel percorso di adeguamento interpretativo del delitto di bancarotta fraudolenta ai principi cardine del diritto penale, affermati in Costituzione.

In particolare, è sicuramente apprezzabile lo sforzo esegetico di definire i contenuti del dolo della fattispecie *de qua*: viene superato il tradizionale orientamento giurisprudenziale che isola l'analisi della componente soggettiva ai soli comportamenti elencati dalla singola fattispecie, per aderire ad una visione che ritiene necessario che la coscienza e volontà investano anche un *quid pluris* rispetto alla mera materialità del fatto descritto dall'articolo 216 n. 1 l.f.

Vi è solo un punto critico – che è bene rilevarlo – nella sentenza in esame: se, da un lato, essa evidenzia come l'oggetto del dolo del delitto di bancarotta fraudolenta sia arricchito da ulteriori elementi rispetto a quelli immediatamente ricavabili dalla lettura della norma e, in particolare, dalla diminuzione delle garanzie patrimoniali per la massa dei

creditori che deve essere comunque di oggetto di rappresentazione e volizione da parte dell'agente, dall'altro lato, si ha l'impressione che per ossequiare le Sezioni Unite Passarelli (le quali, come detto, si occuparono della bancarotta fraudolenta solo in via incidentale), essa non abbia volutamente affrontato il ruolo fondamentale che il dissesto svolge all'interno della fattispecie sul versante dell'elemento soggettivo e le conseguenti ricadute in merito all'individuazione e valutazione delle condotte pericolose per il bene giuridico tutelato; ma se, come afferma la Corte, *“il dolo generico della bancarotta fraudolenta patrimoniale richiede comunque la rappresentazione da parte dell'agente della pericolosità della condotta distrattiva, dissipativa, etc., da intendersi come probabilità dell'effetto depressivo sulla garanzia patrimoniale che la stessa è in grado di determinare”*, la valutazione di tale condotta non può che essere realizzata nella prospettiva del dissesto, intesa in termini di rappresentabilità/rapprestazione da parte dell'agente; è solo la prospettiva che quest'ultimo si possa verificare che conferisce la corretta dimensione offensiva alla condotta depauperatoria nell'ottica di un effettivo pericolo per i creditori.

L'auspicio non può, dunque, che essere quello che in futuro la stessa tenga conto e valorizzi adeguatamente quest'ultimo indispensabile aspetto, portando così a compimento il percorso di adeguamento della fattispecie in esame ai principi costituzionali di offensività e colpevolezza.

Ad ogni modo, la strada intrapresa sembra sia quella giusta: le sentenze pronunciate dalla Corte di cassazione nell'anno 2017, tra cui anche quella in commento, lasciano (finalmente) presagire l'avvio (che si auspica si consolidi nel tempo) di una nuova stagione interpretativa in relazione ai delitti di bancarotta.

ERSI BOZHEKU





Cass. pen., S.U., 30 novembre 2017 (dep. 4 gennaio 2018), n. 111,  
Pres. Canzio – Rel. Petruzzellis

### **Misure di prevenzione personale – Pericolosità sociale “qualificata” – Accertamento – Requisiti**

1. Il concetto di “appartenenza” ad una associazione mafiosa, rilevante per l’applicazione delle misure di prevenzione, comprende la condotta che, sebbene non riconducibile alla “partecipazione”, si sostanzia in un’azione, anche isolata, funzionale agli scopi associativi, con esclusione delle situazioni di mera contiguità o di vicinanza al gruppo criminale.

2. Nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali agli indiziati di “appartenere” ad una associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito della “attualità” della pericolosità del proposto.

Dalle  
Corti

**I testi integrali delle sentenze sono accessibili sul sito della rivista.**

## Misure di prevenzione personale ed accertamento in concreto ed attuale della pericolosità qualificata

1. La pronuncia in commento, nell’affermare – come auspicato<sup>1</sup> – la doverosità di un accertamento, in positivo, del requisito della *attualità* della pericolosità sociale del soggetto proposto per l’applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, in forza della sua «*appartenenza*» ad una associazione di tipo mafioso (c.d. pericolosità qualificata), ha posto rimedio non soltanto ad un’incertezza interpretativa maturata in seno alla giurisprudenza di legittimità, foriera di un inammissibile distinguo, quanto allo specifico presupposto, fra le diverse categorie di cui all’art. 4, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159<sup>2</sup>, ma reca riflessioni di ordine sistematico più ampie.

Da un lato, la decisione segna un apprezzabile sforzo in termini di “individuazione” della categoria soggettiva degli “*indiziati di appartenere alle associazioni di cui all’art. 416-bis c.p.*”, destinatari di misure di prevenzione personali (e patrimoniali), delle quali, questo l’aspetto di maggior interesse, le Sezioni Unite rimarcano il carattere *afflittivo*<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> MARCHIANÒ, *Requisiti soggettivi per l’applicazione delle misure di prevenzione personali. L’attualità della pericolosità: una querelle verso la soluzione?*, in *Questa rivista*, n. 6/2017, 675 s.

<sup>2</sup> In avanti, nel testo, *cod. ant.*

<sup>3</sup> DELLA MONICA, *Misure di prevenzione*, in *Questa rivista*, n. 6/2017, 657 s.

Sebbene finalizzate a *prevenire* la commissione di reati, le misure *praeter delictum* costituiscono infatti una *risposta* dell'ordinamento<sup>4</sup>, quanto mai efficace<sup>5</sup> perché limitativa di libertà di rango costituzionale (art. 13 e 42 Cost.), a talune *condotte*, non necessariamente penalmente rilevanti, di cui la S.C. tenta di fornire una *tipizzazione*, in mancanza di specifici elementi descrittivi provenienti dal legislatore<sup>6</sup>.

In questa prospettiva, la decisione delinea i confini della nozione di «*appartenenza associativa*», presupposto ineludibile ai fini della sottoposizione ad una misura di prevenzione personale ai sensi dell'art. 4, c. 1, lett. *a* cod. ant. e si interroga, escludendola, sulla legittimità di meccanismi presuntivi in tema di prova, operando un interessante parallelismo, quanto al richiesto giudizio di pericolosità sociale, fra *misure di prevenzione* e *misure cautelari personali*.

Entrambe le tipologie di misure applicabili, infatti, «*condividono [...] lo svolgimento di un'analisi di condotte pregresse ai fini della proiezione nel futuro della pericolosità e della previsione prognostica di stabilità*»<sup>7</sup>. La valutazione di fatti del passato appare funzionale, ma non condiziona, in spregio a qualsivoglia automatismo, una valutazione prognostica di pericolosità, la quale, per definizione, non può che riferirsi all'attualità, diversamente privando le misure di prevenzione della loro finalità tipicamente preventiva, non avendo alcuna giustificazione una compressione della libertà personale dinanzi ad un soggetto non pericoloso con riguardo al momento applicativo<sup>8</sup>.

Pur distinte da un punto di vista strutturale, non può sottacersi la previsione esplicita in materia cautelare di una presunzione legislativa di inadeguatezza di misure diverse dalla custodia cautelare in carcere, ai sensi dell'art. 275, 3° co., c.p.p., nei riguardi di soggetti attinti da gravi indizi di colpevolezza per fatti di “mafia”. Presunzione, tuttavia, ad oggi sensibilmente attenuata grazie agli interventi della Corte costituzionale, esplicitamente richiamati dalla sentenza in commento<sup>9</sup>, che non possono non estendersi, per identità di *ratio*, anche alle misure di prevenzione.

<sup>4</sup> Sul controverso tema della natura giuridica delle misure di prevenzione, v. FIANDACA, voce «Misure di prevenzione (profili sostanziali)», in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, s.; P.V. MOLINARI, voce «Misure di prevenzione», in *Enc. dir.*, vol. II agg., Milano, 1998, 550 s.

<sup>5</sup> Si pensi, fra le misure patrimoniali, alla confisca di prevenzione, nonché, da ultimo, all'ampliamento delle categorie soggettive nei cui confronti le misure personali e patrimoniali possono essere disposte, ad opera del più recente intervento normativo in materia, Legge 17 ottobre 2017, n. 161.

<sup>6</sup> Nonostante il monito formulato dal legislatore delegante di “*prevedere in maniera organica la categoria dei destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, ancorandone la previsione a presupposti chiaramente definiti e riferiti in particolare all'esistenza di circostanze di fatto che giustificano l'applicazione delle suddette misure di prevenzione e, per le sole misure personali, anche alla sussistenza del requisito della pericolosità del soggetto; che venga comunque prevista la possibilità di svolgere indagini patrimoniali dirette a svelare fittizie intestazioni o trasferimenti dei patrimoni o dei singoli beni*” (art. 1, c. 3, lett. a, n. 5 Legge 136 del 2010).

<sup>7</sup> Cass. pen., S.U. 30 novembre 2017, Gattuso, in motivazione, pag. 10.

<sup>8</sup> Corte cost., sent. n. 291 del 2013.

<sup>9</sup> Corte cost., sent. n. 48 del 2015, che ha dichiarato la 275, c. 3, secondo periodo, c.p.p. «*nella parte in cui – nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-bis cod. pen., è applicata custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari – non fa salva, altresì, rispetto al concorrente esterno nel suddetto delitto, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure*».

In tal senso, le Sezioni Unite osservano come «*la progressiva equiparazione procedimentale intervenuta tra applicazione delle sanzioni penali e delle misure di prevenzione, in ragione della natura afflittiva di queste ultime... ha progressivamente avvicinato le tutele previste in fase di applicazione di misure cautelari o di sanzioni penali*», così “derivando”, dal processo di “giurisdizionalizzazione” delle misure di prevenzione<sup>10</sup>, e dalla obiettiva afflittività che le connota, conseguenze (anche) sul piano della *prova*, delegittimando il ricorso a «*presunzioni valutative*» e ad «*interpretazioni fondate su una astratta semplificazione probatoria*» non soltanto prive di fondamento normativo, ma soprattutto espressione di un approccio culturale contrastante con i risultati conseguiti sul piano procedimentale<sup>11</sup>.

La decisione, evidentemente, costituisce una delle più significative ed apprezzabili ricadute interne<sup>12</sup> seguite alla condanna inflitta all'Italia dalla Corte e.d.u. con la nota sentenza De Tommaso c. Italia<sup>13</sup>, per contrasto con il diritto alla libertà di circolazione riconosciuto dall'art. 2 del protocollo 4 C EDU degli artt. 1, 3 e 5 Legge n. 1423 del 1956, trasfusi nel c.d. Codice antimafia, in quanto privi dei requisiti di determinatezza, precisione e di prevedibilità, sia nella indicazione delle categorie soggettive sottoponibili a misure preventive, che degli elementi descrittivi degli obblighi e dalle prescrizioni ad esse correlate.

Non da ultimo, il ragionamento articolato in sentenza, attraverso la valorizzazione dell'accertamento in positivo, in concreto e con carattere di attualità, della pericolosità soggettiva del proposto, restituisce al sistema delle misure di prevenzione personali e patrimoniali<sup>14</sup> una coerenza interna, tenuto conto dell'approdo giurisprudenziale più autorevole in tema di confisca rappresentato dalle Sezioni Unite, ric. Spinelli che, escludendone la natura di *actio in rem*, avevano rapportato l'accertamento del requisito soggettivo della pericolosità all'epoca dell'acquisto dei beni oggetto di ablazione<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Si pensi, al diritto alla pubblicità dell'udienza, sancito da ultimo, dalla Corte e.d.u., Sez. II, 17 maggio 2011, Capitani e Campanella; Id. 13 novembre 2007, BOCELLARI e RIZZA c. Italia (in *Osservatorio del processo penale*, GAITO, De profundis annunciato per le udienze camerali, 2007, 2, 37 s.); Id., 5 gennaio 2010, Buongiorno c. Italia. Sul versante interno, v. Corte cost., sent. n. 93 del 2010 (in *Giur cost.* 2010, n. 93, 76 con commento di GAITO e FURFARO, *Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali*) che ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, L. 27.12.1956, n. 1423, e 2 *ter*; L. 31.5.1965, n. 575, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al Tribunale e alla Corte d'appello, nelle *forme dell'udienza pubblica*. In linea con la decisione della Consulta, gli artt. 7 e 10 cod. ant. prevedono che «*l'udienza si svolge senza la presenza del pubblico*» ma «*il presidente dispone che il procedimento si svolga in pubblica udienza quando l'interessato ne faccia richiesta*».

<sup>11</sup> Sentenza in commento, in motivazione, pag. 12.

<sup>12</sup> V. fra le altre, Cass pen., S.U., 27 aprile 2017, Paternò, in *Mass. Uff.*, 270496, che ha escluso la configurabilità del reato previsto dall'art. 75, c. 2 cod. ant., in caso di «*inosservanza delle prescrizioni generiche di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”, da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno*». Per un commento, cfr. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 13 settembre 2017. Alla pronuncia delle S.U. ha poi fatto seguito la remissione, alla Corte costituzionale, della q.l.c. dell'art. 75, c. 2, cod. ant., in relazione agli artt. 25 e 117 Cost. ed all'art. 7 Convenzione e.d.u., nella parte in cui la norma sanziona penalmente la violazione dell'obbligo di «*vivere onestamente e rispettare le leggi*», da Cass. pen., Sez. II, ord. 25 ottobre 2017, Sorresso, in *Arch. Pen.*, 2017, n. 3, con nota di CISTERNA, *Le crepe nella legittimità costituzionale dell'art. 75, co.2, D.lgs. n. 159 del 2011, dopo la sentenza De Tommaso*.

<sup>13</sup> Corte e.d.u., Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.

<sup>14</sup> Stante l'identità delle categorie soggettive destinatarie delle misure in forza del rinvio all'art. 4 d.lgs. n. 159 del 2011, contenuto nell'art. 16, c. 1, lett. a, stesso testo.

<sup>15</sup> Sez. Un., 26 giugno 2014, Spinelli ed altro, in *Mass. Uff.*, 262604.

La decisione, pertanto, suscita interesse sotto molteplici profili, costituendo anche l'occasione, per la S.C. di intervenire, incidentalmente, sul principio di autonomia e reciproca indipendenza che governa i rapporti fra giudizio di cognizione in sede penale e giudizio di prevenzione<sup>16</sup>, ribadendolo, ma contestualmente affermando la sussistenza di un obbligo di motivazione "rafforzato", specie in caso di pronunce assolutorie ottenute in sede penale<sup>17</sup>. Parimenti di rilievo la premessa ad oggetto la riconducibilità del "vizio" di motivazione alla più ampia categoria della violazione di legge.

**2.** Quanto all'ultimo degli aspetti segnalati, come noto, per espressa previsione normativa l'unico vizio deducibile in sede di legittimità avverso il decreto della Corte d'appello in materia di misure di prevenzione è la *violazione di legge*, ex art. 10, c. 3 cod. ant.<sup>18</sup>.

Non ricorrendo alla tradizionale categoria della motivazione c.d. apparente<sup>19</sup>, le Sezioni Unite hanno rimarcato come la totale assenza di argomentazione su un elemento costitutivo della fattispecie [*id est*: la pericolosità attuale del proposto], derivante da un'opzione interpretativa alla cui base vi sia la superfluità della motivazione stessa, e quindi la ritenuta "sufficienza" di un ragionamento presuntivo sul punto, possa configurare la nullità del provvedimento, ai sensi delle disposizioni di cui agli artt. 111, 6° co. Cost., 125, 3° co., c.p.p., 7, 1° co., d.lgs. 06/09/2011, n. 159, posto che «*l'apparato giustificativo costituisce l'essenza indefettibile del provvedimento giurisdizionale*»<sup>20</sup>. In altri termini, come correttamente rilevato nell'ordinanza di remissione<sup>21</sup>, l'adesione all'uno o all'altro indirizzo interpretativo ha come primo effetto quello di delimitare il contenuto essenziale dell'obbligo di motivazione.

La esclusione del vizio di motivazione, nella sua declinazione tipica evocata dall'art. 606, c. 1, lett. e, c.p.p., non impedisce, invero, un'analisi che abbia ad oggetto la sussistenza, in punto di fatto ed in diritto, di un presupposto applicativo della misura [*id est*: un elemento costitutivo della fattispecie] sottostando, è il caso di dire, ad un *apparente* vizio di motivazione, una *sostanziale* violazione di legge<sup>22</sup>. Compito del Giudice di legittimità è quindi quello di accertare, preliminarmente, la validità dell'opzione interpretativa prescelta e quindi, nel caso concreto, se sia legittimo il ricorso a valutazioni presuntive su un elemento costitutivo della fattispecie, conseguendo, in caso negativo,

<sup>16</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. I, 7 gennaio 2016, *Pandico e altro*, in *Mass. Uff.*, 266364.

<sup>17</sup> Il caso concreto, invero, merita un breve cenno, non foss'altro perché il ricorrente vantava una duplice assoluzione dall'imputazione di cui all'art. 416 *bis* c.p. nel parallelo (ma non ancora concluso con sentenza definitiva) procedimento penale di cognizione. Non di meno, il giudizio sulla pericolosità sociale del proposto, perché «*indiziato di appartenere ad associazione mafiosa*», ex art. 4, 1° co., lett. a, d.lgs. n. 159 del 2011, era stato desunto da parte del Giudice della prevenzione da quegli stessi elementi probatori che avevano condotto, da un lato, ad una duplice assoluzione ed, in altro procedimento, per l'addebito di cui all'art. 12 *quinquies*, l. 356 del 1992, alla esclusione della aggravante della agevolazione di cui all'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, ed alla concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena.

<sup>18</sup> V. Corte cost., sent. n. 106 del 2015.

<sup>19</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. VI, 15 giugno 2016, *Caliendo e altro*, in *Mass. Uff.*, 270080.

<sup>20</sup> Sentenza in commento, in motivazione, pag. 4.

<sup>21</sup> Cass. pen., Sez. I, ord. 10 ottobre 2017, n. 48441.

<sup>22</sup> Cass. pen. Sez. I, 2 febbraio 2016, *Targia*, sent. n. 16038 del 2016, non massimata.

l'annullamento del provvedimento impugnato che non sia sorretto da un'argomentazione positiva sul punto.

**3.** Tanto premesso, il contrasto giurisprudenziale risolto dalla Suprema Corte presuppone la risoluzione dell'annoso tema dell'inquadramento criminologico del proposto in taluna delle categorie soggettive di cui all'art. 4 cod. ant., operazione chiaramente prodromica al giudizio di pericolosità soggettiva<sup>23</sup>, ed anche indipendente da eventuali semplificazioni probatorie sul punto.

Occorre piuttosto evidenziare che la individuazione dei tratti distintivi della nozione di *appartenenza* appare funzionale, nel ragionamento sviluppato delle Sezioni Unite, ad affermare la illegittimità di qualsivoglia ragionamento presuntivo, ai fini dell'accertamento della pericolosità sociale ed attuale del prevenuto, fondato sulla massima di esperienza della tendenziale stabilità, immanenza ed indissolubilità del vincolo associativo, salvo prova contraria, che risulta priva di validità nei casi in cui la condotta di *appartenenza* non sia perfettamente ascrivibile entro il paradigma descritto dall'art. 416 *bis* c.p.: non si traduca, cioè, in un inserimento tendenzialmente stabile ed organico all'interno dell'associazione.

La disposizione di cui all'art. 4, c. 1, lett. *a* cod. ant. come anticipato, allude ai soli soggetti "*indiziati di appartenere*" ad associazioni di tipo mafioso, mediante un rinvio recettizio all'art. 416 *bis* c.p. Di qui la necessità, da sempre avvertita in dottrina quanto nelle concrete applicazioni giurisprudenziali, di individuare i contenuti tipici della nozione di *appartenenza*, non coincidente, ma senz'altro comprensiva, di quella di *partecipazione* penalmente rilevante.

Si rileva, altresì, che nell'ambito della condotta di *partecipazione* ad associazione di stampo mafioso occorre poi operare un ulteriore distinguo nei riguardi di chi concorra, *ab externo*, alla vita ed agli interessi del sodalizio.

Evocando la sempre attuale pronuncia delle Sezioni Unite, ric. Mannino, può definirsi "*partecipe colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione mafiosa, non solo "è" ma "fa parte" della (meglio ancora: "prende parte" alla) stessa: locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno status, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima*"<sup>24</sup>; diversamente, concorre *ab externo* nel reato chi, pur «non inserito sta-

<sup>23</sup> All'inquadramento nell'una o l'altra categoria di cui all'art. 4 c.d. ant., dunque, «può seguire la "fase prognostica in senso stretto", ossia la valutazione delle probabili future condotte della persona in chiave di offesa ai beni tutelati», così Sez. I, 14 giugno 2017, SOTTILE, in *Mass. Uff.*, 271543.

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, in *Dir. Pen. proc.*, 2005, 1348, in cui si aggiungeva «sul piano della dimensione probatoria della partecipazione rilevano tutti gli indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa, e cioè la stabile compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio».

*bilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell' "affectio societatis", fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, sempre che questo espliciti un'effettiva rilevanza causale e quindi si configuri come condizione necessaria per la conservazione o il rafforzamento delle capacità operative dell'associazione (o, per quelle operanti su larga scala come "Cosa nostra", di un suo particolare settore e ramo di attività o articolazione territoriale) e sia diretto alla realizzazione, anche parziale, del programma criminoso della medesima»<sup>25</sup>.*

Per l'effetto, se può definirsi *indiziato di appartenere* ad una associazione di tipo mafioso colui che, secondo la definizione penalistica, vi partecipi, taluni dubbi si pongono con riferimento al concorrente esterno che abbia posto in essere un contributo solo occasionale, ma causalmente apprezzabile, al sodalizio di riferimento<sup>26</sup>.

4. Con la decisione in commento, le Sezioni Unite mostrano di aderire al prevalente orientamento giurisprudenziale volto ad estendere l'operatività delle misure di prevenzione anche nei confronti di coloro la cui condotta, sul piano sostanziale, delinea un concorso c.d. eventuale<sup>27</sup>.

Nell'ampio concetto di «*appartenenza*», a tal fine rilevante, rientrerebbero tutte quelle condotte materiali che spaziano dalla vera e propria partecipazione associativa, secondo i connotati tipici di cui all'art. 416 *bis* c.p., al c.d. concorso esterno, la cui peculiarità è rappresentata proprio dalla assenza di un vincolo stabile, purché il concorrente abbia posto in essere un contributo materialmente apprezzabile, ancorché *ab externo*, agli scopi ed alla vita dell'associazione. Dalla nozione di «*appartenenza*», al contrario, resterebbero escluse quelle condotte che non si traducano, sul piano materiale, in un «*apporto individuabile alla vita della compagine*», restando ai margini della mera «*collateralità*» o «*area di contiguità o vicinanza al gruppo, che non sia riconducibile in un'azione, ancorché isolata, che si caratterizzi per essere funzionale agli scopi associativi*»<sup>28</sup>.

Tale conclusione sarebbe avvalorata dal più recente intervento legislativo in materia determinante l'estensione delle categorie soggettive destinatarie della misura agli indiziati del reato previsto dall'art. 418 c.p. che punisce la condotta di chi, «*al di fuori delle ipotesi di concorso di favoreggiamento, dà rifugio, o fornisce vitto, ospitalità, mezzi di trasporto, strumenti di comunicazione a talune delle persone che partecipano*

<sup>25</sup> Cass., Sez. Un., 12 luglio 2005, MANNINO, cit.

<sup>26</sup> MAZZACUVA, *Le persone pericolose e le classi pericolose, in Misure di prevenzione*, a cura di FURFARO, Torino, 2013.

<sup>27</sup> Sulla nozione "ampia" di appartenenza, Cass. pen., Sez. I, 16 gennaio 2002, Scamardo, in *Cass. pen.*, 2003, 604, secondo la quale «*in tema di misure di prevenzione, il concetto di "appartenenza" ad una associazione mafiosa va distinto sul piano tecnico da quello di "partecipazione", risolvendosi in una situazione di contiguità all'associazione stessa che – pur senza integrare il fatto-reato tipico del soggetto che organicamente è partecipe (con ruolo direttivo o meno) del sodalizio mafioso – risulti funzionale agli interessi della struttura criminale e nel contempo denoti la pericolosità sociale specifica che sottende al trattamento preventivo*». In merito alla specifica estensione delle misure di prevenzione alla figura del concorrente esterno, Cass. pen., Sez. II, 16 febbraio 2006, Catalano ed altri, in *Mass. Uff.*, 234745; Id., Sez. II, 16 dicembre 2005, Canino, *ivi*, 233169.

<sup>28</sup> Sentenza in commento, in motivazione, pag. 9.

*all'associazione*<sup>29</sup>. Se quindi, il legislatore è intervenuto normativamente, inserendo nel novero dei soggetti a prevenzione personale anche chi presti “assistenza agli associati”, ne deriva che la nozione di «*appartenenza*», per quanto ampia, debba comunque sostanziarsi in «*un'azione, anche isolata, funzionale agli scopi associativi, con esclusione delle situazioni di mera contiguità o di vicinanza al gruppo criminale*», pur precisando che, in tal caso, «*l'accertamento di attualità non potrà che essere ancorato a valutazioni specifiche sulla ripetitività degli apporti, sulla permanenza di determinate condizioni di vita e di interessi in comune*»<sup>30</sup>.

La ammissibilità di un apporto occasionale, ovvero isolato, e la sicura riconducibilità alla nozione di *appartenenza* rilevante *ex art. 4, c. 1, lett. a, cod. ant.*, finirebbe per privare di efficacia dimostrativa la presunzione semplice di pericolosità sociale «*la cui valenza è radicata nelle caratteristiche del patto sociale, la cui ideale sottoscrizione, secondo l'id quod plerumque accidit, costituisce il substrato giustificativo che l'apporto occasionale non possiede per definizione*»<sup>31</sup>.

**5.** Sul piano della *prova*, viste le premesse, il principio di diritto secondo il quale nel momento applicativo della misura è necessario accertare il requisito della “attualità” della pericolosità del proposto indiziato di appartenere ad una associazione di tipo mafioso, rappresenta una conseguenza, per certi versi, ineludibile, oltre che l'unica costituzionalmente e “convezionalmente” obbligata.

Stando ad un primo, risalente orientamento<sup>32</sup>, ai fini della applicazione della misura di prevenzione personale risulterebbe necessario accertare, con riferimento alla attualità, la pericolosità sociale esclusivamente di quei soggetti attinti da pericolosità c.d. generica; e ciò anche all'indomani dell'entrata in vigore del codice antimafia nonostante l'inequivoco tenore letterale dell'art. 6 stesso testo che, senza distinzioni di sorta, condiziona l'applicabilità della misura ad un giudizio di pericolosità (attuale) in riferimento a *tutte* le categorie soggettive elencate nell'art. 4, “*quando siano pericolose per la pubblica sicurezza*”.

A seguire tale indirizzo, nei riguardi di soggetti attinti da pericolosità c.d. qualificata, tale requisito sarebbe presunto, *ex lege*, restando indifferente l'eventuale decorso del tempo fra l'accertamento dei fatti di rilevanza penale e l'applicazione della misura. Tale presunzione sarebbe superabile, invero, esclusivamente sulla base di elementi sopravvenuti e dimostrativi della cessazione del vincolo associativo ovvero del dissolvimento della compagine associativa di riferimento<sup>33</sup>, ma risulta vieppiù rafforzata per le c.d.

<sup>29</sup> V. art. 4, c. 1, lett. b, coda nt., così modificato dall'art. dall' art. 1, 1° co., lett. a), Legge 17 ottobre 2017, n. 161.

<sup>30</sup> Sentenza in commento, in motivazione, pag. 12.

<sup>31</sup> Sentenza in commento, in motivazione pag. 12.

<sup>32</sup> Inizialmente fondato sulla distinzione evincibile, a livello normativo, quanto al requisito della pericolosità, fra le categorie soggettive di cui all'art. 1, L. 31 maggio 1965, n. 575, e quelle indicate nell'art. 3, L. 27 dicembre 1956, n. 1423.

<sup>33</sup> *Ex plurimis*, Cass., pen., Sez. II, 24 marzo 2017, Maiolo, in *Mass. Uff.*, 270068 per cui, in caso di pericolosità qualificata «*non è necessaria alcuna particolare motivazione in punto di attuale pericolosità, una volta che l'appartenenza risulti adeguatamente dimostrata*».

“mafie storiche”, rispetto alle quali «*la presunzione di sussistenza di siffatta pericolosità non appare scalfita né dal tempo intercorso tra l'emersione degli indizi relativi all'affiliazione ed il momento di applicazione della misura, né dall'inattività criminale del preposto, atteso il carattere permanente dell'affiliazione, che può venir meno solo a seguito di un esplicito recesso o di un atto di chiara dissociazione, di cui tuttavia deve constare specifica prova*»<sup>34</sup>.

Una diversa opzione interpretativa, al contrario, ha individuato nel decorso del tempo un fattore in grado di affievolire la presunzione di permanenza della pericolosità sociale «*destinata ad attenuarsi, facendo risorgere la necessità di una specifica motivazione, quando più gli elementi rilevatori dell'inserimento nel sodalizio siano lontani nel tempo rispetto al momento del giudizio*»<sup>35</sup>.

Infine, secondo altre pronunce, valorizzato il fattore temporale, ovvero il periodo di detenzione eventualmente sofferto dal proposto<sup>36</sup>, sussiste la necessità di una verifica *in positivo* della pericolosità sociale<sup>37</sup>, concorrendo a tal fine «*tre indicatori fondamentali, costituiti dal livello del coinvolgimento del proposto nella pregressa attività del gruppo criminoso, dalla tendenza del gruppo di riferimento a mantenere intatta la sua capacità operativa nonché dalla manifestazione, in tale intervallo temporale, da parte del proposto di comportamenti denotanti l'abbandono delle logiche criminali in precedenza condivise*»<sup>38</sup>.

Per le ragioni illustrate in esordio, la S.C. ha osservato come, venuto meno qualsivoglia distinguo a livello di enunciati normativi espressi, la pericolosità sociale del proposto, con riguardo al momento applicativo della misura<sup>39</sup>, deve essere accertata nei riguardi indistintamente di tutte le categorie soggettive di cui all'art. 4, cod. antimafia.

In conclusione, la validità, in astratto, della massima di esperienza secondo la quale scaturirebbe, dalla sola stabilità del vincolo associativo, una perdurante pericolosità sociale del *partecipe*, sconta l'analisi della sussistenza dei suoi presupposti in fatto nel caso concreto, non essendo sufficiente un mero richiamo ad essa ovvero l'evocazione della assenza di elementi di prova contraria, gravando sul Giudice del merito l'obbligo di accertare la sussistenza di elementi concreti, sintomatici di una pericolosità attuale, con intuibili conseguenze sul piano motivazionale.

SILVIA ASTARITA

---

*e non sussistano elementi dai quali ragionevolmente desumere che essa sia venuta meno per effetto del recesso personale, non essendo dirimente a tal fine il mero decorso del tempo dall'adesione al gruppo o dalla concreta partecipazione alle attività associative»; in termini, Cass. pen., Sez. II, 31 gennaio 2017, Manti, *ivi*, 269742; Cass. pen., Id., Sez. VI, 11 novembre 2016, Ferrara, *ivi*, 268937.*

<sup>34</sup> Cass. pen., Sez. II, 20 aprile 2017, BELLOCCO, in *Mass. Uff.*, 270319; Id., Sez. II, 12 gennaio 2017, CLEMENTE e altri, *ivi*, 269057.

<sup>35</sup> Fra le altre, Cass. pen., Sez. V., 19 gennaio 2017, CAMMARATA, in *Mass. Uff.*, 270554; Id., Sez. VI, 15 giugno 2017, MARTORANA, *ivi*, 270908.

<sup>36</sup> Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2016, CAMERLINGO, in *Mass. Uff.*, 268518.

<sup>37</sup> Cass. pen., Sez. VI, 11 novembre 2016, AGUI, in *Mass. Uff.*, 268215.

<sup>38</sup> Cass. pen., Sez. II, 31 gennaio 2017, ZAGARIA, in *Mass. Uff.*, 269555.

<sup>39</sup> Corte cost., sent. n. 291 del 2013.



Cass. Pen., Sez. III, 5 dicembre 2017 (dep. 19 dicembre 2017), n. 56451 Pres. Savani – Rel. Scarcella

### **Reati tributari – Confisca per equivalente – Concorso di persone**

*In tema di reati tributari il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente prevista dal Decreto Legislativo n. 74 del 2000, articolo 12-bis, può essere disposto, entro i limiti quantitativi del profitto, indifferente nei confronti di uno o più degli autori della condotta criminosa, non essendo esso ricollegato all'arricchimento personale di ciascuno dei correi bensì alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito.*

*La misura può essere disposta anche nei confronti del concorrente nel reato commesso dal contribuente oppure nei confronti del concorrente nel reato commesso da terzi a favore del contribuente, persino quando, in tutti questi casi, il destinatario della misura non abbia tratto alcun profitto dal reato.*

Dalle  
Corti

**Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.**

## La confisca per equivalente dei beni del coindagato di reati tributari commessi nell'interesse della società

**SOMMARIO:** 1. Il caso concreto. – 2. La tutela del terzo proprietario dei beni oggetto di sequestro. – 3. L'ammissibilità della confisca per equivalente dei beni del coindagato che non abbia percepito il profitto del reato. – 4. I rapporti tra la confisca diretta del profitto ottenuto dalla società e la confisca per equivalente dei beni delle persone fisiche ad essa a vario titolo legate.

### **1. Il caso concreto.**

La pronuncia in commento riguarda due ricorsi presentati avverso il provvedimento con cui il Tribunale di Milano, in accoglimento dell'appello cautelare proposto dal pubblico ministero, aveva disposto il sequestro funzionale alla confisca per equivalente di beni mobili ed immobili rinvenuti nella disponibilità di una persona indagata per il reato di indebita compensazione punito dall'art. 10-*quater*, comma 2, D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74. Uno dei due ricorsi era stato appunto proposto dall'indagato, mentre l'altro dal terzo proprietario dei beni sequestrati per effetto dell'ordinanza del Tribunale.

Nel procedimento penale in questione all'indagato, in concorso con altri soggetti, veniva contestato di aver ideato e realizzato un complesso sistema per portare in compensazione crediti tributari inesistenti. In particolare, l'indagato, in qualità di collaboratore e socio di una società a responsabilità limitata, avrebbe concorso nel reato perpetrato dagli organi della società stessa, reato consistito nell'accollarsi il debito tributario di alcune società terze clienti della predetta S.r.l., offrendo in compensazione all'Erario crediti tributari fittizi – peraltro acquistati da altri soggetti – in modo da ottenere a favore delle società clienti indebiti risparmi di imposta.

Va quindi subito precisato che nella fattispecie viene ritenuto responsabile del reato non il contribuente (ovvero le società clienti della S.r.l. citata), ma l'accollante, sul presupposto che il reato di indebita compensazione può essere commesso sia dal contribuente, sia eventualmente dal terzo che si obblighi a pagare il debito tributario (ovvero in questo caso gli organi della S.r.l., nonché il ricorrente in concorso con essi).

Al di là della vicenda fattuale, la sentenza della Cassazione offre spunti interessanti in ordine ad alcuni tra i più importanti nodi problematici dell'istituto della confisca per equivalente in materia di reati tributari, tra cui: *a)* la tutela del terzo proprietario dei beni assoggettati a sequestro; *b)* l'ammissibilità del sequestro funzionale alla confisca per equivalente dei beni del coindagato che non abbia percepito il profitto del reato; *c)* i rapporti tra la confisca diretta del profitto ottenuto dalla società e la confisca per equivalente dei beni delle persone fisiche ad essa a vario titolo legate.

## 2. La tutela del terzo proprietario dei beni oggetto di sequestro.

Come detto, avverso il provvedimento impositivo della misura cautelare oltre all'indagato aveva proposto ricorso ai sensi dell'art. 325 c.p.p. anche il terzo estraneo al reato, rivendicando la proprietà dei beni oggetto di sequestro e censurando il provvedimento del Tribunale di Milano nella parte in cui non aveva speso parola alcuna per motivare la presunta, e ad avviso del ricorrente inesistente, disponibilità da parte dell'indagato dei beni in questione.

La Corte dapprima ricorda che il terzo legittimato a ricorrere per chiedere il dissequestro non può censurare la legittimità dei presupposti giustificanti il sequestro, ma solo prospettare motivi in ordine alla propria titolarità dei beni vincolati e le relazioni tra i beni stessi e l'indagato al fine di escludere che essi si trovino nella disponibilità di costui<sup>1</sup>.

In secondo luogo sul concetto di "disponibilità" del bene rilevante *ex art. 12-bis D. Lgs. 10 marzo 2000, n. 74*, soprattutto nei casi di discrasia tra intestazione fittizia e disponibilità, afferma che per essa si deve intendere la relazione effettuale con il bene, connotata dall'esercizio dei poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà<sup>2</sup>, cosicché i beni, se anche siano formalmente intestati a terzi estranei al reato, devono ritenersi nella disponibilità dell'indagato quando, sulla base di elementi specifici e dunque non congetturali, essi rientrano nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di essi venga esercitato per il tramite di terzi<sup>3</sup>.

Inoltre, ad avviso della Suprema Corte, per affermare la sussistenza della disponibilità in capo all'indagato di beni formalmente intestati a terzi e quindi per legittimare il vin-

<sup>1</sup> Così un consolidato orientamento di legittimità: cfr. Cass. pen., Sez. VI, 14 settembre 2016, n. 42037.

<sup>2</sup> Cass. pen., Sez. II, 22 febbraio 2013, n. 22153.

<sup>3</sup> Cass. pen., Sez. III, 8 marzo 2012, n. 15210.

colo cautelare, non è sufficiente dimostrare che il terzo proprietario non abbia le risorse economiche necessarie per acquisire il possesso dei cespiti, essendo invece necessaria la prova, con onere a carico del pubblico ministero, della disponibilità degli stessi da parte dell'indagato<sup>4</sup>.

Nel caso di specie il Tribunale effettivamente non aveva offerto alcuna motivazione su questi temi e pertanto il relativo provvedimento doveva essere annullato con rinvio.

### 3. L'ammissibilità della confisca per equivalente dei beni del coindagato che non abbia percepito il profitto del reato.

Quanto al secondo punto, il ricorrente osserva che poiché il profitto del reato tributario contestato sarebbe stato costituito, secondo l'impostazione accusatoria, dal risparmio di spesa rappresentato dall'ammontare del credito inesistente opposto in compensazione, il sequestro sarebbe illegittimo. Infatti, è vero che l'autore della compensazione illecita in questa vicenda non è il contribuente ma l'accollante; tuttavia, l'unico soggetto ad aver tratto dal reato il profitto inteso come indebito risparmio d'imposta è solo il contribuente e pertanto solo nei confronti di quest'ultimo poteva essere disposta la misura cautelare. E ciò vale a maggior ragione se si considera che erano stati sequestrati non i beni della società accollante o degli amministratori di essa, ma i beni del concorrente "esterno" che pacificamente non aveva avuto alcun rapporto con l'Agenzia delle Entrate, né come contribuente/debitore, né come soggetto accollantesi il debito di terzi e, tantomeno, aveva conseguito personalmente alcun risparmio di spesa.

Sul punto la Corte risponde argomentando che il concorso di persone nel reato implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente, per cui il sequestro non è collegato all'arricchimento personale di ciascuno dei correi, ma solo alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito, enunciando il seguente principio di diritto: *"in tema di reati tributari, il sequestro preventivo per equivalente, in vista della confisca prevista dal Decreto Legislativo n. 74 del 2000, articolo 12-bis, può essere disposto, entro i limiti quantitativi del profitto, indifferentemente nei confronti di uno o più degli autori della condotta criminosa, non essendo esso ricollegato all'arricchimento personale di ciascuno dei correi bensì alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito (nella specie la S.C. ha ritenuto legittimo il sequestro disposto nei confronti del concorrente, collaboratore dell'indagata ispiratrice del meccanismo fraudolento attuativo del c.d. acollo fiscale, integrante il reato di indebita compensazione)"*. Si tratta in effetti, come specifica la Corte in seguito, di un principio più volte affermato in

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. III, 12 maggio 2015, n. 36530.

sede di legittimità<sup>5</sup>, che, seppur con qualche “variante”<sup>6</sup> e con alcune sporadiche eccezioni<sup>7</sup>, costituisce ad oggi lo stato dell’arte in materia.

Occorre però domandarsi se questa soluzione sia coerente rispetto alla natura giuridica della confisca per equivalente, tema notoriamente oggetto di continue riflessioni sia da parte della comunità scientifica, sia da parte della giurisprudenza, viste le differenti conseguenze sul piano applicativo che derivano dal qualificarla come misura di sicurezza, risarcitoria o sanzionatoria<sup>8</sup>, in attesa di un intervento chiarificatore da parte del legislatore.

Eppure, in mezzo ai vari temi di conflitto, il dibattito sembra essere approdato almeno ad un punto comune e cioè che mentre la confisca diretta, reagendo alla pericolosità indotta nel reo dalla disponibilità di tali beni, assolve ad una funzione essenzialmente preventiva, la confisca per equivalente, che raggiunge beni di altra natura, “*palesa una connotazione prevalentemente afflittiva e ha, dunque, una natura eminentemente sanzionatoria*”<sup>9</sup>. Posto quindi il carattere *eminentemente sanzionatorio* della misura, a parere di chi scrive è necessario chiedersi quale sia il presupposto della “sanzione” in parola. In astratto sembrano profilarsi le due seguenti possibilità ed è in relazione a queste che si intende vagliare la conclusione della sentenza in commento: *a)* la confisca colpisce il profitto incamerato dal reo a seguito della commissione dell’illecito penale; *b)* la confisca punisce il reo per aver prodotto o contribuito a produrre per mezzo del reato un indebito profitto a prescindere dall’eventuale arricchimento da lui conseguito.

Se fosse vera la prima ipotesi è evidente che sarebbe ammissibile la confisca del patrimonio del reo solo quando egli abbia incassato almeno in parte il profitto del reato.

<sup>5</sup> Si tratta del consolidato indirizzo secondo cui il principio solidaristico, che caratterizza la disciplina del concorso di persone nel reato, comporta l’imputazione dell’intera azione delittuosa e dei relativi effetti in capo a ciascun concorrente e comporta solidarietà anche sul piano delle misure sanzionatorie, come la confisca, anche nella forma per equivalente, fermo restando che l’espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel *quantum* l’ammontare complessivo dello stesso, salvo l’eventuale riparto tra i medesimi concorrenti che però costituisce fatto interno a questi ultimi e non ha alcun rilievo penale (Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, nonché Cass., Pen., Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4195).

<sup>6</sup> Il riferimento è a quel filone giurisprudenziale che ammette la possibilità di sequestrare per equivalente a ciascun concorrente nel reato beni di importo pari al profitto complessivo, così di fatto legittimando in sede di sequestro una moltiplicazione dell’ammontare del profitto per il numero dei destinatari della misura, purché poi la confisca venga disposta per importi non eccedenti il prezzo o il profitto del reato (Cass., Pen., Sez. II, 16 novembre 2012 n. 8740).

<sup>7</sup> Cass., Pen., Sez. V, 12 dicembre 2014, n. 20101, nonché Cass., Pen., Sez. I, 16 novembre 2016, n. 4902, secondo cui mentre il sequestro può effettivamente essere applicato anche nei confronti di un solo concorrente per l’importo complessivo, la confisca per equivalente potrà essere disposta sui beni del singolo concorrente solo se egli abbia effettivamente tratto una quota di profitto dal reato e dovrà comunque riguardare solo la quota di prezzo o di profitto attribuibile al singolo concorrente. Per cui, qualora fosse impossibile una esatta quantificazione, la misura dovrà riguardare l’ammontare che si ottiene dividendo il profitto complessivo per il numero dei concorrenti, atteso che ai sensi degli artt. 1288 e 2055 c.c. nel caso di responsabilità per fatto illecito le parti di ciascun debitore si presumono uguali.

<sup>8</sup> Va infatti ricordato che il mero effetto ablativo connesso all’istituto non vale di per sé a segnare la natura giuridica della misura perché “*la confisca non si presenta sempre di eguale natura e in unica configurazione, ma assume, in dipendenza delle diverse finalità che la legge le attribuisce, diverso carattere, che può essere di pena come anche di misura non penale*” (Corte Cost., Sent. 16 giugno 1964, n. 46). Per ogni ulteriore approfondimento, sia consentito rinviare a M. PICCIRILLO, *Il ruolo della confisca prevista dal “nuovo” art. 12 d.lgs. n. 74/2000 nella lotta all’evasione fiscale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2016, 1-2, 412 ss., nonché, per gli sviluppi più recenti, a G. BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria, o tertium genus sanzionatorio?*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, 51 ss.

<sup>9</sup> Corte Cost., ord. 20 novembre 2009, n. 301, e Corte Cost. 7 febbraio 2017, n. 68.

L'esito stesso della pronuncia della Corte mostra come essa abbia respinto questa ipotesi a beneficio della seconda. Eppure, ammesso perché pacifico, che funzione della confisca diretta è privare il reo di qualsivoglia arricchimento derivante dal delitto commesso in modo da rendere meno appetibile la commissione di nuovi illeciti<sup>10</sup>, in caso di confisca per equivalente non sembra così agevole poter prescindere dalla necessità di accertare l'effettivo arricchimento del soggetto destinatario della misura. A questo proposito si è per esempio notato che, poiché nessuno dubita del carattere subordinato della confisca per equivalente rispetto alla confisca diretta, pare difficile attribuirle natura giuridica diversa<sup>11</sup> o almeno, aggiunge chi scrive, oggetto e funzione diversi. Per farlo - si osserva - si dovrebbe quantomeno giustificare la diversa reazione dell'ordinamento, nella specie di natura afflittiva, per la mancata individuazione o possibilità di apprensione dei beni costituenti il profitto o il prezzo del reato: si dovrebbe provare la responsabilità dell'interessato per la "dispersione" del profitto o del prezzo del reato e la sua colpevolezza per questo; ammesso e non concesso che si possa rimproverare taluno per non aver mantenuto ben visibili e rintracciabili le "prove" del delitto commesso<sup>12</sup>.

Ad ogni modo, passando alla seconda ipotesi - ossia che per l'applicazione della misura sia sufficiente l'aver solo contribuito con la propria condotta alla produzione del profitto illecito senza che sia necessario averne anche incamerato una parte - la conclusione della Corte suscita comunque delle perplessità. In tal modo, infatti, si finisce per ritenere corretta la soluzione di addossare interamente su di uno solo dei correi le responsabilità di tutti. In altri termini, nei confronti di un soggetto che ha contribuito a realizzare un risultato illecito (un indebito risparmio di imposta) l'ordinamento reagirebbe irrogando solo contro di lui una sanzione (la confisca) tale da porre per intero a suo carico le conseguenze del complessivo risultato illecito.

Quanto detto sembra stridere almeno con il principio costituzionale della proporzionalità della pena che, come noto, si pone come limite al potere punitivo dello Stato in quanto funzionale alle finalità retributive della pena stessa e trova fondamento costituzionale negli artt. 3 e 27 Cost. D'altra parte il fatto che nel nostro ordinamento penale la materia del concorso di persone nel reato sia improntata al principio della pari responsabilità sta a significare l'impossibilità di differenziazioni aprioristiche di responsabilità sulla base di tipi astratti di concorrenti, ma non anche una meccanica eguaglianza del *quantum* della pena per tutti i concorrenti, sussistendo pur sempre la necessità di una gradazione in con-

<sup>10</sup> La confisca diretta infatti sarebbe essenzialmente volta ad impedire la commissione di nuovi reati. Più precisamente, si fonderebbe sulla pericolosità della cosa più che su quella dell'autore del reato, nel senso che, ove non operasse l'ablazione, la disponibilità della *res* in capo al reo manterrebbe in lui «viva l'idea e l'attrattiva del reato». Per tale motivo il carattere cautelare-preventivo, anziché punitivo, implica la necessaria sussistenza di un nesso di pertinenzialità tra la *res* da confiscare ed il reato. Si veda la Relazione al Codice Penale, n. 202: «La confisca consiste nella eliminazione di cose che, provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato».

<sup>11</sup> A. MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione dei profitti dell'economia fiscalmente infedele: la confisca "penale" tra efficacia preventiva e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2015, 4, 186.

<sup>12</sup> A. MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione dei profitti*, cit., 186.

creto della stessa in rapporto al reale contributo apportato da ciascuno di essi<sup>13</sup>. Ed infatti il codice prevede espressamente la possibilità di riconoscere e graduare in concreto la responsabilità di ogni concorrente sia attraverso il riconoscimento di specifiche aggravanti ed attenuanti, sia in virtù dell'art. 133 c.p.

Va inoltre aggiunto che si tratta notoriamente di un principio cardine non solo delle pene intese come sanzioni principali o accessorie proprie dell'ordinamento penale, ma più in generale del diritto punitivo dello Stato nei confronti dei consociati. Il rispetto di tale principio nelle sue declinazioni impone in concreto, ad esempio, l'attribuzione all'autorità amministrativa di un potere discrezionale in grado di individualizzare la sanzione modulandone l'entità alla luce della tipologia e gravità della violazione, nonché della intensità dell'elemento soggettivo<sup>14</sup>. La proiezione di tale principio a livello costituzionale ne comporta la sua collocazione nell'ambito della regola della ragionevolezza. Non è, infatti, conforme a tale regola una misura sanzionatoria che, risolvendosi in una applicazione generalizzata non aderente alla specificità delle singole condotte, determini una ingiustificata discriminazione tra condotte diverse.

#### 4. I rapporti tra la confisca diretta del profitto ottenuto dalla società e la confisca per equivalente dei beni delle persone fisiche ad essa a vario titolo legate.

Il terzo tema di interesse riguarda il presunto onere da parte del provvedimento impositivo del sequestro funzionale alla confisca di individuare, ed eventualmente vincolare, il profitto diretto del reato in capo alla società prima di procedere al sequestro per equivalente dei beni dell'indagato.

La Suprema Corte osserva che, in ossequio ai principi della nota sentenza delle Sezioni Unite *Gubert*<sup>15</sup>, in tema di reati tributari il pubblico ministero è legittimato a chiedere al giudice il sequestro preventivo nella forma per equivalente, invece che in quella diretta, solo all'esito di una valutazione allo stato degli atti in ordine alle evidenze di un incremento patrimoniale dell'ente che ha tratto vantaggio dalla commissione del reato, ma non è invece richiesto il compimento di specifici ed ulteriori accertamenti preliminari per rinvenire il prezzo o il profitto diretto del reato che altrimenti si tradurrebbe in una vera e propria prova diabolica per l'accusa. Inoltre, aggiunge la Suprema Corte, andrebbe condiviso il recente orientamento secondo cui *“quando si procede per reati tributari commessi dal legale*

<sup>13</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 10<sup>a</sup> ed., Padova, 2017, 505.

<sup>14</sup> Con riferimento all'entità delle sanzioni penali si veda Corte Cost., Sent. 24 giugno 1992, n. 299; con riferimento all'esigenza di una commisurazione discrezionale della sanzione amministrativa si veda anche l'art. 11 della Legge 24 novembre 1981, n. 689.

<sup>15</sup> Cass. pen., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite era il seguente: “se sia possibile o meno disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca diretta o per equivalente nei confronti di beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante o da altro organo della stessa”, atteso che i reati tributari non rientrano nel catalogo dei delitti presupposto ai sensi del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

*rappresentante di una persona giuridica, è legittimo il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente dei beni dell'imputato, sul presupposto dell'impossibilità di reperire il profitto del reato nei confronti dell'ente, nel caso in cui, successivamente alla imposizione del vincolo cautelare, dallo stesso soggetto non siano indicati i beni nella disponibilità della persona giuridica su cui disporre la confisca diretta*"<sup>16</sup>. E, nel caso di specie, il ricorrente si era limitato semplicemente a dolersi della presunta mancata indicazione (da parte del PM prima e del giudice dell'appello poi) circa l'impossibilità di procedere al sequestro diretto, senza tuttavia soddisfare l'onere, sul medesimo gravante successivamente alla imposizione del vincolo cautelare, di indicare i beni nella disponibilità della persona giuridica su cui disporre la confisca diretta.

Il riferimento alla sentenza *Gubert* suggerisce almeno due considerazioni, ma intanto va ricordato in sintesi il suo contenuto. Nell'occasione le Sezioni Unite hanno affermato che è possibile la confisca dei beni societari per i reati tributari commessi dal legale rappresentante o da altro organo della società stessa solo quando si tratti del profitto diretto del reato rimasto nella disponibilità della società, oppure quando la società costituisca un mero schermo fittizio per le attività criminose della persona fisica. Qualora però non sia possibile individuare il profitto diretto<sup>17</sup> del reato in capo alla società, agli organi societari o a persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato oppure il profitto diretto per qualsiasi ragione non sia aggredibile, è ammessa la confisca per equivalente dei beni del legale rappresentante o di altro organo della società.

La prima considerazione che viene in rilievo riguarda la fondatezza del richiamo alla decisione delle Sezioni Unite da parte della pronuncia qui analizzata. A ben vedere, infatti, nel caso sottoposto alle Sezioni Unite il profitto conseguito dall'ente derivava dal reato commesso in suo favore dai propri organi, per questo la Corte finisce per ritenere ammissibile, seppur entro certi limiti, la confisca per equivalente nei confronti di quest'ultimi. Detto in altre parole: parrebbe proprio che la Corte, mentre considera possibile il sequestro del profitto diretto del reato sia nei confronti degli organi della società, sia nei confronti di persona (compresa quella giuridica) non estranea al reato, ritiene invece ammissibile la confisca per equivalente, visto che in questi casi il profitto è pur sempre conseguito da soggetto diverso dal destinatario della misura, solo nei confronti degli organi societari e non di altri soggetti eventualmente concorrenti nel reato dell'amministratore. Nel caso di specie, invece, l'ente beneficiario del profitto non aveva alcun rapporto "organico" con l'indagato che aveva subito il sequestro per equivalente e per di più costui rispondeva del reato in qualità di collaboratore del legale rappresentante e di socio della società che si era accollata il debito tributario. Quindi, a voler seguire i principi espressi dalle Sezioni

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. III, 6 luglio 2016, n. 40362.

<sup>17</sup> Le Sezioni Unite nella nozione di profitto diretto fanno rientrare anche il denaro ed i beni fungibili. Per una critica di questa affermazione cfr. F. MUCCIARELLI – C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, 4, 253 ss.

Unite e a dispetto di quanto sostenuto dalla decisione in commento, è quantomeno lecito dubitare che sia possibile sequestrare per equivalente i beni del concorrente del legale rappresentante di una società che mediante impiego di crediti fittizi abbia compensato il debito tributario di altre società, procurando solo a favore di quest'ultime indebiti risparmi di spesa.

La seconda (e logicamente collegata) considerazione riguarda il presunto onere in capo all'indagato di indicare i beni societari direttamente collegabili al profitto del reato. Come detto, infatti, ad avviso della Corte l'indagato potrebbe evitare la confisca per equivalente dei propri beni solo indicando alla A.G. i beni della società da apprendere in quanto corrispondenti al profitto del reato. Ebbene, è facile ipotizzare che questa soluzione potrebbe portare a conseguenze paradossali: il concorrente nel reato, privo di rapporto organico sia con la società i cui organi hanno materialmente commesso il reato, sia con la società contribuente beneficiaria del profitto del reato, per sfuggire alla confisca avrebbe tutta la convenienza a rendersi autore di una vera e propria falsa delazione, indicando come beni direttamente riconducibili al reato quelli della o delle società contribuenti anche quando in realtà tali beni non abbiano in realtà alcun rapporto con l'incremento patrimoniale derivante dal reato.

MATTEO PICCIRILLO



Cass. Pen., Sez. III, 30 gennaio 2017 (dep. 7 novembre 2017), n. 50619,  
Pres. Cavallo - Rel. Gentili

### **Recidiva reiterata - Prescrizione - *Ne bis in idem* sostanziale**

*Ai fini dell'affermazione della recidiva reiterata non è necessario che, in altro giudizio, già sia stata accertata la condizione del recidivo, essendo, invece, ben possibile che l'esistenza di un siffatto pregresso status sia verificato nello stesso giudizio in cui venga riscontrata la più accentuata pericolosità del recidivo reiterato [...]. La recidiva reiterata, quale circostanza aggravante ad effetto speciale, incide sia sul calcolo del termine prescrizione ordinario del reato, ai sensi dell'art. 157, comma secondo c.p., e, in presenza di atti interruttivi, anche sul calcolo del termine massimo, ex art. 161, comma secondo, c.p., dovendosi escludere che ciò comporti una violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.*

Dalle  
Corti

**Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.**

## La “doppia valenza” della recidiva reiterata e le ricadute sulla disciplina della prescrizione

**SOMMARIO:** 1. Brevi cenni sulla vicenda processuale. – 2. La “doppia valenza” della recidiva... – 3. (segue)... e la sua “doppia incidenza”. – 4. Conclusioni.

### **1. Brevi cenni sulla vicenda processuale.**

Con la sentenza in commento la Suprema Corte torna a pronunciarsi in materia di recidiva – nella specie, reiterata – soffermandosi da un lato sui suoi presupposti e, dall'altro, sugli effetti che la stessa produce sul tempo necessario a prescrivere il reato.

Nel caso di specie, sia in primo grado che in appello, il ricorrente era stato condannato per il reato contestatogli con espresso riconoscimento della circostanza aggravante di cui all'art. 99, comma IV, c.p.: nell'atto di gravame, l'imputato dapprima deduceva l'erronea applicazione nei suoi confronti della recidiva reiterata, rilevando come non fosse mai intervenuta in precedenza la dichiarazione giudiziale di recidivo semplice.

Per altro verso, si rilevava anche la circostanza per cui non si sarebbe dovuto tener conto di detto istituto ai fini dell'aumento del termine prescrizione “ordinario” – calcolato ex art. 157 c.p. – e anche di quello massimo di cui all'art. 161 c.p., sostanziandosi tale operazione in un'indebita duplicazione di effetti pregiudizievoli in spregio del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

## 2. La “doppia valenza” della recidiva...

L'analisi della Corte in ordine alla prima questione trova il suo punto di partenza nel dato normativo, soffermandosi sul significato da attribuire all'espressione “il recidivo” (l'art. 99, 4° comma, com'è noto, evoca appunto il caso in cui “*il recidivo commette un altro delitto non colposo*”).

Nel dichiarare infondato il motivo, il Collegio osserva che a tale concetto deve essere attribuita una duplice accezione contenutistica.

Ad una prima nozione “*formale*”, la quale avrebbe riguardo unicamente alla mera esistenza di precedenti penali “qualificati” nel casellario giudiziale, se ne assocerebbe una seconda, che si potrebbe definire “*sostanziale*”, attinente alla maggiore pericolosità dimostrata da chi si determina nuovamente a delinquere dopo essere già stato condannato per delitto non colposo, indipendentemente dalla qualificazione, nel precedente giudizio, come “recidivo”.

Più precisamente, si osserva che laddove si parla di “recidivo” è possibile intendere sia una condizione – quella di “*delinquente non primario*”, evincibile, come sopra riportato, dal numero di condanne riportate dalla persona -, sia un'attitudine soggettiva, assimilabile ad una più elevata capacità a delinquere. Sulla scorta della distinzione, la Corte rileva che la recidiva quale “*espressione della non illibatezza dell'individuo*” in riferimento all'accertamento della responsabilità penale permette al Giudice di pervenire alla sua dichiarazione anche in un giudizio diverso rispetto a quello in cui la predetta circostanza si sarebbe verificata; così, ne deriva la non necessità di una precedente pronuncia che abbia già riconosciuto lo *status* di recidivo nei confronti del medesimo soggetto ai fini della contestazione e successiva applicazione dell'ipotesi di cui all'art. 99, 4° comma.

Tale impostazione – espressione di un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità – non convince, risultando non aderente né alla *ratio* dell'istituto, né all'articolazione che il legislatore ha inteso dargli, soprattutto laddove si giunge ad affermare che “*la formula lessicale contenuta nella disposizione in esame (“coloro che siano stati dichiarati... recidivi ai sensi dell'art. 99 c.p., comma 4”) non può essere interpretata nel senso che indichi la necessità di una pregressa “dichiarazione” giudiziale della recidiva; la circostanza aggravante, invero, può solo essere “ritenuta” ed “applicata” per i reati in relazione ai reati è contestata, ed in questo modo deve essere intesa detta espressione la quale, imprecisa sotto il profilo tecnico, è stata evidentemente utilizzata dal legislatore per ragioni di semplificazione semantica essendo essa riferita anche ad altre situazioni soggettive che, attributive di uno specifico status (delinquente abituale, professionale e per tendenza), abbisognano di un'apposita dichiarazione che la legge espressamente prevede e disciplina agli artt. 102, 105, 108 e 109 c.p.*”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 27 maggio 2010, n. 35738.

L'interpretazione del lessico legislativo offerta pare svilire il sistema introdotto con la legge 251/2005, analiticamente costruito su differenti tipi dello stesso *genus* e caratterizzato da diversi aumenti di pena a seconda del maggiore o minore disvalore sotteso ad ognuno di essi.

Del resto, è nella stessa giurisprudenza di legittimità che chiarisce sia che il giudizio sulla recidiva non deve riguardare *“l’astratta pericolosità del soggetto o un suo status personale svincolato dal fatto reato”*, sia – e soprattutto – che il riconoscimento e l’applicazione della stessa postula, invece, *“la valutazione della gravità dell’illecito commisurata alla maggiore attitudine a delinquere manifestata dal soggetto agente, idonea ad incidere sulla risposta punitiva – sia in termini retributivi che in termini di prevenzione speciale – quale aspetto della colpevolezza e della capacità di realizzazione di nuovi reati, soltanto nell’ambito di una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo illecito da questo commesso, che deve essere concretamente significativo – 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”*<sup>2</sup>.

Tale parametro dovrebbe portare l’interprete a ritenere che il termine “recidivo” utilizzato dall’art. 99, 4° comma, ed il correlativo aumento di pena assumano rilevanza non tanto per il mero dato quantitativo estrapolabile dal casellario giudiziale dell’autore, ma sol perché esprimono un disvalore che già è stato valutato ed accertato dal Giudice nei termini sopra espressi<sup>3</sup>.

### 3. (segue) ... e la sua “doppia incidenza”.

Come si è anticipato *supra*, il ricorrente deduceva altresì la violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale, avendo la Corte di merito tenuto conto della recidiva sia ai fini del prolungamento del termine ordinario di prescrizione, sia per la dilatazione del termine massimo conseguente ad atti interruttivi.

Nota in proposito il Collegio che si contendono il campo due diversi orientamenti, entrambi espressi in recenti precedenti giurisprudenziali.

Un primo indirizzo, minoritario, sostiene che la suddetta operazione non risulterebbe ammessa, non essendo possibile gravare due volte il reo della valutazione dello stesso fenomeno nell’ambito del medesimo istituto giuridico; più precisamente, tale impostazione ritiene che il principio del *ne bis in idem* sostanziale, enucleabile a partire da numerose disposizioni legislative (gli artt. 15, 68, 84, 131, 301 e 581, 2° comma, c.p.)<sup>4</sup>, sia imma-

<sup>2</sup> Cfr. Cass. Pen. Sez. Un., 24 maggio 2011, n. 20798.

<sup>3</sup> Per tutti, pur con riferimento al previgente assetto normativo, cfr. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 304, il quale rileva che sarebbe del tutto irragionevole *“che da una recidiva esclusa nella competente istanza possa, in un ulteriore episodio giudiziario, scaturire una contestazione di recidiva reiterata”*.

<sup>4</sup> Cfr. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna 1966, in particolare 367 ss. e 424 ss.

nente e di portata generale, andando a tutelare esigenze sia di razionalità del sistema, sia di equità della risposta sanzionatoria, che risulterebbero irrimediabilmente frustrate dall'applicazione *in malam* di una medesima circostanza per il medesimo fine<sup>5</sup>.

Diversamente, il secondo orientamento – al quale aderisce la sentenza in commento – perviene alla soluzione opposta, valorizzando non solo la disciplina normativa, che espressamente prevede l'incidenza degli effetti della recidiva reiterata sia in riferimento al termine di cui all'art. 157, 2° comma, che rispetto a quello di cui all'art. 161, 2° comma, c.p., ma anche il diverso ambito di operatività delle norme appena richiamate<sup>6</sup>.

In particolare, si osserva che la previsione di cui all'art. 157 c.p. sarebbe volta ad individuare la fisiologica durata della prescrizione attraverso il richiamo al massimo edittale della pena detentiva prevista per i singoli reati; al contrario, la regola contenuta nell'art. 161 c.p. non riguarderebbe tale profilo, ma gli effetti che producono gli eventuali atti interruttivi sulla medesima.

Sulla scorta di ciò, la Corte ritiene che le due norme siano dotate di una distinta “*autonomia concettuale*”, la quale permetterebbe di escludere la violazione denunciata.

A riguardo, dopo aver osservato che il principio del *ne bis in idem* non ha copertura costituzionale, il Supremo Collegio afferma che esso non sarebbe comunque destinato ad operare in tutti quei casi in cui la *ratio* sottesa alle diverse disposizioni non sia identica, non potendosi parlare di duplicazione di effetti penali proprio perché gli stessi discenderebbero da lesioni di interessi distinti.

## 4. Conclusioni.

Al netto della soluzione proposta dalla sentenza in commento, peraltro effettivamente confortata dal dato normativo, le argomentazioni offerte non appaiono condivisibili.

In effetti, la sentenza n. 200 del 2016 del Giudice delle Leggi – citata nel provvedimento in commento – riconosce valenza costituzionale al solo *ne bis in idem* processuale quale corollario degli artt. 24, 111, 117 Cost. e 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, pur rilevando che l'indagine sul concetto di “medesimo fatto” contenuto nell'art. 649 c.p.p. deve svolgersi in una dimensione empirico – naturalistica.

E del resto, la Corte Costituzionale non avrebbe potuto pronunciarsi sulla valenza da attribuire al *ne bis in idem sostanziale*, interessato solamente di riflesso dalla questione posta dal rimettente, relativa alla illegittimità di una seconda iniziativa processuale nei confronti di un reato che pur essendo in concorso formale con altro già giudicato, ne condivide il medesimo substrato fattuale secondo la triade condotta, nesso di causalità ed evento naturalistico.

In verità, ed a prescindere dal rango del predetto principio, è lo stesso criterio dell'identità di oggetto giuridico che non appare conferente all'analisi del problema posto, atteso che, co-

<sup>5</sup> Così Cass. Pen., Sez. VI, 9 settembre 2015, n. 47269.

<sup>6</sup> *Ex multis* Cass. Pen., Sez. VI, 21 settembre 2016, n. 48954.

me già anticipato, il detto parametro viene utilizzato nella risoluzione dei concorsi apparenti di norme al fine di individuare quella applicabile, circostanza, quest'ultima, che non si verifica laddove le disposizioni, regolando profili diversi, siano destinate entrambe ad operare.

In definitiva, parrebbe forse più opportuno porre la questione in termini di (ir)ragionevolezza dell'opzione legislativa, atteso che il disvalore connesso alla qualità di recidivo sembra essere già compiutamente espresso dall'aumento del termine di cui all'art. 157 c.p., essendo altresì coerente al canone utilizzato per determinarlo (appunto, la gravità del fatto). Al contrario, come rilevato anche dalla dottrina più avvertita, è del tutto privo di fondamento che la recidiva venga computata anche ai fini degli effetti degli atti interruttivi, ciò in quanto la stessa, non essendo un atto processuale, non vi può essere legittimamente assimilata<sup>7</sup>.

L'arbitrarietà della scelta legislativa nel caso di recidivo reiterato parrebbe emergere anche sotto altro profilo.

Se l'art. 157 c.p., al suo secondo comma, mostra una propria razionalità laddove provvede ad assoggettare ad un medesimo regime tutte le circostanze aggravanti ad effetto speciale, modulando l'allungamento del termine prescrizionale in base all'incidenza delle stesse sulla pena edittale massima del reato cui accedono, il secondo comma dell'art. 161 c.p., nel delineare la disciplina deteriore, appare sicuramente meno lineare.

La naturale correlazione tra gravità del fatto e sanzione edittale che conferisce ordine e coerenza all'intero sistema punitivo appare notevolmente svilita dalla diversità ontologica delle ipotesi che comportano l'allungamento massimo – fattispecie autonome di reato<sup>8</sup>, circostanze e meri status soggettivi. Né, ed a prescindere dalla commistione di diverse categorie, la suddetta logica appare in alcun modo giustificare la previsione di un trattamento più gravoso per solo alcune tra le aggravanti rilevanti ai fini della diversificazione del termine ordinario di prescrizione, soprattutto se la selezione ricade unicamente su quelle inerenti una qualità soggettiva del reo, svincolata da qualsiasi elemento fattuale oggettivo ed oggettivabile.

Merita segnalare che la questione è già stata sollevata innanzi alla Corte Costituzionale negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della riforma del 2005, e, tuttavia, non è mai stata effettivamente decisa nel merito, ostandovi difetti delle ordinanze di rimessione, in un caso di rilevanza, in altro di motivazione, che hanno comportato pronunce di inammissibilità<sup>9</sup>.

Non parrebbe pertanto sussistere alcuna preclusione formale alla sollecitazione di un nuovo intervento della Consulta sul regime di prescrizione del recidivo reiterato, opzione che, allo stato, risulta unica praticabile per riportare a ragionevolezza il sistema.

SARA PALANDRI

<sup>7</sup> TRABACCHI, sub *art. 161*, in MARINUCCI-DOLGINI (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano 2011, 1929.

<sup>8</sup> Il riferimento è ai reati di cui agli artt. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, per i quali non esiste termine massimo, e, a seguito della riforma operata con l. n. 103/2017, agli artt. 318, 319, 319 *ter*, 320, 321, 322 *bis* e 640 *bis* c.p.

<sup>9</sup> Cfr. Corte Cost. n. 324 del 2008 e n. 34 del 2009.



# Intercettazioni e diritto difesa alla luce della Riforma Orlando

A CURA DI RINALDO ROMANELLI

(COMPONENTE DELLA GIUNTA U.C.P.I., AVVOCATO DEL FORO DI GENOVA)

La Legge delega n. 103/2017 si è posta l'obiettivo di tutelare la riservatezza delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento e delle comunicazioni comunque non rilevanti ai fini di giustizia penale.

L'esigenza nasce dall'indiscussa sistematica diffusione sui *media* del contenuto e della riproduzione di atti giudiziari, spesso *sub specie* di intercettazioni telefoniche, o di conversazioni tra presenti.

Tale diffusione alimenta il c.d. "processo mediatico", a tutti noto, i cui effetti non saranno esaminati nel "Focus", che si pone il diverso fine di analizzare, con prevalente taglio pratico, le conseguenze delle modifiche introdotte dal D.lgs. n. 216/2017, sull'esercizio del diritto di difesa.

Va però osservato a riguardo che, stando alle statistiche diffuse dal Ministero della Giustizia, nel decennio 2003/2013 il numero delle intercettazioni effettuate è aumentato dell'82%.

Gli studi comparativi sull'uso di questo strumento investigativo non sono certo numerosi, ma un rapporto realizzato nel 2004 dal centro studi tedesco *Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law* ha evidenziato come l'Italia fosse, in allora, il paese con il più alto numero di intercettazioni pro capite (76 ogni 100.000 abitanti), lontanissimo da Francia (23,5), Germania (15), Gran Bretagna (6) e Stati Uniti (0,5).

Visto il consistente aumento del ricorso alle intercettazioni già ricordato, non c'è motivo di ritenere che il confronto sarebbe, in oggi, meno impietoso.

La tutela della riservatezza apprestata dalla riforma si rivolge, come ricordato, solo alle conversazioni non rilevanti ai fini penali.

In pochissimi casi però, queste sono diffuse dai mezzi di informazione; di regola restano "sepolte" nelle carte irrilevanti del procedimento e il materiale di interesse mediatico ha, normalmente, anche una qualche (almeno potenziale) rilevanza in ambito penale.

L'art. 2, comma 1, lett. b) del D.lgs. n. 216/2017 (che, in base alla norma transitoria entrerà in vigore il 26 gennaio 2019), modifica l'art. 114 c.p.p., consentendo la pubblicazione dell'ordinanza cautelare, nella quale sono usualmente contenute (anche) le trascrizioni delle intercettazioni telefoniche, o di comunicazioni tra presenti, ritenute rilevanti.

Sembra, dunque, che il sistema apprestato dal legislatore, oltre a generare le gravi limitazioni del diritto di difesa di cui trattano nel dettaglio gli autori del presente "Focus", nonché significative disfunzioni nel funzionamento della macchina giudiziaria (Pubblici Ministeri ancor meno in grado di verificare l'operato della Polizia Giudiziaria e Giudici per le Indagini Preliminari onerati di un'ulteriore significativa mole di lavoro), non determinerà una diminuzione della diffusione mediatica dei risultati intercettivi, ma semmai un aumento.

Ciò a tacere del fatto che la disposizione da ultimo ricordata fa sorgere più di qualche dubbio sotto il profilo della sua compatibilità costituzionale, posto che il legislatore delegante nulla aveva disposto sul punto e pare che il Governo abbia travalicato il perimetro delle sue facoltà.

Il tema era e resta la spettacolarizzazione del procedimento penale, attraverso l'ostensione indiscriminata dei risultati investigativi, per mezzo della quale l'indagato subisce lo stigma irreversibile della condanna pubblica, quando il processo non ha ancora avuto neppure inizio ed in spregio al principio costituzionale (e sovranazionale) di presunzione di innocenza.

Non pare che l'obiettivo di arginare tale deriva possa dirsi centrato.

Non può essere migliore il giudizio in ordine alla tutela delle conversazioni tra difensore ed assistito, risolta con la mera indicazione del divieto di verbalizzazione (regola già, di fatto, seguita nella grande maggioranza dei casi dalla polizia giudiziaria).

L'art. 103, comma 5 c.p.p. prevederebbe (il condizionale è d'obbligo) già che non sia "consentita" tale intercettazione, mentre il comma 7 sancisce solo l'inutilizzabilità dei risultati intercettivi ottenuti in violazione di tale divieto.

Il comma 7 non detta, dunque, il regime fisiologico, ma si occupa solo di sanzionare la patologia, benché, come è noto, l'orientamento costante della Suprema Corte riduca ad un controllo successivo la tutela della funzione difensiva.

Bene avrebbe fatto il legislatore ad introdurre l'obbligo di interrompere l'ascolto ove sia occasionalmente intercettata una conversazione tra difensore ed assistito, posto che il semplice divieto di verbalizzazione nulla aggiunge allo *status quo ante* e non protegge realmente la funzione.

Il rispetto effettivo e rigoroso delle prerogative della difesa e con esso la tutela della segretezza delle conversazioni con il difensore, sono la preconditione di un sistema processuale che produca una decisione giusta ed accettata come tale.

Malauguratamente, prevale del legislatore e nel sentire dei Giudici, la necessità di ascoltare e verificare il contenuto di tali conversazioni, salvo poi non poterle utilizzare in sede processuale.

Questa impostazione, orientata al risultato investigativo, che riduce la regola della riservatezza delle comunicazioni con il difensore ad un mero simulacro, è certamente da respingere poiché e bene ricordare, per dirla con Cordero che: "nel processo la caccia vale più della preda".

## I principi ispiratori di uno *ius novum* difficile: ancora la parola alle circolari

DI CARLOTTA CONTI

(ORDINARIO DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE – UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FIRENZE)

La riforma delle intercettazioni, attuata con il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216, mira a realizzare una disciplina che tuteli la riservatezza senza penalizzare le esigenze investigative, né il diritto di difesa. Si tratta, infatti, di beni che non possono soccombere nel bilanciamento con la *privacy* la quale, pur essendo un diritto di sicuro rilievo costituzionale, appare senz'altro recessiva di fronte all'esigenza di giustizia consistente nel raggiungimento del fine accertativo del processo penale ed alla necessità di assicurare il pieno esplicarsi del diritto di difesa, specialmente della persona accusata. Come si vedrà a breve, tuttavia, entrambe le istanze appena ricordate – e in particolare la seconda – rischiano di subire una seria compromissione.



La nuova regolamentazione poggia su due cardini: anzitutto, viene introdotto il c.d. brogliaccio omissato, che non riporta le conversazioni irrilevanti; in secondo luogo, si stabilisce che soltanto le intercettazioni rilevanti siano acquisite al fascicolo delle indagini e che esclusivamente in relazione ad esse cada il c.d. segreto esterno rispetto al processo ed il correlato divieto di pubblicazione. Lo spartiacque è segnato da una procedura di stralcio su contraddittorio cartolare, finalizzata alla acquisizione delle intercettazioni. Il materiale non rilevante sarà accessibile alla difesa proprio in vista della decisione giurisdizionale sullo stralcio, ma resterà fuori dal procedimento, depositato nel nuovo archivio riservato del pubblico ministero – informato ai consolidati principi sulla tutela della *privacy* – e coperto da un segreto esterno “perenne”, che ne rende vietata la pubblicazione.

La prima linea di intervento – come noto ispirata alle circolari adottate nel 2016 da numerose Procure della Repubblica sull’onda della soluzione prospettata dalla Procura di Torino – cavalca quella peculiarità ontologica delle intercettazioni che consiste nell’esistere attraverso due supporti paralleli: la registrazione, da un lato, e la “trascrizione” intesa in senso atecnico come passaggio dall’audio allo scritto, da un altro lato. Mentre la registrazione ha natura, di regola, integrale e costituisce la “prova” vera e propria, la trascrizione ne è una rappresentazione ed è suscettibile di avere una consistenza variabile. Questa ambivalenza delle intercettazioni è stata considerata fondamentale ai fini della tutela della riservatezza. La registrazione crea minori problemi proprio per la sua magmaticità dovuta alla lunga ed ininterrotta attività di captazione: essa ha un contenuto difficilmente fruibile in assenza di un canovaccio o di indicazioni *ab extra*. Nella trascrizione, invece, c’è la notizia o comunque la chiave per andare a cercare ed approfondire la notizia attraverso l’accesso alla registrazione. Dunque, l’idea dominante è che i rischi di lesione della *privacy* siano legati alla possibilità che le trascrizioni fuoriescano dal circuito procedimentale. Il ragionamento è addirittura banale: la registrazione deve essere effettuata, deve essere integrale, deve restare fruibile nella sua interezza finché c’è una possibilità astratta di utilità, anche sopravvenuta, nel procedimento. La trascrizione può essere selettiva, può, con termine oggi à la page, “omissare” le parti non processualmente utili e dannose per la riservatezza: se la notizia non viene neppure materialmente ad esistenza, perché la trascrizione non la riporta, diventa praticamente impossibile una fuoriuscita della stessa dal circuito procedimentale.

Ferma questa intuizione, i problemi – numerosi e complessi – si pongono al momento delle scelte attuative. Occorre valutare chi decide cosa omissare, è necessario stabilire quali sono i parametri per tale decisione, è indispensabile assicurare spazi di contraddittorio su di una simile scelta. Ed è proprio su questi punti che, nell’elaborazione del decreto delegato, si sono registrati, fino all’ultimo momento, ripensamenti e limature anche sugli snodi fondamentali in ragione, tra l’altro, delle osservazioni riportate nei pareri delle Commissioni parlamentari competenti.

All’esito della riforma, è possibile individuare ben quattro gradazioni della trascrizione: 1) la verbalizzazione di data, ora e apparato; 2) la annotazione sul contenuto; 3) la verbalizzazione sommaria; 4) la trascrizione integrale. Ed è proprio su questa ampiezza variabile che si gioca la nuova disciplina. Il primo nodo da sciogliere è consistito nell’individuazione del *dominus* del verbale selettivo. Tenendo conto del fatto che un ascolto diretto del pubblico ministero sarebbe risultato impossibile, le circolari avevano affidato di regola alla polizia giudiziaria le scelte in ordine alla redazione dei brogliacci, salvo precisare che tale soggetto doveva rivolgersi al magistrato in quelli che venivano indicati come “casi dubbi”: il dubbio sulla utilità processuale della conversazione doveva essere sciolto dalla pubblica accusa.

Su questo punto, la legge-delega (legge 23 giugno 2017, n. 103) aveva in parte preso le distanze, imponendo un rafforzamento delle prerogative del pubblico ministero ed affermando che doveva essere quest’ultimo, con decreto, a decidere cosa riportare nei brogliacci d’ascolto e cosa omissare.

Il decreto delegato si è posto su questa linea, come si desume dall’art. 268, comma 2-*bis* c.p.p. che vieta la trascrizione nei brogliacci delle conversazioni non rilevanti e dall’art. 267, comma 4, ultimo periodo c.p.p., che impone alla polizia giudiziaria, ogniqualvolta intenda omissare una conversazione, perché non rilevante,

di informare preventivamente il pubblico ministero con annotazioni sui contenuti, in modo che egli possa andare ad ascoltare la registrazione e, all'esito, eventualmente disporre con decreto motivato la verbalizzazione sommaria. Nel brogliaccio la conversazione omissata è riportata attraverso la sola indicazione di data, ora e apparato. Nell'annotazione ci saranno cenni all'argomento trattato e, è auspicabile, saranno indicati gli interlocutori della stessa, in modo che il pubblico ministero sia posto in grado di condurre le proprie valutazioni *ratione cognita*. Merita precisare che l'annotazione non fa parte del brogliaccio, non è un verbale, ha soltanto la funzione di una comunicazione interna che la polizia giudiziaria predispone per il pubblico ministero.

Secondo la lettera dell'art. 267, comma 4 c.p.p., l'annotazione deve essere previamente trasmessa al magistrato non nei casi dubbi, ma in relazione ad ogni conversazione che si intenda omissare, comprese quelle in relazione alle quali non vi è alcuna incertezza perché l'irrelevanza appare manifesta. Una simile disciplina, si è subito obiettato, per un verso, impone alla polizia giudiziaria una annotazione che, con riferimento a conversazioni di tal guisa, appare pesante e inutile, talora irrealizzabile; per un altro verso, pretende un giudizio anticipato di rilevanza – elevata a criterio distintivo tra annotazione e verbalizzazione sommaria – che può risultare estremamente difficile da effettuare, specialmente ad uno stadio iniziale dell'inchiesta. In definitiva, l'annotazione potrebbe essere superflua, se la conversazione è manifestamente irrilevante, e potrebbe essere fondamentale a fronte di una situazione in cui la rilevanza non è percepibile *ictu oculi*: pertanto, se si impone la redazione di un *mare magnum* di annotazioni anche inutili, il rischio è che il pubblico ministero non sia in grado di coglierne l'importanza, non vada ad ascoltare la registrazione e si finisca per perdere una prova, con sacrificio del fine accertativo del processo penale. Al tempo stesso, se si consente alla polizia giudiziaria di non redigere l'annotazione nei casi di manifesta irrilevanza, vi è il pericolo che un errore di valutazione risulti non più emendabile ad opera del pubblico ministero, che potrebbe avere difficoltà a riascoltare ed a recuperare la conversazione senza disporre di alcun riferimento al contenuto: anche in questo caso, dunque, il rischio è quello di perdere elementi utili. All'evidenza, siffatte problematiche si complicano esponenzialmente per il difensore che, in vista di una partecipazione consapevole alla procedura di stralcio, ha tempi estremamente ridotti per accedere al materiale intercettato senza possibilità di ottenerne copia.

Proprio un simile meccanismo ha generato il contrasto esegetico che si è già manifestato tra le procure – e in alcuni casi appare formalizzato a livello di circolare – in ordine alla necessità che il previo interpellato del magistrato ad opera della polizia giudiziaria avvenga solo nei casi dubbi: i casi “non dubbi” coinciderebbero con il giudizio di “manifesta irrilevanza” della conversazione, rimesso alla polizia; i “casi dubbi” coinciderebbero con il giudizio di “non rilevanza”, rimesso al pubblico ministero. Insomma, per un primo orientamento, esisterebbe una scrematura unilaterale, senza interpellato e senza annotazione; in base ad un secondo indirizzo, ogni scrematura dovrebbe essere annotata e dunque risulterebbe sempre configurabile quel “doppio brogliaccio” di cui la stampa ha più volte parlato durante l'*iter* della riforma<sup>1</sup>.

La questione è di difficile soluzione, perché entrambe le opzioni, come si è accennato, hanno una serie di controindicazioni. Al tempo stesso, occorre tenere presente che il vizio d'origine dell'intera disciplina è quello di non essere presidiata da sanzioni processuali che ne rendano coercibile il rispetto. Tuttavia, un dato appare certo: se si accede alla tesi della obbligatorietà dell'interpellato e dell'annotazione in ogni caso, sembra

<sup>1</sup> La Procura di Velletri ha diffuso una circolare, datata 15 gennaio 2018, nella quale è prescritto che la polizia giudiziaria deve sottoporre al pubblico ministero l'annotazione esclusivamente nei casi dubbi (Procura della Repubblica di Velletri, *Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), prot. n. 378/2018, 4). Diversamente, la Procura di Bologna ha predisposto una circolare nella quale l'obbligo di interpellato del pubblico ministero è prescritto in tutti i casi e non solo nei casi dubbi (Procura della Repubblica di Bologna, 18 gennaio 2018).

mutare il principio ispiratore della riforma. Non è più vero che la tutela della riservatezza ruota attorno al verbale omissato ed alla scelta di non far venire ad esistenza la notizia; la protezione della *privacy* è rimessa alla divaricazione delle sorti delle conversazioni rilevanti (fascicolo delle indagini) e di quelle irrilevanti (archivio riservato): in definitiva, il doppio brogliaccio rende fondamentale la creazione di un doppio binario ed è assolutamente indispensabile tutelare la segretezza delle annotazioni<sup>2</sup>.

Occorre tenere presente che il decreto legislativo, preso atto della delicatezza del materiale in oggetto, ha cercato di assicurare una sorta di “catena di custodia”, attuata attraverso l’inserimento nell’archivio riservato, sul quale si è lavorato negli ultimi tempi e che nella fase iniziale della riforma era soltanto abbozzato. Tuttavia, sotto un primo profilo, la *chain of custody* non è rafforzata da specifiche sanzioni penali o da efficaci sanzioni civili per una eventuale violazione; sotto un secondo profilo, il decreto legislativo nulla ha precisato sulla custodia del materiale relativo alle intercettazioni nel momento in cui esso è nella disponibilità della polizia giudiziaria, né sulla sorte delle annotazioni allorché la polizia – nel corso delle operazioni – le trasmette al pubblico ministero e, specularmente, laddove quest’ultimo – è da immaginarsi – le rimandi indietro, se del caso, ordinando la trascrizione di parti inizialmente omissate. Soltanto in relazione all’ipotesi, di nuovo conio, in cui il pubblico ministero consenta alla polizia giudiziaria la trasmissione differita rispetto allo scadere del termine per le operazioni – che probabilmente diverrà la regola al fine di consentire valutazioni più ponderate – è previsto che il magistrato fissi nel relativo decreto «le prescrizioni per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso» (art. 268, comma 4, ultimo periodo c.p.p.). Ebbene, sarebbe stata opportuna la previsione che analoghe prescrizioni fossero stabilite già con il decreto che dispone in concreto l’esecuzione dell’intercettazione (art. 267 c.p.p.): in tal modo, le annotazioni sarebbero state tutelate sin dal loro sorgere e, forse, a livello applicativo, sarebbe utile che queste regole fossero stabilite proprio all’interno di tale decreto, oltre che in via generale a livello di circolare.

Merita soffermarsi su di un ulteriore aspetto che, in realtà, non emerge *ictu oculi* dalla disciplina positiva introdotta nel codice ma si coglie in filigrana, in forza di una cifra esegetica ricavabile dalle osservazioni contenute nei pareri parlamentari sullo schema di decreto legislativo. Andando subito al cuore della questione, con specifico riferimento alla materia delle intercettazioni relative alle conversazioni dei difensori, occasionalmente captate, la riforma ha previsto un’ipotesi nella quale l’omissione non è accompagnata da annotazione: il nuovo art. 103, comma 7 ultimo periodo c.p.p. impone la verbalizzazione omissata, con il solo riferimento a data, ora e dispositivo su cui la registrazione è avvenuta e nel corso dei lavori preparatori, sulla scorta delle osservazioni parlamentari, è caduto il rinvio all’art. 267, comma 4 c.p.p. relativo all’annotazione, originariamente inserito nella predetta norma. Un simile schema operativo, tuttavia, può sortire un effetto domino del quale il legislatore non è apparso pienamente consapevole e che, tuttavia, appare estremamente problematico: nessuna norma, infatti, disciplina in via generale la verbalizzazione delle intercettazioni inutilizzabili, a differenza di quanto espressamente previsto anche a livello di legge-delega e, prima ancora, nelle circolari che hanno costituito il volano della riforma, in cui vi era una tendenziale equiparazione delle intercettazioni irrilevanti a quelle inutilizzabili ai fini della verbalizzazione omissata. La questione riguarda, ovviamente, non le mere inutilizzabilità procedurali – per definizione votate ad un controllo giudiziale – bensì le inutilizzabilità dovute alla necessità di tutelare gli

<sup>2</sup> Come si ricorderà, già nella delibera ricognitiva di buone prassi, adottata dal CSM nel luglio 2016, nel richiamare alla necessità di «un continuo e proficuo confronto la polizia giudiziaria delegata», si sottolineava come, da un lato, fosse opportuno evitare la redazione di sunti contenenti dati sensibili o inutilizzabili e, da un altro lato, occorresse garantire la non dispersione delle prove e la completezza del fascicolo delle indagini evitando la redazione di note o appunti separati di problematica gestione e conservazione (CSM, delibera del 29 luglio 2016, *Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni*, in <http://www.csm.it/documents/21768/170343/>).

interlocutori o l'oggetto della conversazione (si pensi, in via esemplificativa, alle conversazioni su fatti coperti da segreto professionale *ex art. 271, comma 2 c.p.p.*). Oggi un espresso riferimento alle intercettazioni inutilizzabili si legge esclusivamente nell'*art. 268-quater, comma 1 c.p.p.* ove è previsto che il giudice disponga, anche d'ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione<sup>3</sup>.

Ebbene, con riferimento alla redazione dei brogliacci si apre un'alternativa esegetica: o si ritiene che la polizia giudiziaria sia tenuta alla verbalizzazione sommaria anche delle intercettazioni inutilizzabili, sul rilievo che l'*art. 268, comma 2-bis c.p.p.* vieta la trascrizione sommaria delle sole conversazioni non rilevanti; oppure si conclude che la polizia giudiziaria debba omettere anche le intercettazioni che ritiene inutilizzabili. In tal caso, tuttavia, non solo si è dinanzi ad una interpretazione *praeter legem*, ma si pone il problema della necessità o meno di procedere alla annotazione, poiché il combinato disposto dell'*art. 267, comma 4 c.p.p.* e dell'*art. 268, comma 2-bis c.p.p.*, di nuovo, impone l'annotazione sui contenuti delle sole conversazioni omissate perché non rilevanti<sup>4</sup>.

Prima di chiudere su questo punto, merita considerare un ulteriore problema che, a prima lettura, resta in ombra, ma senz'altro esiste. Occorre chiedersi cosa accada se il pubblico ministero una volta ricevuto il brogliaccio ravvisa all'interno di quest'ultimo conversazioni che, invece, avrebbero dovuto essere omissate. Questo profilo non è in alcun modo formalizzato a livello di decreto legislativo. Poiché soltanto alla scadenza del termine per le operazioni la polizia giudiziaria trasmette al pubblico ministero i verbali e le registrazioni per la custodia nell'archivio riservato (*art. 268, comma 4 c.p.p.*), occorre ritenere che in tale momento il pubblico ministero possa rimettere mano al brogliaccio e procedere direttamente al taglio: il *dominus* del verbale è il pubblico ministero il quale, ai sensi dell'*art. 267, comma 4 c.p.p.* procede personalmente alle operazioni salvo che si avvalga del delegato all'ascolto. È appena il caso di precisare che la parte tagliata dovrà comunque essere depositata nell'archivio riservato e risulterà assimilabile alle annotazioni.

Come si è accennato in apertura, un passaggio centrale della riforma è costituito dalla procedura di stralcio c.d. ordinaria e cioè fatte salve le ipotesi in cui vi sia stata applicazione di una misura cautelare. Il nuovo impianto poggia sulla scissione tra deposito in favore della difesa ed acquisizione al fascicolo che, a sua volta, appare il *pendant* della dicotomia tra segreto interno e segreto esterno al processo: il deposito – che significa accessibilità senza diritto di copia – in base ai principi generali ha ad oggetto tutto il materiale intercettativo nella sua indistinta magmaticità; l'acquisizione al fascicolo – *id est* ingresso nel circuito processuale, con possibilità di fuoriuscita sui canali informativi – concerne soltanto il materiale selezionato nel contraddittorio tra le parti.

Anche in questo caso, le modifiche prendono chiaramente ispirazione dalla circolare della Procura di Torino. In linea con i criteri della legge-delega, muta la funzione e la collocazione della procedura di stralcio che costituisce il passaggio indispensabile per acquisire le intercettazioni al fascicolo delle indagini; di qui la configurazione alla stregua di uno snodo necessitato e la scelta di un contraddittorio cartolare che solo ove «necessario» passa attraverso una udienza partecipata. È appena il caso di precisare, pure in questa ipotesi, l'assenza di sanzioni processuali che obblighino il pubblico ministero ad attivare la procedura di stralcio. Certo, essendo divenuto quest'ultimo passaggio una vera e propria condizione necessaria per l'inserimento delle intercettazioni nel fascicolo delle indagini preliminari, sarà senz'altro interesse dell'accusa, che voglia utilizzare tali elementi di prova, adire il giudice ai fini della scrematura.

<sup>3</sup> Oltre che nella disposizione che riguarda le istanze difensive ai fini dello stralcio (*art. 268-ter, comma 3 c.p.p.*).

<sup>4</sup> Nel senso della necessaria annotazione, si veda la circolare della Procura di Bologna.

Il meccanismo si innesca al momento del deposito successivo alla conclusione delle operazioni (che, come è sempre accaduto, può essere ritardato non oltre la chiusura delle indagini in caso di grave pregiudizio per le stesse, *ex art. 268-bis*, comma 3 c.p.p.). Il pubblico ministero, contestualmente al deposito, deve formare l'elenco delle conversazioni «rilevanti a fini di prova» (art. 268-*bis*, comma 1 c.p.p.) e far dare avviso ai difensori della facoltà di esaminare gli atti, prendere visione dell'elenco ed ascoltare le registrazioni (art. 268-*bis*, comma 2 c.p.p.). A tal fine, tutto il materiale resta nell'archivio riservato, ove la difesa può prenderne conoscenza nel rispetto di un principio di stretta tracciabilità. È l'art. 268-*ter*, comma 2 c.p.p. a dare una precisa cadenza allo stralcio stabilendo che entro cinque giorni dal deposito il pubblico ministero deve presentare al giudice la richiesta di acquisizione delle registrazioni contenute nell'elenco, dando contestuale comunicazione ai difensori.

Vengono poi declinate le facoltà difensive, timidamente potenziate in adempimento alle prescrizioni date dalle Commissioni parlamentari nei pareri sullo schema di decreto delegato. I difensori hanno a disposizione dieci giorni, che decorrono dalla ricezione dell'avviso di deposito *ex art. 268-bis*, comma 2 c.p.p., per richiedere l'acquisizione di registrazioni rilevanti ulteriori rispetto a quelle indicate nell'istanza del pubblico ministero, oppure per domandare l'eliminazione di conversazioni inutilizzabili o non rilevanti, contenute nell'elenco predisposto dal pubblico ministero (art. 268-*ter*, comma 3 c.p.p.). Il termine di dieci giorni, che potrebbe risultare troppo ristretto per procedere all'ascolto, può essere prorogato dal giudice per altri dieci giorni «in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni» (art. 268-*ter*, comma 3, ultimo periodo c.p.p.).

La tutela del diritto di difesa è stato, e rimane, uno dei punti dolenti della riforma, ove si abbia riguardo al disposto dell'art. 111, comma 3 Cost., a mente del quale la persona accusata deve disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la propria strategia. Se ci collochiamo dal punto di vista dell'avvocato, la situazione è la seguente: a deposito avvenuto, egli riceve l'avviso e, non avendo alcun diritto di copia, è costretto ad accedere all'archivio. Per effettuare tale accesso con razionalità, egli ha l'elenco delle conversazioni di cui il pubblico ministero chiede l'acquisizione; di queste può leggere il brogliaccio e in relazione ad esse può procedere all'ascolto delle conversazioni. In archivio può, poi, leggere le annotazioni relative alle conversazioni omissate e, grazie ad esse, sul presupposto che tutto abbia funzionato bene, ha qualche informazione su ciò che è stato considerato irrilevante e può procedere ad un ascolto mirato. Se poi si dovesse accedere alla tesi che prevede l'annotazione della polizia giudiziaria esclusivamente nei casi dubbi, tutto ciò che è rimasto nelle maglie del giudizio di manifesta irrilevanza o di inutilizzabilità, operato in solitudine da tale soggetto, si perderebbe in una massa indefinita di registrazioni, praticamente inaccessibile al difensore, privo finanche della flebile luce delle annotazioni: ben poco per esercitare il diritto di difendersi provando, che potrebbe consistere nel reperire una intercettazione utile alla strategia difensiva e, invece, considerata dagli inquirenti del tutto inutile o inutilizzabile. Sta di fatto che le predette facoltà possono essere esercitate entro dieci giorni, prorogabili di altri dieci. Certo, quando le intercettazioni sono durate a lungo e su un numero cospicuo di utenze, l'attività di ascolto, specialmente allorché risulta finalizzata al recupero di conversazioni che il pubblico ministero non ha chiesto di acquisire, può risultare difficoltosa.

Con riferimento al diritto di accesso senza diritto di copia è stata subito sollevata l'obiezione che la disciplina penalizza le difese «minori» giacché soltanto i grandi studi potranno realisticamente prendere cognizione di tutto il materiale utile. Occorre anche tenere presente che il difensore potrebbe aver avuto conoscenza delle indagini proprio al momento del deposito delle intercettazioni e, dunque, la valutazione di rilevanza nell'ottica della strategia difensiva potrebbe risultare ancora difficile da effettuare: è proprio l'imputato innocente che ha più bisogno di conoscere gli atti per comprendere cosa gli è addebitato, e su quale fondamento probatorio, in modo da calibrare la propria difesa; eppure, in vista dello stralcio, l'avvocato dovrà in qualche modo motivare al giudice la rilevanza delle conversazioni che intende recuperare. È prevedibile che più

frequente sarà il deposito delle intercettazioni in concomitanza con l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini, come anche oggi avviene, e allora il difensore avrà a disposizione – e dovrà studiare rapidamente – tutti gli atti di indagine. Anzi, i rapporti tra le facoltà esercitabili ai fini della procedura di stralcio e quelle esercitabili a seguito dell'avviso di conclusione delle indagini avrebbero meritato ben altra considerazione, visto che le decisioni strategiche – nelle due sedi – possono risultare interdipendenti.

Va detto che, sotto il profilo della tutela della riservatezza, la riforma mette la parola fine a quell'orientamento giurisprudenziale che assimilava le intercettazioni ad ogni altro atto di indagine agli effetti del deposito *ex art. 415-bis* c.p.p., di modo che, prima dello stralcio, tutto il materiale ad esse relativo risultava non più segreto e finiva, se non c'era già, tra le mani dei giornalisti. Si è già accennato che la nuova disciplina è assolutamente chiara nello svincolare la caduta del segreto sulle intercettazioni dalle vicende relative al deposito. Si tratta di un aspetto significativo, sul quale occorre soffermarsi: dal punto di vista sistematico si profila un segreto *sui generis*, che deroga rispetto alle regole tracciate dall'art. 329 c.p.p. Per un verso, quest'ultima norma viene integrata nel suo disposto in modo da chiarire aspetti che in passato potevano risultare ambigui: si precisa espressamente che coperti dal segreto sono non soltanto gli atti di indagine del pubblico ministero e della polizia giudiziaria, ma anche «le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste» (art. 329, comma 1 c.p.p.). Per un altro verso, tuttavia, la disposizione continua a stabilire che il segreto cade nel momento in cui gli atti divengono conoscibili per la difesa. Soltanto per le intercettazioni, a prescindere dal deposito e dall'accessibilità in favore della difesa, il segreto perdura fino all'ordinanza che conclude la procedura di stralcio (art. 268-*quater*, comma 3 c.p.p.); ma anche allora esso cade solo parzialmente, in relazione ai materiali acquisiti, mentre ciò che non è entrato nel fascicolo delle indagini preliminari resta coperto da un "segreto esterno perenne", insensibile alle ostensioni alla difesa, e custodito nell'archivio riservato<sup>5</sup>. Ovviamente, i materiali acquisiti, saranno pubblicabili nei soli limiti stabiliti dall'art. 114, comma 7 c.p.p.<sup>6</sup>.

Il successivo art. 268-*quater* c.p.p. disciplina la procedura di stralcio ad opera del giudice per le indagini preliminari che ha autorizzato, convalidato o prorogato le intercettazioni (art. 268-*quater*, comma 6 c.p.p.). È proprio valorizzando questa disposizione che si prospetta la creazione di una vera e propria competenza funzionale del giudice delle intercettazioni, chiamato a svolgere una sorta di incidente su questo tema specifico: grazie ai provvedimenti già presi nella materia *de qua* – ma anche più in generale nel corso delle indagini preliminari – il giudice potrà orientarsi nell'attività di stralcio<sup>7</sup>. Decorsi cinque giorni dalla presentazione delle richieste, egli dovrà disporre l'acquisizione delle registrazioni indicate dalle parti con ordinanza emessa in camera di consiglio senza l'intervento di queste ultime (art. 268-*quater*, comma 1 c.p.p.)<sup>8</sup>. È significativo considerare quali sono i criteri che guidano tale attività: il giudice dovrà disporre l'acquisizione sulla base delle indicazioni delle parti, salvo che le conversazioni risultino «manifestamente irrilevanti» e dovrà ordinare «anche d'ufficio» lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione. Pare, dunque, di ravvisare in questa fase l'operatività di quel principio dispositivo attenuato che, nel nostro sistema, informa di sé la materia della prova. È significativo che il criterio della irrilevanza si attenui con l'aggiunta dell'agget-

<sup>5</sup> Tale disciplina trova ulteriore conferma all'art. 269, comma 1-*bis* c.p.p. La norma, con riferimento agli atti custoditi nell'archivio riservato, precisa che «non sono coperti da segreto i verbali e le registrazioni delle comunicazioni e conversazioni acquisite al fascicolo delle indagini, acquisizione che avviene, ovviamente, terminata la procedura di stralcio».

<sup>6</sup> Una eventuale trasgressione integrerà la pur blanda contravvenzione *ex art. 684* c.p.

<sup>7</sup> Così SPANGHER, *Intercettazioni: il "nuovo" ruolo del giudice*, in *Quotidiano giuridico*, 11 gennaio 2018.

<sup>8</sup> Tutti i termini in materia di intercettazioni debbono ritenersi ordinatori.

tivo “manifesta”. La disciplina sembra tener conto del fatto che, per la decisione, il giudice potrebbe avere a disposizione ben poco: non il fascicolo, bensì le allegazioni della difesa e le memorie che le parti possono presentare fino a che non sia intervenuta la decisione, oltre alla conoscenza del procedimento maturata nel momento in cui è stato chiamato ad emettere i decreti relativi alle intercettazioni. In realtà, vi è chi prospetta che proprio grazie alla competenza funzionale introdotta dalla riforma ed attraverso quella prassi virtuosa, seguita da alcune Procure, che consiste nel trasmettere il fascicolo delle indagini al giudice chiamato a decidere sulle intercettazioni, tale soggetto sia messo in grado di aprire una vera e propria finestra giurisdizionale che assicuri un controllo effettivo. L'ultimo periodo dell'art. 268-*quater*, comma 1 c.p.p. precisa che, al fine di operare le proprie valutazioni, il giudice potrà procedere all'ascolto delle registrazioni, operazione da condursi, peraltro, nei cinque giorni dalle richieste, termine che, per quanto ordinatorio, appare assai ristretto.

Al termine della procedura di stralcio, qualora vengano acquisite conversazioni originariamente omissate, il giudice ordina al pubblico ministero di procedere alla predisposizione dei brogliacci (art. 268-*quater*, comma 3 c.p.p.). Le registrazioni acquisite ed i relativi verbali sono inseriti nel fascicolo delle indagini.

Solo a questo punto, si affaccia per la prima volta il diritto alla copia in favore della difesa: con esclusivo riferimento alle conversazioni acquisite, i difensori possono fare eseguire la trasposizione delle registrazioni acquisite su idoneo supporto ed ottenere copia dei verbali (art. 268-*quater*, comma 4 c.p.p.). Per contro, tutti i materiali relativi alle intercettazioni non acquisite sono immediatamente restituiti al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato (art. 268-*quater*, comma 5 c.p.p.), avvolti in un segreto perenne, fatta salva la possibilità, riconosciuta alle parti, di richiederne l'acquisizione in un momento successivo, qualora ne ritengano la rilevanza originariamente esclusa (artt. 422, comma 4-*bis*; 472, comma 1, ultimo periodo c.p.p.). Quanto alla trascrizione integrale delle conversazioni acquisite, è stata introdotta una apposita disposizione che ne colloca il luogo sistematico nel dibattimento, subito dopo le richieste di prova (art. 493-*bis* c.p.p.).

Proseguendo nell'esegesi delle linee fondamentali della riforma, si profila un terzo fronte di intervento costituito dall'acquisizione delle intercettazioni nell'incidente cautelare. Si tratta di una materia peculiare per la delicatezza di uno snodo in cui gli interessi in contrasto raggiungono la più alta tensione: sono massime le esigenze investigative, massime le esigenze difensive, massimo l'interesse mediatico, il tutto con possibili frizioni con la riservatezza.

Nell'incidente *de libertate*, ferma restando la selezione operata a monte al momento della redazione dei brogliacci, la peculiarità consiste nel fatto che si è di fronte ad una acquisizione precoce ed unilaterale, operata dal pubblico ministero, che fa saltare, almeno in prima battuta, il meccanismo dello stralcio in contraddittorio (art. 268-*ter*, comma 1 c.p.p.). L'art. 291, comma 1 c.p.p. precisa che nel materiale presentato al giudice a sostegno della richiesta cautelare sono compresi i brogliacci d'ascolto «limitatamente alle comunicazioni e conversazioni rilevanti». Occorre tenere presente che – a dispetto delle sollecitazioni provenienti da più parti – nessuna previsione espressa impone al pubblico ministero di produrre tutte le intercettazioni favorevoli alla difesa. Al fine di prospettare un'esegesi correttiva, occorrerà ritenere, anzitutto, che una conversazione favorevole alla difesa debba per ciò solo essere considerata rilevante; in secondo luogo, che il generale obbligo di presentare «tutti gli elementi a favore dell'imputato», stabilito nell'ultima parte dello stesso art. 291, comma 1 c.p.p., si riferisca anche ai brogliacci delle intercettazioni, menzionati subito prima nella medesima frase.

L'art. 291, comma 1-*bis* c.p.p. reca quella norma per così dire di “etica giudiziaria” su cui tanto si è soffermata l'attenzione mediatica: «quando è necessario, nella richiesta sono riprodotti soltanto i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate». La stessa previsione è stabilita in relazione all'ordinanza del giudice (art. 292, comma 2-*quater* c.p.p.). Accogliendo le sollecitazioni prospettate dal CSM nella delibera sulle buone prassi, si impone di evitare virgolettati che potrebbero ledere gratuitamente la *privacy* senza alcuna contropartita in termini di utilità per il procedimento. Il primo, più appariscente, collegamento sistematico si delinea con riferimento alla introduzione della pubblicabilità dell'ordinanza cautelare (art. 114, comma 2 c.p.p.): la previsione,

per quanto peregrina, anche in ragione dell'assenza di analoga regolamentazione ad esempio in relazione alla decisione del tribunale della libertà, mostra la sua natura estemporanea, volta a soddisfare la libertà di manifestazione del pensiero evitando il c.d. mercato nero della notizia. La modifica, tuttavia, rende necessario evitare che, per il tramite dell'ordinanza cautelare, vengano pubblicati sulla stampa brani di intercettazioni i quali, pur rilevanti, ove presi nella loro integralità possano comportare il contraccolpo di una lesione della riservatezza. Sotto un profilo più ampio, la nuova disciplina va colta nel raccordo con il principio di autonoma valutazione valorizzato in sede cautelare con la legge 16 aprile 2015, n. 47: nell'ordinanza applicativa il giudice deve esporre il proprio apprezzamento degli indizi e delle esigenze cautelari senza appiattirsi sulle richieste del pubblico ministero. Ed alla norma, quasi didattica, sull'impiego delle intercettazioni nell'ordinanza cautelare è collegata quella peculiare entrata in vigore in due tempi della riforma: come è noto, l'intera disciplina dei brogliacci selettivi diverrà efficace decorsi sei mesi dalla pubblicazione, salva la disposizione sulla pubblicabilità dell'ordinanza cautelare in relazione alla quale è previsto il più lungo termine di un anno.

Si è detto che nel procedimento incidentale il pubblico ministero dispone unilateralmente l'acquisizione al fascicolo e decide quali sono i brogliacci da produrre con la richiesta *de libertate*. Celata in una norma di attuazione c'è anche la disciplina dei poteri di controllo del giudice della cautela (art. 92 disp. att.). La disposizione regola al primo comma la trasmissione dell'ordinanza cautelare al pubblico ministero affinché questi ne curi l'esecuzione. Ebbene, il nuovo comma 1-*bis* stabilisce che, contestualmente alla trasmissione del provvedimento, «sono restituiti al pubblico ministero per la conservazione» nell'archivio riservato «gli atti contenenti le comunicazioni e conversazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili». Da tale disciplina – che costituisce una conferma della scarsa perspicuità ed organicità delle nuove norme in tema di acquisizione cautelare – pare potersi argomentare che il giudice della cautela ha il compito di controllare le scelte del pubblico ministero in ordine alle intercettazioni, alla stessa stregua di quanto accade in sede di stralcio nel procedimento principale. Invero, rispetto a quest'ultima disciplina, spicca il mutamento del parametro di riferimento per il filtro giurisdizionale, giacché la norma in oggetto prevede un giudizio di “non rilevanza” anziché di manifesta irrilevanza.

È il momento di esaminare l'attivazione del diritto di difesa nella fase *de qua*. Ai sensi dell'art. 293, comma 3 c.p.p., una volta avvenuto il deposito successivo all'esecuzione della misura – e quindi dopo che il giudice ha operato il controllo sulle scelte del pubblico ministero – «il difensore ha diritto di esame e di copia dei verbali» delle intercettazioni presentate con la richiesta del pubblico ministero ed «ha in ogni caso diritto alla trasposizione, su supporto idoneo alla riproduzione dei dati, delle relative registrazioni». Viene così codificata la disciplina introdotta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 336 del 2008 e meglio definita dalla sentenza delle Sezioni unite Lasala del 22 aprile 2010. Anzi, in assenza di un termine specificamente previsto, le possibilità difensive saranno rimesse a quegli obblighi di diligenza e buona fede reciproca, tratteggiati *illo tempore* dal Collegio esteso con riferimento ai rapporti tra pubblico ministero e difensore: come è noto, per la Suprema Corte, se il pubblico ministero non avesse messo tempestivamente a disposizione della difesa il predetto materiale, le intercettazioni sarebbero risultate non fruibili nelle impugnazioni *de libertate*<sup>9</sup>.

In ogni caso, risulta evidente come in materia cautelare nessuno spazio sia riconosciuto all'interlocuzione, anche successiva, della difesa con riferimento alla rilevanza delle intercettazioni se non nell'ambito dei rimedi impugnatori. In tale contesto, se per un verso, l'avvocato potrà addurre l'irrilevanza di intercettazioni poste a base della cautela – senza peraltro che sia in alcun modo disciplinato uno stralcio delle stesse dagli

<sup>9</sup> Sul punto, v. circolare della Procura di Bologna.



atti del procedimento in questa fase – per un altro verso, non è configurato alcun canale di recupero di intercettazioni non acquisite e non prodotte dal pubblico ministero, giacché in favore della difesa si procede esclusivamente al deposito delle intercettazioni (parrebbe) poste a base della misura (art. 293, comma 3 c.p.p.): l'ostensione dell'intero materiale avviene soltanto nel procedimento principale, una volta terminate le operazioni e al fine dello stralcio.

A quest'ultimo proposito, in materia cautelare si configura una disciplina *sui generis* il cui raccordo con la procedura di stralcio non è espressamente considerato se non dall'art. 268-ter, comma 2 c.p.p. Quest'ultima norma, nel disciplinare lo stralcio nel procedimento principale, precisa che esso ha luogo «fuori dai casi» in cui il pubblico ministero abbia già disposto l'acquisizione delle intercettazioni per l'adozione di una misura cautelare (ai sensi del primo comma della medesima norma), con ciò alimentando il dubbio che nei procedimenti in cui vi è stata l'applicazione di una misura cautelare, lo stralcio in contraddittorio non debba avvenire. Tuttavia, le falle aperte nel diritto di difesa dalla disciplina dell'acquisizione cautelare rendono auspicabile un'interpretazione differente che imponga comunque nel procedimento principale la celebrazione della procedura di stralcio con il pieno dispiegarsi delle garanzie in favore della difesa. L'argomento dirimente, che spinge a tale conclusione, deve ravvisarsi nel rilievo che nell'incidente *de libertate* non è in alcun modo contemplata una *discovery* totale delle intercettazioni né in favore del giudice, né in favore della difesa, che ha il diritto di accesso e di copia esclusivamente con riguardo alle intercettazioni poste a base della misura, dopo lo stralcio unilaterale condotto, in più tempi, dalla polizia giudiziaria, dal pubblico ministero e dal giudice. Pertanto, resta fondamentale quel deposito omnicomprendente che l'art. 268-bis c.p.p. colloca al termine delle operazioni captative e che risulta finalizzato a garantire il contraddittorio con la difesa in ordine alla acquisizione; occorre tenere presente, poi, che potrebbero esserci anche altri indagati, rimasti estranei alla vicenda cautelare.

La peculiarità dello stralcio ordinario, che avvenga in un procedimento nel quale sia stata applicata una misura cautelare, consiste nel fatto che il pubblico ministero ha già disposto l'acquisizione delle intercettazioni al fascicolo delle indagini al momento della richiesta. Pertanto, al termine della procedura di stralcio – che verosimilmente avrà luogo in un momento successivo alla vicenda *de libertate*, coincidente con la chiusura delle indagini preliminari – tali atti si troveranno già nel fascicolo delle indagini ed il contraddittorio avrà la finalità di eliminare ciò che risulta non rilevante, ovvero di aggiungere ciò che appare utile per l'accertamento del fatto, se del caso traendo ulteriore materiale dalle intercettazioni svolte successivamente all'applicazione della misura cautelare.

## L'annotazione ex art. 267 comma 4 c.p.p. come strumento per le parti di conoscenza del materiale intercettato

DI PATRIZIA CAPUTO

(PROCURATORE AGGIUNTO TORINO)

Il decreto legislativo 29 dicembre 2017 n.216 ha introdotto nell'ordinamento processualpenalistico, in attuazione della delega ricevuta dal governo con L. 23.6.2017 n.103, una nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche.

Si legge nella relazione di accompagnamento del decreto legislativo: “Già da tempo sono allo studio diverse proposte di revisione della disciplina delle intercettazioni, fondamentale strumento di indagine, che deve tuttavia poter salvaguardare al contempo – realizzando un giusto equilibrio fra interessi parimenti meritevoli di tutela a livello costituzionale – sia la libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (art. 15 Cost.) che il diritto all’informazione (art. 21 Cost.)”. ed ancora “Dette disposizioni perseguono lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall’attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, ivi compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l’indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell’attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova”. Pare dunque potersi affermare senza tema di smentita che il legislatore, approvando questa riforma attesa ed annunciata da anni, ha operato un bilanciamento di interessi fra vari diritti costituzionalmente tutelati riservatezza, libertà e segretezza delle informazioni, diritto di informazione. In tale quadro però ad uscire nettamente soccombente è senza ombra di dubbio il diritto di difesa la cui compressione raramente ha raggiunto livelli quali quelli previsti dal decreto legislativo in esame.

Il decreto legislativo disegna un percorso dell’intercettazione tutto teso ad evitare la circolazione del materiale acquisito fino a quando questo non sarà o utilizzato per una richiesta di emissione di misura cautelare o passato al vaglio del Giudice che ne decreterà l’acquisizione al fascicolo delle indagini preliminari. Nel frattempo “le annotazioni, i verbali, gli atti e le registrazioni delle intercettazioni a cui afferiscono” saranno custoditi nell’archivio riservato previsto dall’art. 269 co. 1 c.p.p. (art. 89 bis co. 1 disp. att. c.p.p. come inserito dall’art. 5 del D.lgs 216/17) e “i difensori delle parti possono ascoltare le registrazioni con apparecchi a disposizione dell’archivio, ma non possono ottenere copia delle registrazioni e degli atti ivi custoditi” (art. 89 bis co. 4 disp. att. c.p.p.).

Tralasciando in questa sede l’esame del momento dell’incidente cautelare, la cui disciplina ricalca quella attualmente in vigore, con possibilità del difensore di esame e di copia dei verbali delle operazioni ed anche delle fonia riferite alle conversazioni poste a base della misura, diritto di copia che non era previsto nella prima stesura del decreto delegato<sup>10</sup>, occorre verificare come e se vi siano possibili interpretazioni e/o attuazioni del nuovo dettato normativo che permettano al difensore di esercitare con effettività il suo mandato, in particolare essendo messo in condizione di conoscere, nella maniera più completa ed agevole possibile tutto il materiale intercettato, nei brevi tempi messi a disposizione dal dettato dell’art. 268 ter co. 3 c.p.p.

La nuova disciplina prevede che la polizia giudiziaria trascriva nel verbale delle operazioni (il c.d. brogliaccio) solo le conversazioni o comunicazioni che non rientrino nelle categorie di cui all’art. 268 co. 2 bis c.p.p. e 103 co. 8 c.p.p. (introdotti rispettivamente dall’art. 2 co. 1 lett. d) n. 1 2 co. 1 lett. a) del D.Lgs. 216/17), che sono, le prime, quelle rientranti nella categoria delle conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l’oggetto che per i soggetti coinvolti, o perché contenenti dati personali definiti sensibili dalla legge, le altre, quelle intercorrenti con il difensore. Di tali conversazioni nel verbale possono essere annotati unicamente la data, l’ora e il dispositivo su cui è intervenuta la registrazione.

L’eccesso di potere della polizia giudiziaria nella cernita del materiale rilevante che molti hanno evidenziato è arginato, se non come vedremo annullato, dalla previsione contenuta nella nuova formulazione dell’art.

<sup>10</sup> La modifica si è resa certamente necessaria per seguire le indicazioni in tema della Corte Costituzionale (sentenza 336/2008) e della Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sentenza 22 aprile 2010 Lasala)

267 co 4 c.p.p., che prevede che l'ufficiale di polizia giudiziaria quando provvede a norma dell'art. 268 co 2 bis c.p.p. (ovvero omette la trascrizione nel verbale delle conversazioni ivi indicate) informa preventivamente il pubblico ministero con annotazione sui contenuti delle conversazioni e comunicazioni. Il pubblico ministero con decreto motivato può disporre la trascrizione nel verbale delle conversazioni che ritenga rilevanti per i fatti oggetto di prova. Se le conversazioni contengono dati sensibili per poter essere trascritte devono essere rilevanti *a fini di prova* e non solo per i fatti oggetto di prova.

L'annotazione di cui all'art. 268 co. 2 bis c.p.p., da ricondurre senza dubbio al *genus* di cui all'art. 357 c.p.p.<sup>11</sup>, è destinata ad essere trasmessa all'archivio riservato, senza che sia mai previsto un suo transito nel fascicolo del pubblico ministero o il rilascio di copie.

Entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni, se non viene chiesto al Giudice per le Indagini Preliminari un differimento di tale termine, il Pubblico Ministero deve effettuare il deposito in cancelleria, di tutto il materiale relativo alle intercettazioni: annotazioni, verbali, registrazioni, decreti che hanno autorizzato le operazioni o la proroga, nonché l'elenco delle conversazioni e comunicazioni che ritiene rilevanti ai fini di prova e di cui intende chiedere al GIP l'acquisizione al fascicolo delle indagini.

A questo punto i difensori hanno tempo dieci giorni, termine eventualmente prorogabile dal giudice, in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni, per un periodo non superiore a dieci giorni, per esaminare il materiale depositato, ascoltare le registrazioni e avanzare la proprie richieste al Giudice di acquisizione di conversazioni e comunicazioni non comprese nell'elenco del pubblico ministero o di espunzione di quelle inutilizzabili o non trascrivibili. L'esame degli atti e il riascolto possono essere eseguiti solo dal difensore (non dall'imputato o da collaboratori di studio) all'interno dell'archivio riservato.

Appare di tutta evidenza che in un processo di media complessità il difensore non potrà che "fidarsi" di quanto indicato dal Pubblico Ministero, a meno che non si riescano ad individuare strumenti di tipo giuridico ed organizzativo che lo mettano effettivamente in grado di prendere conoscenza di quanto contenuto nel fascicolo delle intercettazioni.

A parere di chi scrive lo strumento giuridico che può essere utilizzato per raggiungere tale fine è quello dell'annotazione di cui all'art. 267 co. 4 c.p.p.

A tal proposito si legge nella relazione di accompagnamento del decreto legislativo che: "gli ufficiali di polizia giudiziaria hanno l'obbligo di informare il pubblico ministero, con apposita annotazione ai sensi dell'art.357 c.p.p., nei casi in cui sia dubbio se procedere a trascrizione, nel verbale, di dette conversazioni.". Tale affermazione non pare invero essere conforme a quanto indicato nell'art. 267 co. 4 dove si prescrive che "l'ufficiale di polizia giudiziaria provvede a norma dell'art. 268 co. 2 bis, informando *preventivamente* il pubblico ministero con annotazione sui contenuti delle comunicazioni e conversazioni". Infatti non vi è nel dettato normativo alcuno spazio di discrezionalità per l'ufficiale di PG che ogni volta che riterrà una conversazione non trascrivibile dovrà informare il pubblico ministero. L'informazione non potrà poi che consistere in una illustrazione del contenuto della conversazione<sup>12</sup> di ampiezza tale da permetterne una valutazione in termini di rilevanza per i fatti oggetto di prova o addirittura per i fini di prova.

<sup>11</sup> L'indicazione emerge esplicitamente dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo

<sup>12</sup> È da chiedersi se avendo il legislatore nell'art. 268 co. 2 bis c.p.p., vietato la trascrizione anche sommaria di questa categoria di intercettazioni con riferimento al verbale, tale divieto debba valere anche per la particolare annotazione destinata al Pubblico Ministero per le sue valutazioni. Personalmente anche per quanto si verrà a dire in seguito e in considerazione del fatto che l'annotazione non è destinata ad alcuna forma di pubblicità, propenderei per la soluzione negativa, che avrebbe il vantaggio di permettere al pubblico

Occorre ancora rilevare che il legislatore nell'indicare ciò che può essere trascritto nel verbale delle operazioni non ha fornito alcuna indicazione sul regime delle intercettazioni inutilizzabili diverse da quelle intercorrenti con il difensore, quali ad esempio: le intercettazioni in ordine alle quali non siano stati rispettati i limiti di ammissibilità (art. 266 c.p.p.), le intercettazioni con soggetti depositari del segreto professionale, (art. 200 c.p.p.), intercettazioni non previamente autorizzate dalla Camera di appartenenza eseguite nei confronti di un parlamentare (art. 4 L. 140/2003), le intercettazioni delle comunicazioni di servizio di appartenenti al Dipartimento delle informazioni per la sicurezza e ai servizi di informazione per la sicurezza (art. 270 bis c.p.p.).

Volendo cercare di dare una motivazione a tale omissione si può osservare che le cause di inutilizzabilità appena elencate hanno in comune la particolarità di non essere di immediata rilevanza o di necessitare di una attività giurisdizionale ulteriore che rilevi o rimuova la causa di inutilizzabilità. Da ciò si deve far conseguire che non può essere rimessa alla competenza della polizia giudiziaria delegata all'ascolto la valutazione sull'inutilizzabilità di tali conversazioni, qualora anche si consideri che la rilevata inutilizzabilità, per analogia con quanto disposto per le conversazioni con i difensori dall'art. 103 co. 8 c.p.p. comporta il divieto assoluto di trascrizione nel verbale e l'impossibilità di farne oggetto di annotazione ex art. 267 co. 4 c.p.p.. Verrebbe quindi del tutto sottratta all'Autorità Giudiziaria la possibilità di esercitare quella che è una sua esclusiva prerogativa.

Per evitare che tali conversazioni rimangano nel limbo del non regolamentato, a parere di chi scrive, è necessario che del contenuto di tali comunicazioni venga data notizia con l'annotazione di cui all'art. 267 co. 4 c.p.p. al Pubblico Ministero perché questo possa esercitare oltre al controllo sulla rilevanza per i fatti oggetto di prova o a fini di prova, anche quello sulla esistenza di cause di inutilizzabilità o sulla necessità di richiedere la rimozione del divieto.

Sempre a parere di chi scrive si deve fare un ulteriore passo avanti: l'annotazione di cui all'art. 267 co. 4 c.p.p. deve servire al Pubblico Ministero per valutare la rilevanza delle conversazioni in essa contenute rispetto ai fatti oggetto di prova o ai fini della prova. Tale giudizio non può essere assoluto, ma deve per forza fare riferimento al materiale già classificato come rilevante dalla Polizia Giudiziaria ed essere letto in relazione e all'interno di questo. Se si prevede che nell'annotazione vengano inserite anche le conversazioni già ritenute rilevanti, la lettura, anche con il rispetto dell'ordine cronologico, di tutto il materiale intercettato permetterà certamente di emettere un giudizio "più consapevole" sulla necessità di trascrivere materiale segnalato come irrilevante.

Una annotazione che contenga l'indicazione del contenuto di tutte le conversazioni e comunicazioni e non solo di quelle non trascritte nel verbale delle operazioni, ma anche di quelle ritenute rilevanti, permetterà anche al difensore di orientarsi con maggiore facilità all'interno del materiale intercettato con la sicurezza di poter conoscere tutto ciò che è stato ascoltato e che può essere utile alla difesa.

Non pare che nulla osti a questa soluzione: il difensore ha il diritto di ascoltare tutto il materiale registrato, non può esservi dunque dubbio sull'inesistenza di limiti a che il suo compito venga facilitato dalla presenza di un atto scritto che viene a svolgere, ai fini della consultazione del materiale in deposito, il ruolo che attualmente svolge il c.d. brogliaccio.

Non paiono nemmeno potersi ipotizzare rischi di divulgazione del materiale intercettato atteso che l'annotazione è destinata a rimanere nell'archivio riservato, senza possibilità di rilasciarne copia.

---

ministero prima e al difensore poi, di valutare la valenza della conversazione senza l'intermediazione dell'attività riassuntiva della polizia giudiziaria.

Si può ancora prevedere, e sarebbe altamente auspicabile, ma per ogni determinazione sul punto occorre attendere il decreto di cui all'art. 7 co. 3 D. Lgs. 216/17, che l'annotazione venga redatta se non solo, anche in formato elettronico e possa quindi essere consultata attraverso sistema informatico.

Non è certo quella suggerita la soluzione a tutte le questioni in materia di diritto di difesa che il decreto legislativo 216/2017 solleva, ma certamente può andare nella direzione di favorire quella conoscenza degli atti che costituisce la base per l'esplicazione di tale fondamentale diritto.

Non ci si deve comunque nascondere che, in questa fase, molti altri ostacoli si frapperanno alla necessità di permettere l'accesso al materiale intercettato quali, ad esempio, la mancanza di locali e di risorse, materiali e fisiche, presso gli uffici di Procura per poter effettuare il deposito del materiale intercettato e il riascolto delle foniae.

## Limiti all'accesso della difesa alle intercettazioni: una soluzione inefficace per la privacy che viola i principi del giusto processo

DI GIUSEPPE MILICIA  
(AVVOCATO DEL FORO DI PALMI)

C'è tutto nella riforma delle intercettazioni per comprendere lo stato di salute del diritto di difesa, gli equilibri delle forze in campo, la capacità di incidere sugli indirizzi della politica giudiziaria e sui contenuti della legislazione da parte delle componenti attive della giurisdizione.

È un fatto che i decreti attuativi della delega emanata con la legge 103\17, traducono in norme cogenti le disposizioni interne diramate da alcune importanti Procure, quelle che maggior credito riscuotono presso gli uffici legislativi del Ministero.

Nelle materie particolarmente complesse giova all'efficacia l'esperienza di chi le norme le applica e conosce i fenomeni da regolare; e non è certo inedito che il legislatore attui progetti definiti da apparati burocratici.

Ma gli obiettivi delle riforme dovrebbe governarli la politica. Altrimenti può verificarsi che perseguendo apparentemente condivise finalità se ne realizzino in concreto anche (o solo) altre, nemmeno dichiarate, e per tale ragione sottratte al dibattito.

Non è necessario attendere che tale capitolo della riforma vada a regime per avvedersi della scarsa efficienza delle norme rispetto alla garanzia della riservatezza delle comunicazioni riguardanti persone estranee al processo o comunque contenenti dati sensibili *ex art.4.1 lett.d) l.196\03*. Il punto è che al centro del sistema, mutuato dalle menzionate linee guida adottate da alcune Procure, v'è l'idea che la riservatezza si tuteli sottraendo al rischio di pubblicazione ciò che l'investigatore scarta perché ritiene non utile per sostenere l'accusa. E l'idea appare fin troppo ingenuamente eccentrica rispetto al focus della possibile soluzione.

1)Le intercettazioni peculiarmente nocive per la privacy, perché investono estranei o contengono i c.d. "*dati sensibili*" (previsti dall'art 4, lett. d, D.Lgs 30 Giugno 2003 n. 196 (c.d. Codice della Privacy, e relativi a opinioni politiche o religiose, sfera sessuale, stato di salute), sono statisticamente una percentuale assai ridotta della massa delle conversazioni captate dall'inquirente. E, tuttavia l'abusiva diffusione dei dati sensibili su indagati e terzi estranei, nella stragrande maggioranza dei casi, non riguarda le captazioni "scartate" bensì quelle cui la PG ed il PM annettevano e continueranno ad annettere un valore ai fini della dimostrazione dei

fatti. Non accade mai che si pubblichi una intercettazione di cui l'investigatore deputato all'ascolto non abbia annotato un profilo d'interesse. Anche perché ciò che non è apparso di interesse investigativo, lo vedremo, rimane confinato in uno spazio indefinito, quale elemento di una massa di dati protetti dalla loro stessa indistinta quantità e dall'assenza di un sistema di ricerca che ne renda praticabile la consultazione. Se tali sono i contorni del fenomeno non è chi non colga la manifesta incongruenza dei mezzi previsti dalla riforma rispetto al fine della protezione della privacy. La secretazione dell'irrelevante a giudizio della PG, che seleziona per rafforzare la tesi ricostruttiva dell'accusa, non impedirà le pubblicazioni nocive.

Tale banale evidenza era alla base del meccanismo di filtro e protezione dei dati sensibili, che le Linee Guida della Procura di Torino aveva messo a punto nel febbraio del 2016. Diametralmente opposto a quello adottato dalla riforma: formino la PG ed il PM l'elenco delle intercettazioni su informazioni sensibili e ne propongano in contraddittorio con la difesa la secretazione. Sul resto valgono le regole generali; in particolare per ciò che attiene i diritti di accesso della difesa alla documentazione delle attività intercettive regolati alla stregua di tutti gli altri esiti delle indagini preliminari.

Il decreto attuativo, s'è detto percorre altra via, secretando indistintamente ciò che l'accusa ritiene inutile ai suoi fini (artt.268 *bis* co.2; 268 *quater* co.5; 269 co.1; 89 disp.att.). Se l'obiettivo fosse stato davvero quello di imprimere una "stretta" alla diffusione di informazioni riservate ed inutili al processo, non sarebbe stato necessario attentare al più delicato degli equilibri interni del processo che si realizza attraverso la discovery.

Il sistema realizzato nulla aggiunge alla tutela della privacy; sottrae solo conoscenze alla difesa indispensabili per l'esercizio delle sue facoltà; codifica la sottrazione al controllo della difesa (e del Giudice) dei criteri della selezione operata dall'accusa sul materiale investigativo accumulato in mesi o anni di ascolto. Si potrà conoscere la ragione dell'inclusione del materiale che PG e PM hanno stimato rilevante (secondo le statistiche lo 0,1% di quello che viene analizzato dagli inquirenti). Non si potrà di fatto conoscere e controllare la ragione dell'esclusione di ciò che è stato ritenuto irrilevante. E soprattutto la difesa non potrà di fatto ricercare quanto rilevante per confutare la tesi ricostruttiva del PM ovvero per avvalorare un'alternativa ricostruzione dei fatti.

2)La conferma dell'eterogenesi dei fini è data da altro dato dell'esperienza giudiziaria, ben noto agli operatori. La riforma non innova, si limita a codificare la prassi che già nei fatti rende impraticabile l'accesso della difesa alla massa delle intercettazioni scartate dal PM. Il divieto di estrarne copia – che equivale al divieto di effettiva conoscenza – impedirà di ottenere quanto già era divenuto enormemente difficoltoso ottenere.

Ormai da anni, documentazione relativa alle intercettazioni, disponibile nei fascicoli depositati, consiste esclusivamente negli atti relativi alle autorizzazioni e nei verbali di inizio e fine ascolto

I flussi telematici con le informazioni sui dati "esterni" alla comunicazione, al pari delle registrazioni, sono solo virtualmente depositati nel fascicolo. I supporti informatici che li contengono sono materialmente detenuti "altrove". E "altrove" non corrisponde all'apposito ufficio della Procura della Repubblica. Nell'attività di riproduzione dei supporti, le segreterie dei PPMM si limitano a veicolare le istanze del difensore alla PG che ha di fatto la gestione delle banche dati anche in fase successiva al "virtuale" deposito.

Ottenuti i supporti dopo defatiganti ritardi, che di fatto procrastinano di mesi (o di anni) la discovery, si avvia opera di consultazione di mole a volte sterminata di dati (nel documento del 20.11.17 con le Osservazioni sullo schema di decreto, inviate alle Commissioni Giustizia dei due rami del Parlamento dai titolari di sei importanti Uffici di Procura, si rileva che un servizio di intercettazione di appena 15 giorni, sul "reticolo relazionale" di un indagato produce ordinariamente la registrazione di "migliaia" di conversazioni) enormemente complicata dalla mancata redazione dei brogliacci di ascolto con le sintesi delle conversazioni intercettate ( il divieto introdotto dall'art.268 co.2 *bis*, prevede ciò nella prassi è in atto ormai da anni) che impedisce ricerche mirate;

Per rendere chiara la dimensione della difficoltà può essere utile esemplificare avendo riguardo alla realtà di una sede giudiziaria come quella di Reggio Calabria. Una richiesta di accesso alle intercettazioni "scartate" pre-

sentata nel Settembre 2017, dopo la conclusione delle indagini preliminari in maxiprocedimento per reati mafia contro 41 imputati, è stata solo in parte evasa (meno della metà del materiale richiesto – 50 dvd da 4 giga byte di memoria ciascuno – è stato fornito in copia) mentre era in corso l'udienza preliminare tra il dicembre e gennaio 2018 dopo che è stato incaricato il perito *ex art. 268 cpp* di trascrivere delle intercettazioni (quelle indicate dal PM essenzialmente) e già si erano effettuate le scelte dei riti alternativi. In un altro caso – maxiprocedimento di criminalità organizzata con 44 imputati – il duplicato è stato richiesto nel luglio 2017 mentre si svolgeva l'udienza preliminare e ad oggi, con il dibattimento di I grado in corso da mesi, non è ancora stata resa disponibile nemmeno una delle registrazioni richieste. E quando mai si otterrà la copia, la difesa dovrà impegnarsi in una ricerca “cieca” visto che risulteranno annotati per sintesi solo i contenuti di quanto ritenuto rilevante dalla PG.

Anche sotto questo profilo la riforma, con il divieto di annotazione dei contenuti delle “intercettazioni irrilevanti ai fini delle indagini”, lo si è detto, non innova, codifica una prassi.

L'oscuramento su ciò che la PG ritiene irrilevante (“l'area buia” di cui si preoccupano gli stessi “sei Procuratori della Repubblica” nelle osservazioni sullo schema di decreto) è praticato da una decina di anni. Senza che ciò abbia mai giovato alla protezione della privacy, impedendo l'abuso della pubblicazione di dati lesivi della privacy di indagati ed estranei ai fatti per cui si procede.

Se ciò è vero, se la riforma fotografa l'esistente, la formalizzazione del divieto di rilascio di copia alla difesa, non sarà utile a modificare le condizioni che hanno fin qui favorito l'indebita diffusione di informazioni attinenti la riservatezza delle persone anche non coinvolte nel processo. Ma al tempo stesso sottrarrà al cittadino conoscenze fondamentali per l'esercizio di suoi inviolabili diritti nel processo.

Le tecnologie della sorveglianza dotano le agenzie investigative del potere di preventiva definizione dei contorni del sapere processuale. Un pacchetto di “prove” precostituite e ritagliate sulla tesi che l'accusa sosterrà in giudizio, vengono riversate nel fascicolo pronte ad essere utilizzate secondo le istruzioni contenute negli enciclopedici elaborati della PG. Anziché incrementare le opportunità di accesso, controllo e verifica della massa delle risultanze dello spionaggio digitale, delle modalità della loro acquisizione e selezione, la riforma le ottunde e depotenzia, creando nuovi ambiti di segretezza. È una riedizione nemmeno troppo sofisticata di un modello di stampo inquisitorio con acquisizione probatoria basata sul principio di Autorità. Lo conferma la visione di fondo espressa dai sei importanti Procuratori della Repubblica in sede di commento critico allo schema di decreto. Espropriata la difesa del suo ruolo, il cittadino dovrebbe recuperare garanzie attraverso il paternalistico supporto del PM, armato di cultura della giurisdizione e perciò stesso nelle condizioni di contenere, con le sue “ponderate valutazioni sulla rilevanza”, le conseguenze “della naturale propensione della PG a privilegiare gli elementi a carico”.

Se una più penetrante ingerenza del PM è l'alternativa al monopolio della PG, la svolta autoritaria del processo è già nei fatti.

D'altro canto, il caldeggiato recupero di influenza dei PM nei confronti della PG sulla “scelta” del materiale probatorio estratto dalle conversazioni, sembra appartenere alla retorica dei discorsi più che alla realtà degli obiettivi perseguiti. Lo dimostrano i correttivi proposti (si limiti la PG a non verbalizzare il “manifestamento” irrilevante; conservi le registrazioni per tutta l'indagine la PG perché le sia consentito la rivalutazione postuma del materiale) tendenti a confermare una prassi – quella attuale – in cui la PG detiene ampiamente il controllo di tutte le operazioni di selezione.

La posizione del Giudice che secondo la riforma chiamato a plurimi incidentali interventi (*art.268 quarter, 422 co.4 bis, art.92 co.1 bis disp. att.*) non mi pare che sia utile ad incrementare il tasso di garanzia del sistema (dal rischio di sottrazione di sapere utile all'esercizio di facoltà e diritti della difesa) Anche perché se il contraddittorio è depotenziato, se criteri di selezione per la malintesa esigenza di riservatezza saranno opachi, la previsione di un controllo del Giudice – senza fascicolo – non potrà incidere sul riequilibrio delle facoltà della difesa.

Inutile sottolineare che l'incremento del termine per la consultazione delle registrazioni depositate (10 giorni prorogabili di altri dieci – art.268 *ter* co.3 –) è, nella sostanza, del tutto ininfluenza sull'esigenza della difesa di conoscenza effettiva del materiale intercettivo. La durata ed il numero dei servizi di intercettazione effettuati nel caso di maxi inchieste sul crimine organizzato, producono migliaia di ore di intercettazioni che richiederebbero mesi di attenta applicazione, anche per l'assenza di informazioni (annotazione sintetica dei contenuti) che orientino la ricerca. D'altro canto, la rilevanza di contenuti di intercettazione può emergere anche nel corso del processo e l'idea che ciascuna esigenza sopravvenuta possa risolversi attraverso nuovi e ripetuti accessi sorvegliati alla sala d'ascolto peraltro riservata ai difensori senza possibilità di diretto intervento da parte dell'indagato/imputato, senza la possibilità di avvalersi di attrezzatura propria, conferma il profilo puramente formalistico della previsione di facoltà che non potranno essere utilmente esercitate.

Il divieto di rilascio di copia determina impossibilità di conoscenza. Che non incide soltanto sul diritto di difendersi provando; e cioè, in concreto, sull'opportunità di ricercare prove a discarico. Ma anche sull'essenziale diritto di conoscere gli elementi su cui l'incolpazione è basata. Che deve ritenersi violato dagli ostacoli frapposti alla conoscenza completa del tessuto comunicativo da cui la prova d'accusa è estratta.

Mi pare che si stagli con una certa chiarezza – e dunque meriti massima attenzione – il divario delle nuove disposizioni con i precetti costituzionali e convenzionali in tema di giusto processo.

## La (pre)selezione ad opera della polizia giudiziaria nell'economia complessiva della riforma

DI SILVIA RENZETTI

(DOTTORESSA DI RICERCA IN PROCEDURA PENALE NELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA – AVVOCATO DEL FORO DI LANCIANO)

DANIELE VICOLI

(PROFESSORE ASSOCIATO DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE NELL'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA)

**SOMMARIO:** 1. Una premessa di ordine sistematico: il mancato intervento sui presupposti applicativi delle intercettazioni. – 2. La problematica (pre)selezione dei colloqui ad opera della polizia giudiziaria. – 3. Il controllo (effettivo?) del pubblico ministero. – 4. La "rincorsa" della difesa.

### 1. Una premessa di ordine sistematico: il mancato intervento sui presupposti applicativi delle intercettazioni.

La nuova procedura acquisitiva dei risultati delle intercettazioni – pur apprezzabile per l'intento di rafforzare la tutela della riservatezza – suscita più d'una perplessità in relazione ad alcune scelte che, sebbene non ancora testate sul terreno dell'esperienza pratica, lasciano intravedere, già a una mera lettura del dato normativo, un'incerta tenuta.



Prima di volgere lo sguardo alle nuove disposizioni, *in parte qua* destinatarie di brevi riflessioni, conviene partire da ciò che la legge non dice. In linea con precedenti progetti riformatori – che, come noto, hanno affollato, quasi senza soluzione di continuità<sup>13</sup>, l'agenda parlamentare delle diverse legislature – la riforma decide di intervenire solo a “microfoni spenti”, vale a dire dal momento in cui l'attività di registrazione si arresta. Non s'incide, dunque, sui presupposti applicativi (art. 267 c.p.p.), ma solo sul meccanismo di selezione e acquisizione che prende avvio al termine delle operazioni.

Il dibattito sul tema è noto: «riducendo le intercettazioni – a monte – si riduce – a valle – la divulgazione»<sup>14</sup>. In una simile prospettiva, una novella ispirata ed interamente modellata sulla tutela della *privacy*, sia pure entro una cornice di compatibilità con le esigenze di giustizia, forse avrebbe dovuto cercare, in prima battuta, di razionalizzare l'impiego del mezzo che di quel valore rappresenta la principale insidia. Per la verità, questa logica non incontrava unanime consenso; e certamente non quello del Consiglio Superiore della Magistratura, secondo cui la causa del *vulnus* alla riservatezza andrebbe individuata non nella raccolta del dato, bensì nella sua eventuale patologica gestione<sup>15</sup>.

Invero, almeno in linea teorica, non si può negare un rapporto d'implicazione tra il piano che attiene all'uso dello strumento investigativo e quello riguardante la diffusione dei dialoghi intercettati. Il punto, semmai, è stabilire quale tipo di intervento sui presupposti di applicabilità favorirebbe una riduzione in termini numerici delle intercettazioni o, comunque, un loro utilizzo più accorto.

È vero: l'ascolto di conversazioni irrilevanti a fini probatori non potrà mai essere del tutto impedita, neppure da un irrigidimento dei requisiti applicativi<sup>16</sup>; dunque, la salvaguardia della riservatezza è una partita che, in definitiva, si gioca sul campo della selezione di quanto già captato.

Tuttavia, se, come di frequente accade nella prassi, il mezzo di ricerca della prova viene impiegato non per vagliare una notizia di reato, ma – secondo la famigerata immagine della “rete a strascico”<sup>17</sup> – per inseguirla, allora un più restrittivo ricorso alle intercettazioni finirebbe per comportare un decremento percentuale dei colloqui irrilevanti che restano tra le maglie della rete.

In quest'ottica, tra le proposte avanzate nel corso degli anni (il panorama è ampio e, senza pretesa di esaustività, va dalla previsione di gravi indizi non di reato ma di colpevolezza<sup>18</sup> al rafforzamento degli *stan-*

<sup>13</sup> Il moto di riforma delle intercettazioni ha avuto inizio non molti anni dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura penale, facendosi particolarmente intenso con la concomitante presentazione, nel corso della XII legislatura, di più progetti di legge. I relativi testi sono pubblicati in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1005 s., con introduzione di G. ILLUMINATI, *Intercettazioni da riformare. Introduzione* (p. 1004) e commento di C. CESARI, *Privacy, diritto di cronaca, intercettazioni: la ricerca di nuovi equilibri nelle proposte all'esame del Parlamento*, 1280.

<sup>14</sup> Così testualmente G. SPANGHER, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1209. Considerazione che affiora anche nei contributi di M.L. DI BITONTO, *Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 14 s.; A. CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni: le circolari delle Procure ispirano la riforma Orlando*, in *Arch. pen.*, 2017, 640; e, molto prima, P. FERRUA, *Due temi da distinguere nel dibattito sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 486.

<sup>15</sup> Si veda la Delibera del 29 luglio 2016 «*Ricognizione di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni*», consultabile sul sito internet [www.csm.it](http://www.csm.it).

<sup>16</sup> Sul punto, v. l'opinione di A. NAPPI, *Sull'abuso delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 470 s., drastico nell'escludere la necessità e, prima ancora, l'opportunità di una riforma dei presupposti applicativi.

<sup>17</sup> La cui paternità appartiene a G. GIOSTRA, *Intervento*, in AA. VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, Milano, 2009, 402.

<sup>18</sup> In questo senso, il d.d.l. presentato al Senato il 29.09.2005 (cfr. Senato della Repubblica, XIV legislatura, *Disegni di legge e relazioni*, doc. n. 3612); la proposta di legge presentata alla Camera il 3.08.2006 (cfr. Camera dei deputati, XV Legislatura, *Disegni di legge e relazioni*, doc. n. 1587) ed anche una prima versione delle c.d. progetto Alfano, vale a dire il d.d.l. presentato alla Camera il 30.06.2008, nel testo approvato in sede referente dalla Commissione Giustizia della Camera (*ivi*, doc. n. 1415-206-406-1510-1555-1977-A). La so-

dard motivazionali<sup>19</sup>), spicca quella sostenuta da una parte della dottrina<sup>20</sup> e di cui si rinviene traccia anche lungo le tappe del cammino riformatore<sup>21</sup>. In sintesi, scartata la possibilità di subordinare le intercettazioni alla sussistenza di gravi indizi già orientati verso un determinato soggetto, la cui individuazione rientra tra i fini a cui è funzionale il mezzo captativo, la tesi è questa: rendere indispensabile che preesista non solo un solido compendio indiziario in ordine ad un dato reato, ma anche un collegamento tra lo stesso e le utenze da intercettare. Così si potrebbe evitare l'odioso fenomeno delle c.d. "intercettazioni esplorative", peraltro candidamente denunciato anche da alcuni rappresentanti della magistratura, attraverso l'efficace immagine delle «intercettazioni che si protraggono e proliferano alla ricerca di qualcosa di indefinito»<sup>22</sup>.

V'è da dire che simile approdo è stato raggiunto dalla giurisprudenza più rigorosa<sup>23</sup>: si sta facendo strada l'idea che il legame tra l'ipotesi di reato e i soggetti da intercettare sia sotteso al requisito dell'assoluta indispensabilità di cui all'art. 267 comma 1 c.p.p.<sup>24</sup>, in sintonia con la logica dell'*extrema ratio* che dovrebbe caratterizzare lo strumento investigativo. Tuttavia, la cristallizzazione di questo indirizzo nel tessuto normativo, tale da imporre al giudice di esplicitare siffatto raccordo nei decreti autorizzativi, avrebbe giovato al radicarsi di un doveroso approccio di rigore<sup>25</sup>.

Si potrebbe replicare che l'irrobustimento degli obblighi motivazionali lasci il tempo che trovi, poiché gli stessi sono soggetti a facili manovre elusive. Eppure, l'innesto sopra suggerito, per il grado di dettaglio che lo contraddistingue<sup>26</sup>, avrebbe di certo messo un freno alle "autorizzazioni in bianco" concesse nella prassi, i cui prodotti, a fronte della modifica di segno restrittivo, sarebbero senza dubbio andati incontro alla scure dell'inutilizzabilità. Da ultimo, si può ricordare che perfino dalla magistratura requirente si era levato un grido d'allarme circa il fatto che «l'indispensabilità ai fini investigativi è requisito la cui valutazione è talmente elastica da aver perso una qualsiasi incidenza»<sup>27</sup>. Una spinta in più per intervenire anche a monte, cioè sul versante dei limiti all'impiego delle intercettazioni.

---

luzione appare piuttosto isolata in dottrina: si vedano P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 44 e 102; L. FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997, 53.

<sup>19</sup> In questo senso, il d.d.l. n. 1512/2007 di iniziativa del Ministro Mastella.

<sup>20</sup> Per tutti, v. V. GREVI, *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche intercettate» e «indagini in corso» nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 334; G. ILLUMINATI, già nei suoi scritti più risalenti sulle intercettazioni e, di recente, *La tutela della segretezza delle comunicazioni tra vecchio e nuovo codice*, in AA. VV., *Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi a un anno dalla sua scomparsa*, Cedam, 2011, 100 s.

<sup>21</sup> Cfr. il § 14 della Relazione alla «Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale» (elaborata dalla Commissione ministeriale presieduta da Giuseppe Riccio, luglio 2007).

<sup>22</sup> P. PROFITI, *Intervento*, in AA. VV., *Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni?*, in *Questione giustizia*, 2006, 1217, il quale, ancor più esplicitamente, ammette che «talvolta con le intercettazioni si cercano indizi per costruire una gravità indiziaria che inizialmente è tale solo in quanto non vi sono, nel senso che non sono ancora stati acquisiti elementi di segno contrario», 1216.

<sup>23</sup> Si veda, in particolare, Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 12722, LOMBARDI STRONATI, in *C.E.D. Cass.*, n. 243241 (pronuncia ritenuta particolarmente significativa proprio perché inaugura una linea di rigore nell'interpretazione dei presupposti applicativi delle intercettazioni), poi seguita da Cass., Sez. V, 17 novembre 2016, n. 1407, *ivi*, n. 268900. Peraltro, indicazioni in senso rigorista circa l'apparato motivazionale del provvedimento autorizzativo, con particolare riferimento alla fondatezza dell'ipotesi accusatoria, si possono far risalire già alla fondamentale e nota pronuncia della Corte costituzionale n. 34 del 1973.

<sup>24</sup> G. ILLUMINATI, *La tutela della segretezza delle comunicazioni*, cit., 110 e, nello stesso senso, E. MARZADURI, *Relazione*, in AA. VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, Milano, 2007, 260.

<sup>25</sup> Si consideri che, prima di tali approdi, la giurisprudenza era orientata in senso tutt'altro che rigoroso in ordine all'interpretazione dell'art. 267 comma 1 c.p.p.

<sup>26</sup> Una specificazione di questo tenore appare di certo più efficace della soluzione contenuta nel "progetto Mastella" (v. *supra*, nota 7), volta ad inserire nell'art. 267 comma 1 c.p.p. una «autonoma valutazione» sulla sussistenza dei gravi indizi di reato e dell'indispensabilità ai fini delle indagini quale requisito della motivazione, a pena di inutilizzabilità dei relativi risultati.

<sup>27</sup> P. PROFITI, *Intervento*, cit., 1216.

Il tema qui succintamente esposto non è privo di nessi con i contenuti della riforma, anzi funge da premessa per almeno due ragioni.

In primo luogo, affiora un rilievo di carattere metodologico. Se, come risulta palese, le radicali modifiche della procedura acquisitiva sono state ispirate anche (se non prevalentemente) dalla necessità di reagire alle dinamiche abrogatrici della c.d. udienza stralcio<sup>28</sup>, viene da chiedersi perché in materia di presupposti ex art. 267 comma 1 c.p.p. non si sia potuto operare in senso inverso, cioè traducendo in legge gli approdi della giurisprudenza più virtuosa.

In secondo luogo, s'affaccia un timore. A fronte del silenzio riservato al piano dei requisiti applicativi e, per contro, del rimodellamento *ab imis* della fase acquisitiva, bisogna augurarsi che, quanto meno, la riforma non abbia un effetto *boomerang*, inducendo a un uso ancor più disinvolto delle intercettazioni in nome delle garanzie offerte dall'azione "ripulitrice" della nuova e più rigorosa procedura selettiva.

In questa deprecabile ipotesi, le smagliature della trama normativa diverrebbero ancor più preoccupanti. Tra queste, ci si soffermerà su una in particolare, che desta una certa apprensione soprattutto sul versante della difesa, ma, per certi aspetti, anche agli occhi della magistratura: l'inedita preselezione dei colloqui affidata alla polizia giudiziaria.

## 2. La problematica (pre)selezione dei colloqui ad opera della polizia giudiziaria.

La nuova procedura acquisitiva si dipana attraverso più passaggi<sup>29</sup>, che dovrebbero minimizzare, fino ad annullare del tutto, il rischio di divulgazione del materiale irrilevante.

In questo scenario, il primo filtro viene affidato alla polizia giudiziaria delegata all'ascolto. Lo si ricava dal combinato disposto degli artt. 268 comma 2 *bis* e 267 comma 4 ultimo periodo c.p.p.: l'uno pone il divieto di trascrizione, anche in forma riassuntiva, delle conversazioni «irrelevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti» nonché di quelle «parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge»; l'altro prescrive di riportare nel verbale delle operazioni soltanto i dati esteriori di tali colloqui (data, ora e dispositivo bersaglio della registrazione), mentre il relativo contenuto sarà riassunto in una separata «annotazione» da inviare preventivamente al pubblico ministero.

Evidente la *ratio* del divieto: la carta "viaggia" in modo più rapido e agevole di una registrazione. Quindi, a fronte dell'esperienza quotidiana, che vede nella precoce<sup>30</sup> circolazione dei c.d. brogliacci<sup>31</sup> una delle principali cause della (gratuita) violazione della *privacy*, si è optato per un approccio radicale, capace di impedire a monte

<sup>28</sup> È noto che tra le cause della scarsa tutela della riservatezza derivante dall'impiego delle intercettazioni vi fossero non solo alcuni punti deboli della normativa, ma anche la sistematica disapplicazione dell'udienza stralcio prevista dal vecchio art. 268 c.p.p., che la prassi aveva estirpato dalla sede naturale per collocarla, il più delle volte, *in limine* al dibattimento, con ciò che ne conseguiva in termini di pubblicizzazione dell'intera mole delle conversazioni intercettate, rilevanti o meno.

<sup>29</sup> Definiti impietosamente come le «volte dell'arabesco» da G. GIOSTRA, nell' articolo pubblicato sul *Sole24ore* del 20 dicembre 2017.

<sup>30</sup> Non solo una volta caduto il segreto interno (che, secondo il combinato disposto degli artt. 268 comma 6, 329 comma 1 prima parte e 114 commi 2 e 7 c.p.p. veniva meno, con conseguente possibilità di pubblicazione del solo contenuto, dopo che i risultati delle intercettazioni vengono messi a disposizione della difesa), ma, molto spesso, addirittura prima.

<sup>31</sup> Come anche nella loro testuale riproduzione nei provvedimenti del giudice per le indagini preliminari, primi fra tutti quelli cautelari, aspetto sul quale la riforma parimenti interviene, ma che non sarà oggetto di attenzione nel presente scritto.

la trascrizione dell'irrelevante, così che non vi sia nulla da diffondere<sup>32</sup>. Di conseguenza, il rischio che abbiano risalto colloqui inutili a fini di giustizia dovrebbe sensibilmente scemare, poiché, da una parte, gli stessi non assumeranno forma cartacea e, dall'altra, le relative registrazioni saranno destinate all'archivio riservato *ex art. 269 c.p.p.*, istituito proprio per custodire il materiale non oggetto di acquisizione, che rimarrà coperto dal segreto, salvo il diritto di accesso del giudice per le indagini preliminari e del difensore dell'imputato.

La perentorietà della scelta, tuttavia, è temperata dal carattere reversibile, grazie al meccanismo di recupero affidato al pubblico ministero, a tal fine destinatario dell'annotazione contenutistica di cui all'art. 267 comma 4 c.p.p. Il magistrato, esaminate le indicazioni che gli forniscono i suoi ausiliari, può decidere di valorizzare colloqui che la polizia giudiziaria intenderebbe scartare. Entro la cornice di tale vaglio, a fungere da bussola sono due distinti criteri: la «rilevanza per i fatti oggetto di prova», che diviene «necessità» in relazione a quelli contenenti dati sensibili.

Ricapitolando: se durante l'ascolto la polizia giudiziaria a ciò delegata reputi irrilevanti determinati dialoghi, deve astenersi dal trascriverli nei brogliacci, riportando solo data, ora e dispositivo registrato (art. 268 comma 2 *bis* c.p.p.), ma previo invio di un'annotazione al pubblico ministero (art. 267 comma 4 c.p.p.), il quale può decretarne il recupero, disponendone la trascrizione, ove ricorrano i criteri sopra ricordati (art. 268 comma 2 *ter* c.p.p.).

Sul nuovo congegno ideato dal legislatore si può avanzare, sia pur a prima lettura, più di una riserva, già a partire dalle condizioni sulla base delle quali esso dovrebbe attivarsi. Il divieto di trascrizione scatta – come si è visto – in relazione a due categorie di colloqui, là dove la seconda (le conversazioni «parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge») risulta, all'evidenza, già ricompresa nella prima (le conversazioni «irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti»). La distinzione recupera significato, però, con riferimento al secondo passaggio della procedura, poiché il pubblico ministero – che intenda estrarre dal materiale irrilevante (*rectius* ritenuto tale dalla polizia) conversazioni dal contenuto «sensibile» – non potrà limitarsi ad una valutazione di segno contrario (dall'irrilevanza alla rilevanza), ma dovrà giustificare il recupero in base al più pregnante *standard* della necessità. Parametro, quest'ultimo, senza dubbio più rassicurante sotto il profilo della tutela della riservatezza, ma che è fonte di molte perplessità in chiave di ragionevolezza (basti pensare a quelli che sono gli ordinari criteri di ammissione della prova). Di qui, si arriva al problema più generale, che attraversa l'intera novella, del difficile equilibrio tra protezione della *privacy* ed esigenze di accertamento del reato.

In ogni caso, rispetto allo specifico snodo qui in esame, la tecnica normativa si rivela tutt'altro che infallibile. Se di fatto il riferimento ai dati sensibili assume una valenza selettiva solo rispetto al secondo *step* (il vaglio del pubblico ministero), allora sarebbe stato coerente inserirlo nella relativa disposizione (art. 268 comma 2 *ter* c.p.p.), senza così ingenerare dubbi di sorta né per l'interprete, né – soprattutto – per chi le norme deve applicarle, peraltro in un contesto caratterizzato da estrema rapidità.

Al cospetto della scelta trasfusa in legge, invece, residua qualche incertezza, dettata dal tentativo di trovare un senso al dato testuale. In particolare, la collocazione del distinguo – in termini letterali sterile – già nell'ambito dell'art. 268 comma 2 *bis* c.p.p. porta a interrogarsi circa possibili significati nascosti. Una ipotesi è che quella bipartizione dovrebbe fungere come una sorta di «condizionamento occulto» per la polizia giudiziaria, chiamata ad una maggiore cura – nel compiere il giudizio di rilevanza finalizzato alla trascrizione – quando

<sup>32</sup> Nei medesimi termini, C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni della "delega Orlando"*, in *Dir. pen. contemp.*, n. 3/2017, 80, già nel commentare la relativa disposizione della legge delega (art. 1 comma 84, criterio direttivo lett. a n. 5 l. n. 63/2017) e A. CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni*, cit., 641 s., nell'analizzare le soluzioni in tal senso proposte dalle varie circolari delle Procure.

in gioco vi siano dati sensibili<sup>33</sup>. Il che non sarebbe, di per sé, un grosso problema, se non alla luce della difficoltà di assumere una decisione rapida, se non immediata, sulla base di indicazioni a dir poco confuse<sup>34</sup>.

L'alternativa a percorsi esegetici dalle basi malferme è quella di leggere nell'espressa – quanto inutile – menzione dei dati sensibili in seno all'art. 268 comma 2 *bis* c.p.p. la volontà meramente didascalica di attribuir loro risalto, nell'ambito di una normativa che erige a baluardo la tutela della riservatezza. Peraltro, è singolare come l'enfasi che il legislatore riserva alle informazioni sensibili scompaia dopo l'iniziale scrutinio del pubblico ministero. Man mano che la procedura si dipana, infatti, i parametri acquisitivi tornano ad essere quelli della rilevanza (per le richieste delle parti)<sup>35</sup> e, addirittura, della manifesta irrilevanza (per la decisione del giudice)<sup>36</sup>, mentre nessun regime particolare è dettato per le conversazioni intrise di dati sensibili.

Messo da parte tale aspetto, sul quale si deve ammettere che la novella risulta piuttosto oscura, un ulteriore dubbio in merito al vaglio preselettivo della polizia giudiziaria concerne il parametro della irrilevanza in sé considerato. Il decreto delegato, distanziandosi parzialmente dalla legge delega<sup>37</sup>, cerca di circostanziarlo mediante l'aggancio all'oggetto ed ai soggetti coinvolti. Tuttavia, resta la difficoltà di operare una simile diagnosi in una fase così arretrata del procedimento, per di più da parte di un organo che non padroneggia le indagini nel loro complesso e che, quindi, potrebbe non cogliere l'apporto di determinati colloqui rispetto agli scenari investigativi<sup>38</sup>. Peraltro – e si torna a quanto osservato nel primo paragrafo – manca l'ausilio di una più precisa definizione del presupposto indiziario, che fungerebbe, così, da guida per riempire di sostanza quelli che, in questo frangente, appaiono concetti piuttosto sfuggenti<sup>39</sup>.

Sull'intero congegno aleggia poi un'incognita di fondo, che riguarda la stessa opportunità di affidare alla polizia giudiziaria un compito così delicato. Oltre alle difficoltà operative, dovute a criteri incerti, è d'obbligo chiedersi se tale organo sia effettivamente in grado, anche per ragioni legate al carico di lavoro, di compiere simili valutazioni contestualmente all'ascolto e in una fase precoce dell'indagine; e, soprattutto, se abbia la sensibilità necessaria, anche sotto il profilo dell'esigenza di saper cogliere l'importanza in chiave difensiva di determinati dialoghi. Inclinatione che difetta in capo alla polizia giudiziaria, non foss'altro per il ruolo rivestito.

<sup>33</sup> Uno spunto in tal senso sembra potersi rinvenire nelle linee guida del 18 gennaio 2018 che la Procura di Bologna ha diramato dopo l'approvazione della riforma (*«La nuova disciplina delle intercettazioni. Profili di interesse per la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero»*), nella parte in cui si legge che la polizia giudiziaria deve evitare di trascrivere nei brogliacci le «conversazioni manifestamente irrilevanti e non pertinenti rispetto ai temi di indagine, specie allorquando abbiano ad oggetto dati sensibili riguardanti sia l'indagato, sia terze persone non indagate o non intercettate direttamente», 7.

<sup>34</sup> Si consideri che la redazione dei brogliacci, di norma, dovrebbe essere contestuale all'ascolto, sebbene nella prassi tale contestualità sia difficilmente realizzabile.

<sup>35</sup> V. artt. 268 *bis* comma 1 e 268 *ter* commi 2 e 3 c.p.p.

<sup>36</sup> V. art. 268 *quater* comma 1 c.p.p. A parte il problema dei dati sensibili, è evidente che la disomogeneità dei parametri selettivi previsti per le varie fasi della procedura acquisitiva non risulta ragionevole ed è destinata a creare problemi applicativi.

<sup>37</sup> Che indicava quali parametri preselettivi la «pertinenza» rispetto «all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini» ovvero «l'irrilevanza ai fini delle indagini con riferimento a «fatti o circostanze ad esse estranei» (art. 1 comma 84, criterio direttivo lett. *a* nn. 1 e 4 l. n. 103/2017).

<sup>38</sup> Nello stesso senso C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni*, cit., 82 s., la quale ritiene comunque più preciso il canone della pertinenza.

<sup>39</sup> In questi termini, C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni*, cit., 83.

### 3. Il controllo (effettivo?) del pubblico ministero.

Ai dubbi lasciati aperti in chiusura del precedente paragrafo, si potrebbe replicare osservando che una preselezione dei colloqui veniva compiuta, di fatto, anche prima della riforma, non potendosi ragionevolmente ritenere che nei brogliacci fossero trascritte tutte le conversazioni oggetto d'ascolto da parte della polizia giudiziaria<sup>40</sup>. Quindi, tale pratica riceverebbe, in fin dei conti, solo una veste formale, alla luce dei parametri esplicitati. È stato inoltre osservato come la polizia giudiziaria, in ogni caso, resti solo un delegato all'ascolto: la fase rimane comunque presidiata dal pubblico ministero<sup>41</sup>.

In quest'ottica, diviene, allora, indispensabile verificare se il controllo del pubblico ministero sulle iniziali scelte della polizia giudiziaria – così come delineato dall'art. 268 commi 2 *bis* e 2 *ter* c.p.p. – costituisca un presidio effettivo.

Più d'una ragione, in realtà, induce a una risposta di segno negativo.

Innanzitutto, emerge un problema che concerne i tempi di intervento del pubblico ministero. La Relazione di accompagnamento al decreto legislativo è molto chiara al riguardo: il magistrato deve essere interpellato, mediante l'annotazione, «prima che sia formato il verbale, proprio per orientarne la redazione». Del resto, non sembra esservi spazio per una differente lettura, stante l'avverbio «preventivamente» inserito nell'art. 267 comma 4 c.p.p., che – proprio per il significato letterale – il Governo ha scelto di non sostituire con il più generico «tempestivamente», come aveva invece suggerito la Commissione Giustizia del Senato durante l'*iter* di approvazione del decreto<sup>42</sup>.

Ciò porta a risolvere in senso obbligato anche un ulteriore interrogativo pratico, già a suo tempo segnalato da taluna delle circolari – elaborate dalle diverse Procure della Repubblica – dalle quali, come noto, la riforma ha tratto ampi spunti. E cioè quello riguardante le regole operative secondo cui la polizia giudiziaria deve interpellare il pubblico ministero: se ad ogni conversazione di senso compiuto oppure anche per parti di essa<sup>43</sup>. Ebbene, se il controllo del magistrato deve essere preventivo, allora non si può che optare per la prima soluzione, a meno di rendere ancor più farraginosa la relativa procedura, con l'organo dell'accusa compulsato ogni tre battute di un dialogo<sup>44</sup>.

E allora, se questi sono tempi e modalità dello schema relazionale che deve instaurarsi tra polizia e pubblico ministero (se, cioè, ad ogni colloquio considerato irrilevante – e, secondo una certa lettura, perfino nei casi in cui sia semplicemente in dubbio<sup>45</sup> – l'operatore di polizia è tenuto a consultare il pubblico ministero,

<sup>40</sup> Secondo A. CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni*, cit., 641, la formulazione dell'art. 268 comma 2 c.p.p. non è cristallina, ma sembra imporre che vengano riassunti tutti i dialoghi registrati.

<sup>41</sup> In questo senso G. SANTALUCIA, *Intervento* al Convegno "La recente riforma del processo penale: una prima verifica", Torino, 10 novembre 2017.

<sup>42</sup> Si consultino le *Schede di lettura* "Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni", redatte con riferimento alla seconda versione del decreto legislativo (Atto del Governo n. 472 *bis*), pubblicate sul sito [www.senato.it](http://www.senato.it), 13 s. e 22 s.

<sup>43</sup> Se ne preoccupa, in particolare, la Procura di Frosinone nella circolare adottata, come puntualmente segnala A. CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni*, cit., 645.

<sup>44</sup> A questa soluzione, peraltro, era giunta la dottrina, sulla base di considerazioni da condividere, cioè ritenendo che la sottoposizione al pubblico ministero di interi colloqui – pur comportando qualche rischio per la *privacy*, potendo veicolare anche brani irrilevanti – risulti comunque maggiormente affidabile sotto il profilo della "fedeltà" degli stessi, i quali andrebbero incontro a manipolazioni e fraintendimenti là dove fossero spezzettati in più brani, A. CAMON, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni*, cit., 645.

<sup>45</sup> G. PESTELLI, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, n. 1, 174, nell'aderire alle buone prassi raccomandate dal C.S.M. nella delibera citata nella nota 3.

il quale deve poi decidere in fretta cosa fare al riguardo), non sembra che il meccanismo possa rivelarsi sostenibile nella pratica<sup>46</sup> e, in ultima analisi, efficace rispetto al fine per cui è stato ideato.

Il rappresentante dell'accusa, infatti, a fronte dell'annotazione ricevuta, dovrebbe, a rigore, ascoltare la registrazione (che potrebbe anche essere di una discreta durata) e così valutare in prima persona la rilevanza del dialogo per le indagini. Il che appare difficilmente realizzabile, in virtù dei concomitanti impegni d'ufficio e dell'urgenza che l'operazione esige. Più verosimile appare uno scenario in cui il magistrato finisca per appiattirsi sulle scelte già effettuate dalla polizia giudiziaria (o che comunque essa si propone di effettuare), limitandosi poi a indirizzarle al giudice all'atto di formalizzare le richieste acquisitive ai sensi del nuovo art. 268-bis c.p.p.<sup>47</sup>.

In definitiva, in attesa del responso dei fatti, a un primo sguardo, il congegno di recupero del pubblico ministero e, dunque, la portata del controllo sulla preselezione della polizia giudiziaria sembrano offrire scarse garanzie di effettività.

Se così fosse, però, malgrado i tentativi di ridimensionarne la centralità, la cernita a monte per mano della polizia giudiziaria rischierebbe di assumere un peso spropositato e inopportuno nell'economia complessiva della fase di acquisizione.

#### 4. La "rincorsa" della difesa.

In questo scenario, a farne le spese è soprattutto la difesa. Quando fa ingresso sulla scena acquisitiva, essa si ritrova a destreggiarsi, entro un lasso temporale a dir poco proibitivo, tra ingenti masse di conversazioni intercettate.

Infatti, mentre il pubblico ministero ha la possibilità di ascoltare i colloqui durante l'intero corso della captazione (e comunque ad ogni singolo interpello su iniziativa della polizia giudiziaria delegata all'ascolto), la difesa ha accesso agli atti soltanto con la *discovery* (entro cinque giorni dalla fine delle operazioni)<sup>48</sup>, potendo poi sfruttare un termine di soli dieci giorni<sup>49</sup> dall'avviso di deposito per esaminarli e quindi elaborare le richieste acquisitive<sup>50</sup>, fatta salva la possibilità di integrarle fino alla decisione del giudice<sup>51</sup>.

È chiaro che, nella sostanza, il rapporto tra le parti rispetto allo strumento captativo non è mutato: anche prima della riforma, il diritto di accesso della difesa ai risultati delle intercettazioni sororgeva, come ovvio, solo una volta concluse le operazioni. Oggi, però, i difensori, oltre all'ostacolo di termini maggiormente e fin troppo contingentati<sup>52</sup>, devono fare i conti anche con colloqui già filtrati attraverso un dialogo tra polizia giudiziaria e pubblico ministero, all'esito del quale gli stessi possono essere direttamente spediti all'archivio

<sup>46</sup> Lo definisce del tutto «impraticabile» G. GIOSTRA, in *Sole24ore* del 20 dicembre 2017, cit. Dello stesso avviso, già con riferimento alla legge delega, C. CONTI, *La riservatezza delle intercettazioni*, cit., 85. Le medesime difficoltà operative erano, peraltro, già state segnalate dal C.S.M. nella citata delibera (v. *supra*, nota 3).

<sup>47</sup> In questo senso F. CAPRIOLI, *Intervento "La recente riforma del processo penale: una prima verifica"*, Torino, 10 novembre 2017.

<sup>48</sup> È fatta salva l'eventualità – esposta al rischio di divenire, come in passato, la regola – che il giudice autorizzi il deposito ritardato, non oltre la chiusura delle indagini (art. 268 bis comma 3 c.p.p.).

<sup>49</sup> Nella versione dello schema di decreto legislativo, i giorni erano addirittura cinque. È stata inoltre prevista la possibilità che il termine, «in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni», sia prorogato dal giudice per un periodo non superiore a dieci giorni (art. 268 ter comma 3 ultima parte c.p.p.).

<sup>50</sup> In forza del combinato disposto degli artt. 268 bis e 268 ter comma 3 c.p.p.

<sup>51</sup> Art. 268 ter comma 5 c.p.p.

<sup>52</sup> Che costituisce una conseguenza ineludibile dell'aver riportato la fase di selezione ed acquisizione nella sede naturale, cioè la fase delle indagini (v. *supra*, nota 16), sebbene i termini concessi alla difesa avrebbero dovuto essere più estesi.

riservato dell'art. 269 c.p.p.: in tal caso, ne resta come unica traccia cartacea il verbale con i soli dati esterni (data, ora e dispositivo bersaglio della registrazione).

Nel circoscrivere l'angolo visuale a questo specifico profilo, va rilevato che la possibilità per la difesa di ottenere il recupero di quanto scartato dai suoi antagonisti somiglia molto a una corsa ad ostacoli. Come da più voci osservato, ci si chiede in che modo i difensori possano orientarsi tra conversazioni di cui vengono riportati solo gli scarni elementi sopra citati e – se pur riescano a individuare le registrazioni – quali strumenti e risorse verranno loro messi a disposizione dagli uffici al fine dell'ascolto: problema concreto già da tempo avvertito, ma che, evidentemente, è destinato ad acuirsi a fronte del nuovo dettato normativo.

Certo, la difesa potrà sfruttare, come bussola per orientarsi, le annotazioni *ex art.* 267 comma 4 c.p.p.: pensate per il pubblico ministero ai fini dell'interlocuzione preventiva, saranno oggetto di deposito, unitamente a verbali, registrazioni e a tutti gli altri atti relativi alle intercettazioni<sup>53</sup>; la parte privata potrà quindi prenderne contezza ed avvalersene come ausilio per rinvenire i colloqui di potenziale interesse.

Tuttavia, in primo luogo, la legge lascia nell'ombra il grado di dettaglio di tali annotazioni, limitandosi a un generico riferimento ai «contenuti delle comunicazioni e conversazioni», di talché è difficile presagire quanto utili potranno essere per la difesa a fini individuativi dei colloqui scartati.

Ma a pesare è soprattutto una considerazione di carattere generale. L'annotazione di cui all'art. 267 comma 4 c.p.p. è stata vista da alcuni come la finestra dalla quale può rientrare ciò che era uscito dalla porta<sup>54</sup>. E in effetti sono molteplici i rischi prospettabili in relazione a tale snodo: per quanto scarna<sup>55</sup>, l'annotazione si potrebbe risolvere di fatto in «una trascrizione sommaria dell'intercettazione, in apparente distonia con il relativo divieto»<sup>56</sup>; inoltre – pur se destinata, successivamente al deposito, all'archivio riservato, ove rimarrà coperta dal segreto<sup>57</sup> – si potrebbero aprire squarci di conoscibilità *medio tempore* dei suoi contenuti, poiché il dato normativo non specifica il momento in cui le annotazioni interlocutorie debbano prendere la strada dell'art. 269 c.p.p., legittimando anche letture che collochino l'adempimento al termine della procedura acquisitiva<sup>58</sup>.

E allora, se il problematico meccanismo di preselezione ad opera della polizia giudiziaria con annesso controllo del pubblico ministero pone dei dubbi perfino in relazione alla sua efficacia in chiave di tutela della riservatezza (scopo per il quale è stato introdotto), il sacrificio che, di contro, esso indubbiamente comporta per il diritto di difesa appare difficile da giustificare; soprattutto in considerazione del fatto che tale congegno, alla luce della rimodellata procedura selettiva e dell'estensione del segreto fino all'avvenuta acquisizione dei risultati delle intercettazioni<sup>59</sup>, non era poi così indispensabile.

Un giudizio sul bilanciamento tra i valori in gioco può essere delineato solo alla luce di una visione complessiva della riforma, osservata in tutti i suoi aspetti; tuttavia, già con riguardo al primo segmento, gli equilibri tra le esigenze di riservatezza e il diritto di difesa non sembrano ben calibrati.

<sup>53</sup> Art. 268 *bis* comma 1 c.p.p.

<sup>54</sup> Questa l'impressione a prima lettura di F. CAPRIOLI, *Intervento*, cit.

<sup>55</sup> Il C.S.M., nella già più volte ricordata delibera ricognitiva delle circolari (v. *supra*, nota 3), ne raccomanda una «sobrietà contenutistica».

<sup>56</sup> Così D. PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, n. 1, 194.

<sup>57</sup> Lo si desume dall'art. 269 comma 1 c.p.p., che menziona verbali, registrazioni ed «ogni altro atto ad esse relativo», formula entro la quale si può senz'altro ricomprendere l'annotazione.

<sup>58</sup> Aspetto evidenziato da L. SURACI, *Lo schema di d.lgs di riforma della disciplina delle intercettazioni: qualche rilievo critico*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 5 gennaio 2018.

<sup>59</sup> Art. 268 *quater* comma 3 c.p.p.



# La tutela dell'irrelevante

DI STEFANO MONTONE

(AVVOCATO DEL FORO DI NAPOLI)

Ben lungi dall'avventurarmi in una accurata analisi dogmatica del sottosistema nato dal varo del d.lgs. 216/2017, di cui non sarei capace, la riflessione che segue rassegna in due brevissime considerazioni la delusione rispetto ad un intervento che riesce ad offrire al diritto costituzionale alla riservatezza soltanto una tutela condizionata (di fatto riconoscendone la pienezza nell'esclusivo ambito del probatoriamente irrilevante), irridendo, col suo pervicace silenzio, alle criticità che quel sottosistema – per come inverte nell'interpretazione vivente – da sempre propone sul piano delle garanzie, processuali e democratiche.

La prima considerazione: l'introduzione di una complessa procedura protocollare per la gestione della relazione P.M./p.g. non risolve (anzi: paradossalmente eleva a paradigma di sistema) il problema del controllo sulla selezione dei materiali captativi; l'operazione viene ufficialmente consegnata alla polizia giudiziaria.

Il rapporto tra p.g. ordinariamente delegata alle operazioni di ascolto e selezione ed il P.M. ordinariamente delegante non si ortopedizza di certo – nell'auspicato senso di una diretta responsabilizzazione del Magistrato – grazie alla annotazione preventiva che giustifica l'esclusione delle captazioni battezzate per irrilevanti “ai fini delle indagini”.

Non solo: anche a voler generosamente ritenere che l'espressione evochi l'art. 326 nella sua dimensione inclusiva dei doveri costituzionali di obiettività *ex art. 358 u.p.*; ed anche a voler superare l'osservazione empirica che lega il giudizio di rilevanza investigativa effettuato dalla p.g. alla coerenza all'ipotesi privilegiata in verifica, occorre sottolineare come (a differenza del concetto di “pertinenza”, che evoca contiguità logiche o spaziali stabili e misurabili rispetto ad un oggetto determinato) il concetto di “rilevanza” sia per sua natura un concetto variabile perché relazionale, che esprime l'idoneità probatoria rispetto ad un'ipotesi ricostruttiva. Ma, diversamente da quanto accade a valle della formulazione dell'imputazione, in una fase in cui ancora non si è stabilizzata alcuna contestazione la provvisorietà dell'ipotesi rende la predicazione di “rilevanza” naturalisticamente approssimativa, quando non arbitraria, mancando l'oggetto determinato di riferimento. Il giudizio è rivedibile (come del resto testimonia la rivedibilità degli elenchi, sempre ad opera dalla p.g., perenne tenutaria del materiale).

Ciò che, in ossequio alla variabile valutazione degli organi dell'investigazione, non è trascritto resta dunque il buco nero, quantitativamente immenso, che continuerà ad attirare la difesa consapevole della assoluta indispensabilità di procedere “in proprio” (ieri: ad un ascolto mirato grazie ai brogliacci; oggi:) ad un ascolto orientato dalle annotazioni giustificative; in unione, sempre e comunque, al ri-ascolto prudenziale anche delle captazioni predicate di rilevanza.

Ma tempi e modi dell'accesso, per come regolati dalla novella attuativa, suonano incompatibili con tale esigenza di conoscenza defensionale.

La seconda considerazione: lo spostamento dell'enfasi sul bisogno di tutela della riservatezza delle comunicazioni “irrilevanti” ai fini investigativi o “sensibili” opera, sul piano dello soglia psicologica di accettabilità dell'intrusione, in termini di affievolimento della necessità di verificare, a monte, la ricorrenza delle condizioni oggettive di legittimazione dell'utilizzo dello strumento. Quasi che la riservatezza offerta dalla Costituzione sia limitata alle conversazioni e comunicazioni probatoriamente indifferenti.

La novella induce dunque, per giustapposizione, a riprendere e segnalare, con tutta la disperata frustrazione del difensore, il tema del controllo preliminare: ormai arenato sui fondali del controllo motivazionale

– riproposto per il captatore informatico – a sua volta ridotto a stenta verifica di ricorrenza, nei provvedimenti dispositivi o autorizzativi, delle formule lessicali convenzionali e salvifiche.

Restando responsabilmente al di qua del confine, opaco e terribile, del doppio binario, vorrei che almeno mi si dicesse quando sia possibile ravvisare i “gravi indizi di reato”; e quando si versi in quella situazione di non perseguibilità altrimenti delle investigazioni che, vocabolario alla mano, dovrebbe essere il significato di “assolutamente indispensabili ai fini della prosecuzione delle indagini”.

Continueranno a non dirmelo. Da domani avrò (forse) però finalmente la possibilità di evitare che qualche giornale pubblichi un paio di sms compromettenti per gli equilibri familiari del mio assistito; intercettato, magari, perché un collaboratore di giustizia che lo aveva inizialmente coinvolto ha reso in dibattimento una dichiarazione apparentemente difforme: da ciò solo derivandone “gravi indizi di reato” di intralcio alla giustizia. Avrò (forse) finalmente la possibilità di impedire la pubblicazione di dialoghi correnti tra il mio assistito ed il medico che lo tiene in cura; dialoghi intercettati per il bisogno investigativo di acquisire ulteriori elementi a conferma di ipotesi investigative già acquisite e corroborate da plurime fonti dichiarative (n.d.r.: ho risparmiato sulle virgolette ma, credetemi, c'erano).

Complessivamente, c'è di che rimanere soddisfatti.

## La “riforma delle intercettazioni” e l’occasione mancata per tutelare le istanze difensive dai suoi (ab)usi, con specifico riferimento ai delitti c.d. di “criminalità organizzata”

DI GIUSEPPE DI CESARE  
(AVVOCATO DEL FORO DI PALERMO)

La recente riforma della disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, varata dal Governo con il decreto legislativo 29 dicembre 2017, n. 216 (in attuazione della delega di cui all’art. 1, commi 82, 83 e 84, lett. *a*), *b*), *c*), *d*) ed *e*) della legge 23 giugno 2017, n. 103) ed entrata in vigore il 26 gennaio 2018, anziché comprimere l’eccessivo numero di intercettazioni disposte ogni anno in Italia, ne aumenterà – molto probabilmente – la quantità: a conferma della centralità del suddetto mezzo di ricerca della prova nel nostro Ordinamento, quale strumento di indagine, con particolare riferimento ai delitti di “criminalità organizzata”.

Non v’è dubbio, infatti, che il nostro codice di rito penale attribuisca alle intercettazioni un “ruolo” fondamentale e che la normativa vigente preveda pure una disciplina “speciale” per i reati c.d. di “criminalità organizzata”.

Com’è noto, le intercettazioni sono atti di indagine mediante i quali, quando è «*indispensabile ai fini investigativi*» e ricorrono «*gravi indizi in ordine alla sussistenza di reati a particolare allarme sociale*», il pubblico ministero dispone, con il controllo del giudice, la captazione di comunicazioni o conversazioni riservate con l’ausilio di mezzi meccanici ed elettronici.

In tema di intercettazioni disposte nei procedimenti per “delitti di criminalità organizzata”<sup>60</sup>, l’art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152 ha dettato una disposizione secondo cui, in deroga alle più rigorose previsioni di cui all’art. 267 c.p.p., l’intercettazione tanto telefonica quanto ambientale è ammessa in presenza di due concorrenti presupposti: l’esistenza di «sufficienti» (e non gravi) indizi e la “necessità” (e non, quindi, la assoluta indispensabilità) per lo “svolgimento” (e non per la prosecuzione) delle indagini.

L’art. 13 del d.l. n. 152/1991 ha, inoltre, inciso sui tempi di durata massima consentita per le operazioni autorizzate da giudice: fino a quaranta giorni per il primo provvedimento, con possibilità di proroghe per periodi successivi di venti giorni e con l’ulteriore precisazione per cui, nei casi di urgenza, lo stesso pubblico ministero possa provvedere direttamente alla proroga.

L’art. 3-bis, comma 2, d.l. n. 306/1992 ha, poi, modificato l’ultima parte del comma 1° dell’art. 13 d.l. n. 152/1991, in tema di intercettazioni “ambientali”: quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti disposta in un «procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi indicati dall’art. 614 del codice penale, l’intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l’attività criminosa»; è stato, in tal modo, superato il limite stabilito per le intercettazioni ambientali nel domicilio dal 2° comma dell’art. 266 c.p.p., il quale circoscrive l’ammissibilità delle medesime intercettazioni alle sole situazioni di probabile flagranza dell’attività criminosa.

Infine, il citato d.l. n. 306/1992 ha introdotto il comma 3-bis dell’art. 295 c.p.p.: al fine di agevolare le “ricerche del latitante”, sono consentite anche le intercettazioni c.d. “ambientali”, quando la latitanza sia stata dichiarata in relazione ad uno dei delitti previsti dall’art. 51, comma 3 bis, c.p.p.; stante la clausola di salvezza («fermo quanto disposto nel comma 3 del presente articolo»), si può ragionevolmente affermare che le intercettazioni ambientali non precludono quelle telefoniche<sup>61</sup>.

La recente “novella”, recependo le innovazioni introdotte dalla giurisprudenza di legittimità (in questo caso, a Sezioni Unite, con la sentenza Scurato<sup>62</sup>), ha modificato il comma 2 dell’art. 266 c.p.p. ed introdotto il comma 2 bis: con la conseguenza che l’intercettazione “tra presenti” «può essere eseguita anche mediante l’inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile» (comma 2); inoltre, essa «è sempre consentita nei procedimenti per i delitti di cui all’articolo 51, commi 3 bis e 3 quater» (comma 2 bis), vale a dire, pure nel domicilio, anche a prescindere dall’attività criminosa in corso.

Sembra, pertanto, potere ragionevolmente prevedere un impiego ancora più diffuso del c.d. “virus trojan”, anche all’interno dei domicili, se è vero che è ormai consolidato l’indirizzo giurisprudenziale secondo cui l’intercettazione è legittima ed utilizzabile anche se, successivamente alla sua esecuzione, intervenga una derubricazione in diverso titolo di reato, che non avrebbe consentito la captazione.

A ciò si aggiunga che l’art. 6 del decreto legislativo in esame ha stabilito che: «Nei procedimenti per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione puniti con la reclusione non inferiore nel massimo a

---

<sup>60</sup> La normativa di cui all’art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152 è stata estesa anche ai reati di cui all’art. 270 ter c.p. ed ai delitti con finalità di terrorismo (art. 3, comma 1, d.l. n. 374/2001, convertito in l. n. 438/2001). La l. 11 agosto 2003, n. 228 («Misure contro la tratta di persone») ha, all’art. 9 («disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni») stabilito che, in relazione ai procedimenti per i «delitti contro la personalità individuale» (libro II, titolo XII, capo III, sezione I, codice penale), nonché per quelli previsti dall’art. 3 l. n. 75/1958, si applicano le disposizioni di cui all’art. 13 d.l. 13 maggio 1991 n. 152.

<sup>61</sup> L’art. 6 d.l. n. 374/2001, convertito in l. n. 438/2001, ha esteso l’applicabilità del comma 3-bis dell’art. 295 c.p.p. anche ai delitti con finalità di terrorismo internazionale.

<sup>62</sup> Cfr. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, secondo cui: «Le intercettazioni di conversazioni tra presenti mediante acquisizione del controllo occulto, con “captatore informatico”, di dispositivi elettronici portatili (quali smartphone, tablet, computer) in uso al soggetto intercettato, sono ammesse per i processi di criminalità organizzata per i quali, ai sensi dell’art. 13 d.l. n. 152 del 1991, le intercettazioni nei luoghi di privata dimora sono ammesse senza limiti».

*cinque anni, determinata a norma dell'articolo 4 del codice di procedura penale, si applicano le disposizioni di cui di cui all'articolo 13 del decreto legge 13 maggio 1991 n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203».*

Ciò vuol dire che, pure con riferimento ai suddetti delitti, sono consentite le intercettazioni in deroga ai presupposti ordinari: e cioè, quando esse appaiono «*necessarie*» (non «*indispensabili*»), in presenza di «*sufficienti*» (non «*gravi*») indizi di reato, «*per lo svolgimento delle indagini*» (e non per «la prosecuzione»); inoltre, è previsto pure un termine di durata di quaranta giorni (e non di quindici), con successive proroghe di giorni venti (e non di quindici).

Infine, in tali casi è consentita (sempre in deroga alle regole ordinarie) pure l'intercettazione nel domicilio, anche se non vi è fondato motivo di ritenere che si stia svolgendo l'attività criminosa; tuttavia, in quest'ultimo caso, non può essere utilizzato il c.d. «*virus trojan*», atteso che il comma 2 del richiamato art. 6 così recita: «*L'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'art. 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa*».

L'impiego del c.d. «*virus trojan*» ha comportato la modifica alla disciplina della «*utilizzazione*» dei risultati delle intercettazioni «*in altri procedimenti*»; all'art. 270 c.p.p. è stato aggiunto il comma 1 bis, il quale stabilisce che: «I risultati delle intercettazioni tra presenti operate con captatore informatico su dispositivo elettronico portatile non possono essere utilizzati per la prova di reati diversi da quelli per i quali è stato emesso il decreto di autorizzazione, salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza».

Ed infine, è rimasta sostanzialmente immutata la disciplina delle intercettazioni per la ricerca del latitante (art. 295, comma 3, c.p.p.), che è stata adeguata ai modificati riferimenti normativi.

Tutto ciò premesso, è indubitabile che la «*riforma*» in argomento non abbia introdotto nessun «limite» all'attività di intercettazione, che è stata addirittura incrementata con la disciplina del c.d. «*virus trojan*» (che la «*sentenza Scurato*» aveva introdotto con esclusivo riferimento ai reati di «*criminalità organizzata*» e che la recente «*novella*» ha esteso a tutti i reati suscettibili di intercettazione, ex art. 266 c.p.p.) e con l'estensione della normativa in materia di «*criminalità organizzata*» ai delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

Viceversa, il legislatore non è intervenuto in tema di «*valutazione*» delle «*chiamate in (cor)reità*» rese nell'ambito di conversazioni intercettate.

Com'è noto, nel silenzio della legge, secondo l'orientamento giurisprudenziale in materia di «*valutazione*» delle «*chiamate in (cor)reità*» rese nel corso delle intercettazioni, esse non devono essere «*corroborate*» da altri elementi di prova che ne confermino l'attendibilità (come avviene, invece, per le chiamate in reità o correità rese dinanzi all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria, con riferimento alle quali si applica il disposto di cui all'art. 192, commi 3 e 4, c.p.p.), né vengono dichiarate inutilizzabili qualora il soggetto, indicato quale fonte informativa nella conversazione intercettata, si avvalga poi della «*facoltà di non rispondere*».

Sarebbe stato, invece, auspicabile un intervento legislativo che prevedesse l'applicazione della norma contenuta al comma 3 del richiamato art. 192 c.p.p., quantomeno con riferimento alle intercettazioni aventi ad oggetto fatti addebitabili a «*terzi*»: vale a dire, alle conversazioni in cui gli interlocutori «*accusano*» soggetti «*non intercettati*».

In particolare, il legislatore avrebbe potuto «*recepire*» quell'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui: «*la conversazione non prova, in altri termini, il "fatto", ma soltanto l'esistenza di una dichiarazione sostanzialmente de relato su tale fatto*». Difatti, secondo questo indirizzo, «è considerazione comune e condivisa che, quando si verte in tema di fatti raccontati ad altri senza impegnare la propria

responsabilità, le verità del narrato può ragionevolmente essere affermata solamente se vi è tranquillante certezza che esso (il narrato) non sia frutto di fraintendimenti, convinzioni o supposizioni soggettive, millanterie o, all'opposto, intenti calunniatori; né a sua volta provenga da voci non controllabili. La conversazione con cui taluno allude al fatto di un terzo non può dunque che essere considerata alla stregua di un indizio<sup>63</sup>.

Ancora una volta, il legislatore ha sciupato l'occasione per riformare, in modo sostanziale, la disciplina delle "intercettazioni", che rappresenta uno strumento indispensabile nel contrasto ai fenomeni criminali che destano grave allarme sociale.

---

<sup>63</sup> cfr. Cass., Sez. I, 1 aprile 2010 n. 1006, Migliore, secondo cui: «vista sotto l'aspetto della capacità dimostrativa, che è poi l'unico che interessa, la conversazione equivale ad una prova indiretta».



## Il giudice ambizioso

Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati: una grave minaccia per l'indipendenza e imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri

Ho ripreso il titolo di uno scritto di Giuseppe Di Federico<sup>1</sup>, sia perché è il più autorevole studioso dei problemi della giustizia in Italia, sia perché rappresenta, con queste parole, un'altra delle ragioni per cui la decisione dei giudici può non essere serena, ed indirettamente influenzata dagli interessi economici e politici del governo, o di altri soggetti politici o economici.

Così scrive Di Federico: “La compatibilità di quegli incarichi con l'esigenza di difendere i valori di indipendenza e di credibilità del giudice come terzo fra le parti in giudizio, la stessa compatibilità di molti di quegli incarichi con un minimo di manutenzione dei confini tra i poteri dello Stato, non viene mai presa in considerazione, se non del tutto eccezionalmente. Certo, il Consiglio Superiore e la Magistratura associata, nei loro dibattiti, nelle loro risoluzioni, relazioni e pubblicazioni, esprimono in modo quasi assillante, un incondizionato attaccamento a quei valori, non stancandosi mai di ricordare, parola più parola meno, che l'autonomia e distinzione dell'Ordine Giudiziario da qualsiasi centro di potere, sociale, economico o istituzionale che sia, è assolutamente essenziale; che la netta separazione tra potere politico e funzione giudiziaria è condizione perché i diritti dei cittadini possano in concreto diventare effettivi; che la separazione dei poteri deve rimanere un punto fermo del nostro sistema attuale, una garanzia imprescindibile per il suo corretto funzionamento; che il rafforzamento delle condizioni di autonomia e di indipendenza dell'Ordine Giudiziario rispetto agli altri poteri dello Stato è una condizione essenziale a salvaguardia di un giudice libero da ogni condizionamento; e così via. Queste affermazioni, riferite ad un sistema politico a tradizione demo-costituzionale quale dovrebbe essere il nostro, sono tanto ovvie da sembrare banali, ed il fatto che il Consiglio Superiore e la Magistratura Associata si facciano rispettivamente paladini di quei valori, rivendicando a sé molto spesso il principale merito della loro difesa, non può che sembrare rassicurante. Tuttavia, né il Consiglio Superiore né la Magistratura Associata sembrano domandarsi come tali loro lodevoli orientamenti siano compatibili con molti degli incarichi extragiudiziari che i magistrati svolgono. All'osservatore esterno che si soffermi a considerare, anche superficialmente, la natura di molti degli incarichi extragiudiziari, può – a nostro giudizio – apparire al meglio poco comprensibile o al peggio addirittura incoerente fino al paradosso”<sup>2</sup>.

Riprendendo, analiticamente, il tema degli incarichi extragiudiziari, già accennato in altro scritto<sup>3</sup>, si possono distinguere varie situazioni, e cioè: gli incarichi che i magistrati assumono come membri del governo (come ministri o sottosegretari di Stato); quelli che svolgono presso il Ministero della Giustizia; quelli che esplicano presso altre amministrazioni.

---

<sup>1</sup> G. D. FEDERICO, *Gli incarichi extragiudiziali dei magistrati: una grave minaccia per l'indipendenza ed imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri*, saggio introduttivo a F. ZANNOTTI, *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari*, Padova, 1981.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 25.

<sup>3</sup> v. “*Il giudice politico*”, in questa rivista, 2017, n. 6, 701 ss.

Si sono già ricordati alcuni nomi di magistrati che sono stati, o sono, ministri o sottosegretari. I casi non sono numerosissimi, ovviamente, ma non per questo il fenomeno è poco significativo. Si tratta di esempi emblematici di una diffusa, quanto tollerata confusione di ruoli istituzionali, confusione ben difficilmente conciliabile con il principio della divisione dei poteri, con le garanzie sull'indipendenza dell'ordine giudiziario e con l'immagine di imparzialità del giudice che caratterizzano il modello di assetto demo-liberale cui si ispira la nostra Costituzione.

È indubbio che l'accesso agli incarichi governativi è un possibile mezzo per controllare, indirettamente, i comportamenti dei magistrati, per il tramite delle loro aspirazioni a incarichi prestigiosi, spesso tali da porli in posizione sovraordinata rispetto ai loro colleghi. Per altro verso, quanto più rilevanti per lo Stato italiano sono gli interessi economici e politici in gioco, tanto più quelle "aspirazioni" possono farsi sentire.

Presso il Ministero della giustizia prestano costantemente la loro opera circa 100 magistrati cui sono riservati tutti i posti direttivi ai vertici dei quattro dipartimenti, dell'Ufficio legislativo, dell'Ispettorato e dello stesso Gabinetto del ministro, organi che sono di cruciale rilievo operativo per la definizione delle politiche ministeriali. Con poche eccezioni anche tutte le altre funzioni direttive di alto e medio livello del Ministero sono anch'esse svolte dai magistrati.

È tutt'altro che un incarico tecnico o burocratico. I magistrati, infatti, controllano in via esclusiva l'uso di tutte le risorse organizzative che più direttamente concorrono a determinare l'azione del Ministro: informazioni, loro elaborazione ed uso, pareri, stesura di appunti, segnalazioni di problemi da risolvere ed iniziative da prendere, formulazione delle proposte del ministro nel corso dei lavori parlamentari, ecc.

Di più. I magistrati, presso il Ministero della giustizia, svolgono una forma di "controllo" sulle politiche del Ministro, dal quale non dipendono dovendo rispondere soltanto al CSM. Lo si capisce da un documento dell'ANM, inviato proprio al Ministro della giustizia, in cui è detto: "È opportuno che gli ampi poteri riconosciuti al Ministro dagli articoli 107 e 110 della Costituzione nei confronti del funzionamento della giustizia siano esercitati a mezzo di magistrati anziché di funzionari amministrativi. I primi, pur se posti fuori temporaneamente dall'ordine giudiziario, sono i soggetti istituzionalmente più in grado di conciliare l'autonomia e l'indipendenza di detto ordine con l'osservanza della linea politica ministeriale".

Si comprende bene, allora, perché questi incarichi siano molto ambiti dai magistrati, e come nella loro funzione di magistrati non siano insensibili alla aspettativa di ricoprirli. È altrettanto vero che il Ministro sceglierà tra i magistrati che si sono dimostrati più vicini alla linea politica dei partiti di maggioranza, e persino della sua fazione.

Ernesto Galli della Loggia, professore di Storia dei partiti e dei movimenti politici, una delle firme più prestigiose del *Corriere della Sera*, ha posto delle domande inquietanti in un editoriale del 20 maggio 2016: "E quale separazione può mai esserci quando all'interno del ministero di Grazia e Giustizia i massimi quadri direttivi sono ricoperti da magistrati scelti come è ovvio dai vari ministri, certamente per le loro capacità ma forse anche per la loro «vicinanza» politica? O forse dovremmo pensare che il capogabinetto di un ministro, ad esempio, o il responsabile di una Direzione generale strategica vengano nominati solo per il loro curriculum professionale?".

La risposta costituisce una esatta rappresentazione della realtà di oggi: "Attenzione: con quanto detto finora non voglio sostenere che curriculum e capacità professionali non contino nulla. Contano, ma nella grande maggioranza dei casi da soli non bastano. Ciò che fa la differenza, alla fine, per esempio nelle nomine deliberate dal Csm, è sempre l'orientamento politico (pur nell'ovvio e molto italiano gioco sotterraneo delle alleanze trasversali)".

Presso la Corte Costituzionale vi sono dai 25 ai 30 magistrati ordinari che svolgono a tempo pieno la rilevante funzione di "assistenti di studio" dei giudici costituzionali, effettuando le ricerche necessarie e, non di rado, formulando le proposte di soluzione.



La Corte Costituzionale esercita uno dei poteri di maggior rilievo nel nostro ordinamento, ed il farne parte è motivo di grande prestigio. Cinque componenti sono di nomina politica, per cui sceglieranno come assistenti i magistrati a loro più vicini. Cinque sono eletti dai magistrati, ma sostanzialmente dalle correnti che hanno una precisa connotazione politica. Per cui il fenomeno si ripete.

I magistrati sono presenti nei principali gangli decisionali dello Stato, così determinandosi una grave commistione tra magistratura e classe politica.

Nel corso degli ultimi quattro decenni, infatti, vi è stata in Italia un'espansione del fenomeno delle attività extragiudiziarie dei magistrati che va ben oltre quelle sin qui indicate. Parallelamente, vi è anche stata una progressiva erosione dei confini tra magistratura e classe politica che non ha paragoni nell'Europa continentale. Si tratta di due fenomeni, tra loro, funzionalmente connessi che generano molteplici conseguenze negative sia sull'efficace funzionamento della divisione dei poteri, sia sull'indipendenza e sull'immagine di indipendenza della nostra magistratura. Si tratta, infatti, di fenomeni le cui implicazioni sono più ampie e più complesse di quelle che qui si possono descrivere: basti ricordare, a riguardo, che secondo dati ufficiali e con tutta probabilità incompleti, circa il 10% dei magistrati attualmente in servizio (821 su 9118) è stato destinato dal CSM a svolgere, a tempo pieno, numerosissime attività non giudiziarie, presso altre istituzioni pubbliche, di regola su richiesta o con l'appoggio di personalità del mondo della politica. Non solo, le delibere del CSM di autorizzazione a svolgere attività extragiudiziarie a tempo parziale, sono di regola intorno alle 1500 l'anno.

Mi limito a fornire una sommaria indicazione delle attività extragiudiziarie che i magistrati hanno svolto nel corso degli anni e/o ancora svolgono nell'ambito dei poteri legislativo ed esecutivo, nonché di quelle degli altri magistrati che, per le attività extragiudiziarie svolte a tempo pieno, esercitano direttamente, o sono anch'essi in grado di esercitare, la loro influenza sulle decisioni che riguardano la giustizia, in ragione del ruolo che svolgono e/o per gli stretti rapporti di collaborazione con uomini politici di primo piano che hanno responsabilità istituzionali e/o di governo.

Tra i magistrati attualmente in servizio sono numerosi, almeno 38, quelli che sono stati chiamati a svolgere attività di consulenza presso Camera e Senato, in numerose Commissioni di entrambi i rami del Parlamento, e anche in Commissioni parlamentari di inchiesta<sup>4</sup>.

Vi sono poi una pluralità di incarichi a tempo pieno che, di regola, sono stati deliberati, nel corso degli anni, dal CSM su richiesta o con l'appoggio di uomini politici. Tra i magistrati ancora in servizio di cui sappiamo, numerosi sono quelli che sono stati destinati a prestare la loro opera presso la Presidenza della Repubblica, presso la Presidenza del Consiglio dei ministri<sup>5</sup> e presso numerose strutture ministeriali. Almeno 151 dei magistrati ora in servizio sono stati chiamati, in vari momenti, da uomini politici a svolgere attività dirigenziali o di consulenza in tutti i Ministeri ed anche in diversi Ministeri senza portafoglio. Numerosi magistrati hanno assunto ruoli di grande rilievo politico, come quelli di capo e vice capo di uffici legislativi di vari ministeri, ovvero sono stati componenti degli stessi, incarichi che li hanno posti in diretto e privilegiato rapporto con l'attività legislativa del Parlamento e dei suoi protagonisti<sup>6</sup>; o, ancora, quelli di capo e vice capo di gabinetto

<sup>4</sup> Commissioni come quelle sul Ciclo dei rifiuti, sugli Infortuni sul lavoro e morti bianche, sull'Occultamento dei criminali nazifascisti, su Terrorismo e stragi, su Antimafia e altre ancora. Commissioni di inchiesta come quelle su Telecom Serbia, sulla morte di Ilaria Alpi, sul dossier Mitrokin.

<sup>5</sup> I dati del Csm ne indicano complessivamente 22.

<sup>6</sup> Secondo i dati del Csm ci sono stati magistrati capi di ufficio legislativo nei ministeri della Pubblica istruzione, Poste e telecomunicazioni, Risorse agricole alimentari e foreste, Ambiente, Pari opportunità, Beni culturali, Politiche giovanili e attività sportive. Vi sono poi stati magistrati vice capo legislativo nei ministeri dell'Economia e finanze, Affari regionali, Ambiente, Gioventù, Pari opportunità,

di vari ministri<sup>7</sup>, e altri incarichi di diretta collaborazione con ministri e sottosegretari<sup>8</sup>. Almeno 20 magistrati sono anche stati nominati da vari Governi come componenti o esperti presso varie autorità indipendenti.

I legami di natura politica che sono all'origine di alcuni di questi incarichi sono evidenziati, in particolare, anche dall'analisi delle date delle nomine negli incarichi ministeriali, e dagli avvicendamenti che si verificano nelle varie posizioni. Tendono, infatti, a coincidere con l'alternanza delle diverse forze politiche al Governo, soprattutto, ma certamente non solo, posizioni come quelle che riguardano i capi di gabinetto, gli uffici legislativi e, ovviamente, gli incarichi di diretta collaborazione con ministri e sottosegretari.

Numerose sono poi le funzioni svolte dai magistrati sia a livello internazionale che degli enti locali, anch'esse derivanti da appoggi politici. Tra i magistrati in servizio ve ne sono ben 109 che hanno esercitato una pluralità di funzioni a tempo pieno, e per periodi più o meno lunghi, presso organismi internazionali: alcuni sono stati eletti al Parlamento europeo, come rappresentanti di vari partiti politici, e presso il Consiglio d'Europa, altri hanno svolto funzioni, giudiziarie e non, presso la Corte di giustizia europea, presso la Corte europea dei diritti dell'uomo e presso altre Corti internazionali, presso vari organismi dell'Unione Europea, presso organismi dell'ONU o anche istituzioni italiane che operano all'estero<sup>9</sup>. Anche questi incarichi di regola si ottengono con l'appoggio o la sponsorizzazione di uomini o partiti politici.

Sarebbe, comunque, troppo riduttivo considerare che la commistione che si è venuta creando tra magistratura e classe politica, in Italia, si possa rappresentare solo con riferimento ai molti casi in cui i magistrati hanno assunto direttamente un ruolo di rappresentanti dei partiti politici in assemblee elettive, oppure hanno ottenuto i loro incarichi presso istituzioni pubbliche con l'appoggio di uomini di partito. È infatti ovvio che solo una parte di tutti i magistrati che si rivolgono ai politici per ottenere incarichi ambiti (e spesso economicamente vantaggiosi) riescono poi ad ottenerli effettivamente, siano essi di livello nazionale, internazionale o locale, a tempo pieno o parziale.

Il fenomeno della commistione tra magistratura e classe politica che si è sviluppato in Italia, e quello del fluidificarsi delle occasioni di scambio tra di loro, è peraltro ben emblemizzato anche dagli incarichi di dirigenza di partiti politici assunti da magistrati: un magistrato è stato eletto segretario nazionale di un partito politico, un altro ha fondato un partito politico presentandosi come capolista alle elezioni per il Parlamento nazionale (dopo queste esperienze entrambi sono stati richiamati dal CSM ad esercitare le funzioni giudiziarie)<sup>10</sup>, un altro magistrato è stato eletto segretario regionale di un partito<sup>11</sup>. Altri due magistrati hanno fondato movimenti

---

Politiche giovanili ed attività sportive. Numerosi magistrati sono stati componenti degli uffici legislativi di vari ministeri ed in particolare di quello della Presidenza del Consiglio dei ministri.

<sup>7</sup> Sempre secondo i dati del Csm, vi sono stati magistrati capo e vice-capo di gabinetto dei ministri dello Sviluppo economico, Trasporti, Sanità, Ambiente, Pari opportunità, Politiche giovanili e attività sportive.

<sup>8</sup> Si tratta di una decina di magistrati che sono stati chiaramente destinati ad una diretta collaborazione con singoli ministri che li avevano richiesti, ma le dizioni che il Csm ha utilizzato per indicarne la destinazione non sono uniformi: "segreteria del ministro", oppure "ufficio del ministro" e altre ancora. Queste collaborazioni riguardano collaborazioni con ministri degli interni, degli affari regionali, dell'economia e finanze, della funzione pubblica, delle pari opportunità e altre ancora. Ve n'è una che destina un magistrato alla "Segreteria del sottosegretario alla Presidenza del consiglio".

<sup>9</sup> Ad esempio, un magistrato è stato destinato a prestare la sua opera presso l'Ambasciata italiana a Washington per un periodo di oltre 4 anni.

<sup>10</sup> Si tratta dei magistrati Enrico Ferri e Antonio Ingroia. Il primo venne eletto segretario nazionale del Partito Social Democratico ed è stato parlamentare italiano ed europeo; è stato poi richiamato in ruolo dal Csm e destinato alla Procura Generale presso la Corte di cassazione. Il secondo ha fondato un movimento politico (Rivoluzione civile) col quale si è candidato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri nelle elezioni politiche del 2013. Non è stato eletto, e subito dopo il Csm lo ha destinato alla Procura della Repubblica di Aosta. Non gradendo quella sede Antonio Ingroia si è poi dimesso dalla magistratura.

<sup>11</sup> Si tratta di Michele Emiliano, già sindaco di Bari e Presidente della Regione Puglia dal 2015, che è stato anche nominato segretario regionale del Partito Democratico pugliese.

politici dopo essersi dimessi dalla magistratura ed hanno ottenuto – anche per la fama acquisita come pubblici ministeri – notevoli successi elettorali a livello locale, nazionale ed europeo<sup>12</sup>.

La enunciazione degli incarichi giudiziari<sup>13</sup>, pure incompleta, ora fatta, è, tuttavia, più che sufficiente a far sorgere, non in astratto, ma in maniera circostanziata e stringente, molti interrogativi di rilievo. Perché una sì grande diffusione e varietà di tali incarichi? Quali sono le ragioni dell'incremento del fenomeno? E, soprattutto, in che modo e in che misura esso incide sulla indipendenza e sulla imparzialità dei magistrati?

Se si tiene conto della rilevanza politica, economica e sociale di molti degli incarichi extragiudiziari sin qui indicati, è del tutto evidente la stridente contraddizione tra quella realtà ed i valori continuamente riaffermati, in tutte le sedi, della “autonomia e distinzione dell'ordine giudiziario dai centri di potere sociale, economico ed istituzionale”, della “netta separazione tra potere politico e funzione giudiziaria”, della necessità di garantire un giudice “libero da ogni condizionamento”. Si tratta, si badi bene, di una contraddizione di non poco rilievo, essendo l'accurato rispetto di quei valori generalmente ritenuto condizione essenziale per assicurare ai cittadini un giudice che sia indipendente ed imparziale, un giudice che possa credibilmente svolgere il suo ruolo di “terzo” tra le parti in giudizio. Tale contraddizione è ulteriormente sottolineata dall'ampiezza che viene ad assumere il fenomeno degli incarichi extragiudiziari, cioè dal fatto che un numero considerevole e crescente di magistrati ricercano ed ottengono *ad personam* gratificazioni che sono controllate e concesse da organismi, gruppi o persone estranei alla magistratura stessa (con buona pace del giudice *sine spe ac metu*).

Concludendo è utile aggiungere qualche ulteriore osservazione sulle connessioni che, per il tramite degli incarichi extragiudiziari, possono instaurarsi tra magistrati, da un canto, e centri di potere economico, sociale, istituzionale e partitico, dall'altro. Ciò permette tra l'altro, di considerare la parte sommersa di tali connessioni e di indicare come tale parte sommersa, non meno di quella emergente, possa aprire la strada a forme di lottizzazione politica della magistratura italiana.

Proprio i magistrati indicano i loro colleghi, spesso, come vicini a questo o a quel partito, e che lavorano nelle commissioni di questo o quel partito. Quanti sono, oltre quelli che ottengono i risultati voluti, i magistrati che si adoperano per ottenere gratificazioni il cui conseguimento dipende da organismi di parte, esterni alla magistratura? Come può il cittadino sapere se il giudice che deciderà sul suo caso, e quindi, spesso, della sua vita, è sollecitato, o meno, dalle aspettative che il Governo, o un partito, o uomini politici influenti, o l'opinione pubblica, da cui un giorno potrà dipendere la sua elezione, hanno nei confronti della sua sentenza?

<sup>12</sup> Si tratta di due ex magistrati, divenuti molto noti per le loro iniziative giudiziarie: Antonio Di Pietro e Luigi De Magistris. Il primo ha fondato un partito, Italia dei Valori, ed è stato parlamentare italiano ed europeo. Il secondo, dopo essere stato eletto parlamentare europeo si è dimesso ed è stato eletto sindaco di Napoli; ha fondato una formazione politica denominata “Movimento Arancione”.

<sup>13</sup> Sono totalmente debitore, per i dati sopra riferiti, alla ricerca di G. D. FEDERICO – M. SAPIGNOLI, *I diritti della difesa nel processo penale e la riforma della giustizia*, Padova, 2014, 164 e ss, che rappresenta, ancora oggi, una miniera di informazioni e di osservazioni del tutto condivisibili.

