

PAROLA alla DIFESA

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



www.parolaalladifesa.it

1
DUEMILADICIASSETTE
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, V. Maiello, V. Manes, A. Marandola, N. Mazzacuva,
G. Pecorella, D. Siracusano, L. Stortoni

**Pacini
Giuridica**

Indice

Editoriale

ORESTE DOMINIONI, *La cultura di minoranza dell'UCPI come propellente delle riformep.* 3

Opinioni

GIOVANNI FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali. Schema di relazione introduttiva..... »* 7

GAETANO INSOLERA, *Legge e potere. Pensando a Massimo Nobili..... »* 17

Dal Parlamento / Al Parlamento

ELISA SOTTOSANTI, *Il nuovo reato di caporalato dopo la legge n. 199/2016..... »* 23

Dalle Corti

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 6 ottobre 2016, C-218/15, con nota di GHERARDO PECCHIONI, *Corte di Giustizia EU e modifiche "mediate" alla legge penale: (ir) retroattività della lex mitior?..... »* 33

Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2016, n. 46170, con nota di COSTANZA FENYES, *Il delitto di inquinamento ambientale ex art. 452-bis c.p.: le prime interpretazioni dei termini elastici..... »* 47

Cass. pen., sez. V, 10 febbraio 2016, n. 26811, con nota di DANIELE LIVRERI, *La Corte di Cassazione esclude nuovamente la censurabilità in sede di legittimità della provvisoria..... »* 57

Cass. pen., sez. II, 14 luglio 2016, n. 33074, con nota di EDOARDO MAZZANTINI, *I confini del delitto di autoriciclaggio..... »* 63

Cass. pen., sez. II, 11 maggio 2016, n. 28795, con nota di MARTINA GALLI, *Crisi economica e aggravante della minorata difesa nella truffa: Costanti, tendenze, tensioni.. »* 73

Focus / Dibattiti

"Focus" sulla Corte di Cassazione

A CURA DI FABRIZIO MERLUZZI

Osservazioni sparse sul Giudizio di legittimità ed il funzionamento della Suprema

Corte di cassazione, di FABRIZIO MERLUZZI – Nomofilachia: tra (im)prevedibilità e prece-

dente, di GIUSEPPE BELCASTRO – Il processo di legittimità a seguito di giudizio di rinvio.

I poteri della Corte di Cassazione e l'auspicabile intervento definitivo in questa mate-

<i>ria</i> , DI GIUSEPPE CINCIONI – <i>Osservazioni critiche sulla redazione in forma semplificata delle sentenze nel processo penale</i> , DI GIULIA BONGIORNO – <i>Decisione di legittimità ed errore di fatto: Quid juris in materia di prevenzione?</i> , DI SANDRO FURFARO	»	85
Stanza di Gaetano	»	115
di GAETANO PECORELLA		

La cultura di minoranza dell'UCPI come propellente delle riforme

Editoriale

ORESTE DOMINIONI

Un periodo ormai davvero troppo lungo di stagnazione della politica della giustizia deve pur avere una qualche ragione profonda.

Non si dica che la crisi prima finanziaria e poi economica scatenatasi nel 2006 abbia imposto priorità che hanno relegato in seconda (o terza o quarta) linea le necessità di riforma della giustizia. Qualcosa del genere, a un certo punto, è aleggiato anche nell'UCPI, ma si è trattato di un tentennamento momentaneo, poi per buona sorte superato, e si deve proprio confidare che tale resti grazie a una ripresa forte dell'azione delle Camere penali.

Del resto, a sconfessare una simile interpretazione di comodo bastano due considerazioni: quella stagnazione è ben più risalente rispetto al 2008; non sono mancati tentativi di varare nuove leggi, però, di segno contrario a una innovazione progressista della giustizia penale.

La reale spiegazione del fenomeno va ricercata in un ordine del tutto differente di situazioni.

Negli anni la magistratura, tramite le proprie strutture associativo-sindacali, facenti capo all'ANM, si è consolidata su concezioni della giustizia penale non compatibili con un'idea di processo penale di parti, cioè dialettico nella formazione della conoscenza giudiziaria nel quale garanzie dell'imputato e epistemologia del contraddittorio si saldano in una comune convergenza. Quelle concezioni trovano invece il loro terreno elettivo in un processo di stampo autoritativo: il valore dell'efficienza processuale è inteso e perseguito su una linea di recupero di metodi di amministrazione della giustizia erosiva della cultura e degli istituti peculiari del codice del 1988.

Si tratta di concezioni affermatesi come cultura politica dominante, attraverso il CSM gestito come organo di autogoverno e l'assunzione di competenze non riconducibili alla sua fisionomia funzionale definita dall'art. 105 cost., l'ampio fenomeno dei magistrati

“fuori ruolo”, particolarmente sensibile nel ministero della giustizia, la diffusa presenza di magistrati nel parlamento e, di qui, nei partiti.

La conseguenza è che la politica della giustizia è essenzialmente oggetto di elaborazione e di esercizio da parte di magistrati, la quale riesce ad accamparsi come politica di governo della società a causa, anche, di un generale panorama di strutture partitiche sempre più deboli.

Il potere costituito è di per sé a vocazione conservativa (e, in particolari contesti, reazionaria). E quando il potere politico istituzionale (governo, parlamento, partiti) si salda con la magistratura ricevuta come anch'essa potere, per una dinamica pressoché ineludibile la politica della giustizia si conforma alla cultura e all'ideologia di quest'ultima.

Basti un esempio, peraltro di primario rilievo sul sistema. La magistratura è assecondata dalle istituzioni politiche nel persistere a leggere l'obbligatorietà dell'azione penale stabilita dall'art. 112 cost. come principio coincidente a quello che era proprio del codice Rocco, ignorandone la penetrante diversità.

Il codice Rocco aveva concepito questo principio come assoluto, conseguente all'idea che la legge penale, massima esplicazione della potestà sovrana dello Stato sull'individuo, presidiasse valori irrinunciabili perché preminenti su ogni valore sociale e individuale in funzione della difesa dell'assetto statale. Il potere di azione penale costituiva l'inesorabile «cinghia di trasmissione» nella società di tutto il potenziale punitivo enucleato nella legge penale. Nessun diaframma poteva concedersi fra questa e la sua applicazione tramite l'azione penale.

La Costituzione ha delineato un assetto della persecuzione penale del tutto differente, secondo principi che sono così ricostruibili. In primo luogo l'interesse alla persecuzione penale è tutelato non come valore di per sé preminente in termini assoluti su ogni altro, essendo affermato dall'art. 112 cost. in un quadro sistematico plurale di valori (presidiati nelle disposizioni della Parte I della Costituzione) e relativizzato in tale contesto di tutele. Inoltre, quale corollario politico-normativo, l'«obbligatorietà» è stabilita non più come automaticità necessaria tra notizia di reato e azione penale, ma come regola della legalità, la quale richiede che l'esercizio del potere di azione penale sia disciplinato dalla legge ordinaria in termini di dovere prevedendone i presupposti e le modalità, così da non poter essere rimesso a criteri che siano concepiti dal pubblico ministero in modo dichiarato o surrettizio. Ciò è dato ricavare dagli stessi lavori preparatori della Costituzione. Le discussioni della Costituente sul tema presero avvio da un articolo proposto dal progetto Calamandrei con questo tenore: «Pubblicità e legalità dell'azione penale.- L'azione penale è pubblica, e il Pubblico Ministero ha l'obbligo di esercitarla in conformità della legge, senza poterne sospendere e ritardare l'esercizio per ragioni di convenienza» (art. 8). Il pubblico ministero, osservò Piero Calamandrei, «nella sua funzione preminente di accusa nel processo penale è tenuto ad osservare il principio di legalità». Si tratta infatti di farsi carico di prassi di esercizio della funzione di persecuzione penale su due versanti, l'arbitrio nei confronti della singola persona e la disegualianza fra le persone sia quanto a iniziativa che a inerzia.

Non si tratta, d'altronde, di un inedito. Sono ricorrenti nella storia istituzionale situazioni del genere. Dalle quali non ci si può attendere un orientamento riformistico.

Proprio in ciò si colloca la ragion d'essere dell'UCPI quale soggetto politico portatore di istanze di rinnovamento della giustizia nei termini e nei contenuti propri della tutela delle libertà dei singoli da pressioni prevaricanti dell'autorità.

Il progetto politico dell'UCPI esprime una cultura di minoranza, e questo non perché incarni una vocazione rinunciataria o elitaria, ma perché si contrappone alla cultura maggioritaria del potere.

Né è consegnata a un destino di sterile deriva. Le poche, forse le sole riforme della giustizia penale sono state promosse e realizzate grazie a una cultura di minoranza.

Così è stato per il codice del 1988, che ha archiviato il codice Rocco e, pur con le manipolazioni subite ad opera della giurisprudenza costituzionale dei primi anni Novanta del secolo scorso e ad opera, questa ancora incessante, di una legislazione incauta quanto retrograda, ha innestato nell'ordinamento un processo penale di indubbio progresso rispetto a tutta la storia italiana: realizzando quell'«apostasia italiana» dalle tradizioni europeo-continentali di cui ha parlato con vivo interesse Mariam Damaska.

E così è stato per il giusto processo con il nuovo art. 111 cost., nella cui approvazione l'UCPI ha giocato un ruolo determinante, anche se poi le contropunte di non sopite ostilità ne hanno prodotto interpretazioni riduttive.

Per non dire dell'argine frapposto a dilaganti logiche securitarie e del varo delle specializzazioni forensi.

Essendo portatrice di una cultura di minoranza con cui intende promuovere riforme, l'UCPI pratica un'azione politica non di schieramento, ma trasversale. Anche qui nessun equivoco: ciò non ha nulla a che vedere con il trasformismo che tanto inquina la vita culturale e politica italiana. Non facendo parte di alcun blocco di potere (per richiamare, anche se ha fatto il suo tempo, una categoria propria della sociologia politologica della seconda metà del Novecento), l'UCPI ricerca e promuove convergenze con quanti, di volta in volta e per ogni singolo problema, si trovino uniti nel costruire e realizzare iniziative riformatrici della giustizia.

Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali. Schema di relazione introduttiva

Opinioni

GIOVANNI FIANDACA

1. Affrontare il tema della relazione introduttiva in uno spazio di tempo ragionevole non è facile. Ciò per ragioni intuibili. Tra queste, una ragione non ultima consiste nel fatto che la materia delle misure di prevenzione è ben lungi dal rappresentare un “sistema” coerente e rigoroso. La sua “famigerata” origine storica – risalente, com’è noto, al secondo Ottocento – di misure di polizia basate su pene del sospetto ha suscitato tradizionalmente nella dottrina penalistica un atteggiamento di profonda diffidenza, se non di aperta avversione, che ha distolto per molti anni gli studiosi più qualificati dal farne materia di rigorosa indagine scientifica. La mancanza di un retroterra di approfondita elaborazione scientifico-culturale ha contribuito a far sì che l’evoluzione normativa in materia sia stata quasi sempre frutto di interventi legislativi “emergenziali” concepiti in una prospettiva pragmatico-efficientistica di lotta alle varie forme di criminalità che si sono succedute nello scenario italiano nel corso dei decenni, con conseguenti gravi squilibri sul fronte del garantismo individuale.

È pur vero tuttavia che, nel corso degli ultimi lustri e in particolare a partire dalle riforme normative che hanno affiancato ai vecchi arnesi delle misure personali le misure preventive a carattere patrimoniale, il settore della prevenzione ha vissuto una fase di indubbia modernizzazione, ancorché pur sempre non esente da svariati elementi di criticità. Ma proprio questa svolta in senso modernizzante ha avuto l’effetto, anche agli occhi di una parte della dottrina penalistica ancorché non maggioritaria, di conferire all’universo della prevenzione una nuova legittimazione sostanziale come possibile strumento privilegiato

– alternativo rispetto al diritto penale in senso stretto - di contrasto dell'accumulazione illecita specialmente nei settori della criminalità organizzata di stampo mafioso, della criminalità economica e della criminalità politico-amministrativa.

Ci troveremmo, pertanto, in presenza di una sorta di imprevedibile paradosso: il famigerato ferro vecchio della prevenzione, retaggio ottocentesco di un doppio circuito della legalità (uno di serie A per i galantuomini e uno di serie B per oziosi e vagabondi e poveri cristi assimilabili, mafiosi e camorristi etc.) teoricamente privo di cittadinanza in un moderno stato costituzionale, vivrebbe una insperata trasfigurazione atta a renderlo un dispositivo giuridico di avanguardia nel fronteggiare forme di criminalità sistemica oggi particolarmente insidiose e allarmanti. Nel lungo passaggio dalla pre-modernità alla post-modernità assisteremmo, dunque, ad una miracolosa riconversione di obsoleti attrezzi che si pensava destinati alla soffitta in evoluti congegni normativo-giudiziari all'altezza della sfida dei tempi.

Ma è proprio così?

Verosimilmente, non mancano – come vedremo – ragioni per prendere seriamente in considerazione il possibile processo in corso di mutazione genetica subito dal sistema della prevenzione nel corso di questi ultimi anni.

2. Nel rivisitare oggi esigenze politico-criminali e principi fondamentali del cosiddetto sistema della prevenzione (che, come già detto, vero e proprio sistema non è) non è forse inutile rammentare che la prevenzione *ante o praeter delictum* nel nostro ordinamento è priva di copertura costituzionale espressa. Non è questa la sede per entrare dettagliatamente nel merito dei diversi orientamenti sorti in dottrina sia per negare la legittimità costituzionale di una prevenzione realizzabile con strumenti che non siano quelli della giustizia penale in senso stretto, sia invece per conferirle una patente di implicita legittimità pur in assenza di basi costituzionali espresse.

In estrema sintesi, l'orientamento favorevole all'ammissibilità costituzionale del potere di prevenzione – al di là del possibile riferimento a questa o quella disposizione costituzionale (ad es. art. 13 o 16 o 25, co. 3 Cost.) ha fatto leva su un argomento sostanzialistico in apparenza incontrovertibile: apparterebbe all'essenza logica dello Stato, alla sua giustificazione razionale, prevenire la commissione dei reati e salvaguardare i beni dei cittadini e la sicurezza pubblica, garantendoli prima che siano offesi con strumenti giuridici ulteriori rispetto alla repressione penale *post-factum* (cfr. in particolare NUVOLONE). A ben vedere, ancorché questo modo di argomentare sfoci in una *petitio principii*, esso ha dalla sua un fondamento realistico, non disgiunto dalla preoccupazione di operare il salvataggio delle misure preventive quali strumenti integrativi di lotta alla criminalità.

Un atteggiamento sostanzialmente non dissimile si rinviene a partire dalle prime prese di posizione della Corte costituzionale, che ha ravvisato il fondamento della prevenzione *ante o praeter delictum* nel principio per cui l'«ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali dev'essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive di fatti illeciti, anche da un sistema di misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi in avvenire» (Corte cost., sent. n. 27/1959).

Non è qui il caso di ripercorrere gli interventi censori della Corte costituzionale sul testo unico del 1931 nelle parti in cui emergevano violazioni della riserva di giurisdizione e che hanno portato alla nuova disciplina della materia sfociata in un primo tempo nella legge n. 1423 del 1957.

Assumendo piuttosto come punto di riferimento una sentenza costituzionale davvero significativa per avere segnato la soglia di maggiore maturazione del pensiero della Consulta con specifico riguardo alla prevenzione personale, non può non essere qui citata l'importante pronuncia n. 177 del 1980 che – com'è noto – ha dichiarato l'illegittimità della vecchia categoria soggettiva dei proclivi a delinquere (prevista dall'art. 1 della legge n. 1423/1957). In sintesi, tale sentenza ha affermato i seguenti importanti principi: a) «La legittimità costituzionale delle misure di prevenzione – in quanto limitative, a diversi gradi di intensità, della libertà personale – è necessariamente subordinata all'osservanza del principio di legalità e all'esistenza della garanzia giurisdizionale. Si tratta di due requisiti essenziali ed intimamente connessi, perché la mancanza dell'uno vanifica l'altro, rendendolo meramente illusorio»; b) «Il principio di legalità in materia di prevenzione [...], lo si ancori all'art. 13 ovvero all'art. 25, 3° comma Cost., implica che l'applicazione della misura, ancorché legata, nella maggioranza dei casi, ad un giudizio prognostico, trovi il presupposto necessario in “fattispecie di pericolosità”, previste – descritte – dalla legge»; c) «L'intervento del giudice (e la presenza della difesa, la cui necessità è stata affermata senza riserve) nel procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione non avrebbe significato sostanziale [...] se non fosse preordinato a garantire nel contraddittorio tra le parti, l'accertamento di fattispecie legali predeterminate».

Ma la reciproca implicazione tra principio di legalità e garanzia giurisdizionale esige altresì, come essenziale corollario, il rifiuto del semplice “sospetto” quale presupposto sufficiente per l'applicazione di una misura preventiva. Come si legge già nella sentenza costituzionale n. 23 del 1964, si richiede piuttosto una «oggettiva valutazione dei fatti» da cui risulti la pericolosità della persona, in modo da «escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili di chi promuove o applica le misure di prevenzione».

In effetti, queste indicazioni di principio della Corte costituzionale, unitamente alle critiche manifestate nel corso degli anni dalla dottrina più sensibile, hanno successivamente indotto il legislatore del 1988 a rivedere le originarie tipologie di soggetti pericolosi allo scopo appunto di tentare di rendere più tassativa la tipizzazione legale delle fattispecie di pericolosità *ante delictum*.

3. Ulteriori ritocchi e integrazioni si sono succeduti nel corso del tempo sino, per procedere con rapidissima sintesi, alle nove categorie di soggetti previsti in atto dall'art. 4 del c.d. Codice antimafia (d.lgs. 159 del 2011) quali destinatari di misure personali applicabili dall'autorità giudiziaria. Dal punto di vista del modello teorico di riferimento, si tratta perlopiù di fattispecie indiziarie di sospetto reato, aventi – e qui sta l'aspetto ancora una volta discutibile – la funzione di surrogato, in termini di controllo giuridico, di fattispecie criminose vere e proprie. Essendo empiricamente più che giustificato il dubbio che le relative fattispecie normative possano oggi assolvere una seria funzione di prevenzione generale

e speciale, finiscono a maggior ragione col riproporsi le risalenti riserve di costituzionalità rispetto a misure preventive incidenti sulla libertà personale.

Specie con riferimento a soggetti di pericolosità sociale c.d. qualificata, la parte più competente della magistratura mette in evidenza come una misura quale la sorveglianza speciale, anche se accompagnata dall'obbligo di soggiorno nel comune di residenza, non sia in grado nel momento storico attuale di svolgere alcuna seria funzione special-preventiva. Tanto più che il legislatore neppure di recente è riuscito ad aggiornare le "prescrizioni" di condotta che il sorvegliato speciale dovrebbe rispettare: nell'era delle comunicazioni telematiche, il perdurare di vecchi precetti come «vivere onestamente, rispettare le leggi, non allontanarsi alla dimora senza darne avviso all'autorità di pubblica sicurezza» hanno uno stantio sapore ottocentesco!

Se così è, la funzione politico-criminale più rilevante delle attuali fattispecie di pericolosità soggettiva può, semmai, consistere nel costituire normale presupposto normativo per l'applicabilità delle misure di prevenzione patrimoniali. Ma qui tocchiamo un punto assai importante e, al tempo stesso, problematico: si tratta cioè di quella indiscriminata estensione applicativa delle misure patrimoniali a tutti i soggetti socialmente pericolosi, cioè anche a quelli portatori di pericolosità comune o generica e non soltanto qualificata, stabilita oggi dall'articolo 16 del Codice antimafia e anticipata dai cosiddetti "pacchetti sicurezza" del 2008 e del 2009.

L'originaria applicabilità del sequestro e della confisca allargata ai soli soggetti indiziati di appartenere alla criminalità organizzata aveva certamente una giustificazione innanzitutto di ordine criminologico, apparendo razionalmente ed empiricamente fondata la presunzione *iuris tantum* che i beni e le ricchezze possedute da un criminale organizzato fossero frutto di pregressa attività illecita o del reimpiego dei proventi di tale attività. Ma così certamente non è, e perciò appare irragionevole da un punto di vista politico-criminale e verosimilmente sindacabile anche costituzionalmente, che un'analogha presunzione possa valere rispetto a manifestazioni di criminalità o devianza comuni a carattere del tutto individuale, come ad esempio nel caso estremo di una persona gravata da numerosi precedenti penali per delitti di furto o di furto tentato di modesta entità.

Verosimilmente, nel procedere ad una siffatta estensione applicativa, il legislatore del 2008 aveva in mente soprattutto forme di criminalità del profitto sfocianti nella ripetuta commissione di illeciti in materia economica o di reati contro la pubblica amministrazione, come nel caso emblematico della corruzione. Ma, se ciò è vero, il legislatore avrebbe fatto meglio a delimitare in modo criminologicamente meno controvertibile l'estensione applicativa delle misure patrimoniali, onde evitare anche il rischio di possibili eccezioni di costituzionalità basate sulla irragionevole parificazione di situazioni che andrebbero tenute ben distinte.

Sta di fatto che in alcune sedi giudiziarie italiane sono già stati attivati procedimenti di prevenzione volti ad applicare misure patrimoniali a soggetti latamente rientranti nella categoria dei colletti bianchi, autori di reati come la corruzione (ad esempio a Roma nel caso Balduzzi e Anemone), la bancarotta o l'evasione fiscale.

Certo, questa prospettiva di progressiva estensione della prevenzione patrimoniale nei confronti di autori che trascendono il tradizionale settore degli appartenenti al crimine or-

ganizzato sollecita riflessioni e verifiche in termini rispettivi di complessiva razionalità del sistema, di equilibrio tra costi e benefici nell'utilizzo degli strumenti di intervento e – non ultimo – di garanzie individuali. È altresì auspicabile che sia lo stesso legislatore futuro a tornare sui suoi passi per rimeditare l'opportunità di una così affrettata e poco giustificata estensione della prevenzione patrimoniale a tutti i soggetti dediti ad attività delittuose produttive di proventi, senza distinguere ragionevolmente il tipo e l'entità dei proventi che da tale attività possono derivare.

4. Prescindendo dalle gravi incongruenze ora segnalate, vediamo invece quale possa oggi essere la funzione politico-criminale della prevenzione patrimoniale, considerata soprattutto in rapporto all'esigenza di prevenire forme di illecito produttive di vantaggi economici di consistente rilevanza.

Non c'è bisogno di esplicitare che la prospettiva della prevenzione patrimoniale è quella caratterizzata – almeno potenzialmente – da una maggiore modernità ed efficacia; ma non solo, apparendo essa anche meglio giustificabile sul versante della stessa legittimazione costituzionale, non fosse altro per la ragione che i beni patrimoniali vantano – sullo stesso terreno costituzionalistico – un livello di garanzie comparativamente inferiore rispetto al bene primario della libertà personale.

Va detto subito che sotto entrambi gli aspetti dell'efficacia e della legittimità assume un rilievo tutt'altro che secondario l'ormai vigente principio (o regola) dell'applicabilità autonoma e disgiunta delle misure patrimoniali rispetto a quelle personali (cfr. l'attuale art. 18 del Codice antimafia). Com'è noto, non tutta la dottrina penalistica condivide l'avvenuto sganciamento del sequestro e della confisca dalla pericolosità sociale soggettiva, o almeno dalla prova della sua persistente attualità.

Personalmente, rientro invece nel novero di coloro i quali già da tempo mostrano un atteggiamento di favore nei confronti di questa prospettiva di autonomizzazione e questo punto di vista ho già avuto occasione di manifestare allorché ho presieduto negli anni 1998-2001 una prima Commissione ministeriale di riforma della legislazione antimafia. Questo atteggiamento di condivisione non mi impedisce, peraltro, di esprimere forti riserve sul modo affrettato e poco chiaro col quale il legislatore (a cominciare dal 2008) ha normativamente disciplinato i presupposti dell'applicabilità disgiunta delle misure patrimoniali: in proposito si potrebbe fare certamente di meglio, e questo compito dovremmo come giuristi proporcelo in futuro, sempre che si condivida l'esigenza di affinare progressivamente il sistema della prevenzione patrimoniale.

Comunque sia, qual è oggi la funzione politico-criminale delle misure patrimoniali e in particolare di una misura come la confisca di prevenzione? Per parte mia, ne ho sempre difeso una finalità – appunto – preventiva. Ciò prendendo le mosse dal dato criminologico, per cui la disponibilità di ingenti capitali da parte dei criminali organizzati – o comunque da parte di autori di reati produttivi di ingenti profitti economici – costituisce un grave pericolo sotto un duplice punto di vista: da un lato, le ricchezze accumulate sono suscettibili di essere utilizzate per alimentare ulteriori attività illecite; dall'altro, sono suscettibili di essere reinvestite in attività economiche anche formalmente legittime, con conseguente

alterazione della logica di mercato e delle regole della concorrenza. Da qui una sorta di pericolosità *in sé* o reale del patrimonio nella disponibilità dei criminali, bisognosa e meritevole di essere neutralizzata in sé stessa.

È ben noto che quest'idea della pericolosità reale del patrimonio è vivacemente avvertita da una parte della dottrina penalistica (forse a tutt'oggi maggioritaria), la quale obietta che la pericolosità del patrimonio è sempre da rapportare alla pericolosità individuale di chi la gestisce. Ma questo tipo di obiezione può essere, in realtà, frutto di un risalente pregiudizio.

Certo, oggi una riflessione sulle funzioni di politica criminale della confisca di prevenzione non dovrebbe andare disgiunta da una riflessione di ampio spettro sulle funzioni assegnabili alle diverse tipologie di confisca in atto compresenti nell'ordinamento italiano (a cominciare dalla simile figura di confisca allargata di cui al noto art. 12 *sexies* del d.l. 306/1992, applicabile però nell'ambito del processo penale, ma di ricorrenza statistica assai inferiore rispetto alla confisca preventiva verosimilmente perché il normale processo penale non è a tutt'oggi la sede più adatta ai fini dell'ablazione dei patrimoni di origine illecita).

Nel procedere a questa riflessione più ampia dovremmo, però, tener presenti alcuni punti difficilmente contestabili e che provo a riassumere.

L'istituto della confisca, proprio in considerazione della sua essenza o struttura di provvedimento ablativo di risorse patrimoniali, continua ad apparire, e non potrebbe del resto essere diversamente, un istituto intrinsecamente proteiforme e polifunzionale: nel senso che esso, a prescindere dalla sua qualificazione formale sul piano legislativo o dogmatico, si presta di fatto a svolgere nello stesso tempo funzioni sia general-preventive, sia special-preventive, sia punitive o sanzionatorie, sia riparatorio-restitutorie e/o compensatorie. Per questa sua intrinseca polifunzionalità empirica – un istituto ibrido o meticciano, irriducibile a prestazioni univoche –, la confisca è al tempo stesso suscettibile di essere declinata secondo logiche ora penalistiche, ora amministrativistiche, ora civilistiche.

Tutto ciò spiega come mai, dal punto di vista dell'individuazione della cosiddetta natura giuridica, le diverse confische compresenti oggi nell'ordinamento siano simili ad entità senza patria, o potenzialmente trasversali alle patrie o province ordinamentali. Non a caso, appare tutt'altro che malizioso e infondato il sospetto che molto spesso l'interprete dottrinale e la stessa giurisprudenza, nell'attribuire natura penale o amministrativa o di altro genere ad una determinata figura di confisca, proceda in modo pregiudizialmente strumentale, si faccia cioè guidare, più che da un disinteressato esame della disciplina normativa di turno dal perseguimento di uno specifico obiettivo politico-criminale preventivamente preso di mira. Così, ad esempio, l'attribuzione di una natura penalistica ad una determinata figura di confisca può servire al preconcepito o scopo di sottoporre la disciplina alle più rigorose garanzie previste per la materia penale (ad esempio: applicazione irretroattiva anziché retroattiva), oppure può servire a favorire la collaborazione fra autorità giudiziarie italiane e straniere. Al contrario, la qualificazione in termini extrapenalistici può risultare funzionale all'obiettivo preconcepito di estendere l'ambito di operatività della misura, disattendendo le tipiche garanzie penalistiche.

D'altra parte, è anche vero che gli indici normativi relativi a ogni tipo di confisca – e concernenti i presupposti applicativi, l'oggetto, i destinatari, etc. – non risultano di per sé quasi mai così univoci da consentire soluzioni certe in uno dei sensi possibili.

Anche alla stregua di queste più generali considerazioni, si spiega come pure rispetto alla confisca di prevenzione siano state prospettate, in dottrina e giurisprudenza, tesi diverse quanto alla sua possibile natura giuridica.

In ambito dottrinale, gli autori di più forte vocazione garantistica hanno senz'altro mostrato di privilegiarne una ricostruzione in chiave di sanzione punitiva. E ciò in vista del non dissimulato obiettivo di munire la confisca antimafia del corredo dei tradizionali presidi garantistici assicurati dalla materia penale (a cominciare dalla irretroattività della sua applicazione). Un simile orientamento ha di recente trovato in giurisprudenza trovato un isolato riscontro nell'ormai nota sentenza Occhipinti resa dalla Corte di Cassazione il 13 novembre 2012: nella quale i giudici di legittimità – finendo col rubare il mestiere alla Corte Europea di Strasburgo – hanno essi stessi argomentato nel senso che una coerente applicazione dei criteri giurisprudenziali di fonte convenzionale relativi alla determinazione della materia penale non potrebbe che condurre ad una qualificazione della stessa confisca preventiva in termini di misura «oggettivamente sanzionatoria» (ciò a dispetto del fatto che la stessa Corte EDU ha invece, come è noto, più volte disconosciuto la natura penale della confisca preventiva, realisticamente condizionata più dalla preoccupazione “politica” di non indebolire le strategie di lotta alla mafia di un paese come l'Italia, tradizionalmente esposto a una forte presenza di forme di criminalità mafiosa, che non dal proposito di rimanere fedele ai propri criteri di delimitazione della materia penale).

Una dottrina minoritaria e soprattutto la giurisprudenza di legittimità di gran lunga prevalente, avallata dalla stessa giurisprudenza costituzionale (la quale non si è distinta in proposito per contributi di particolare originalità, ma ha finito col recepire quasi passivamente l'approccio della Cassazione), propendono invece per la tesi della natura non punitiva della confisca allargata antimafia, ma articolandola in due versioni (un'esposizione più in dettaglio degli orientamenti in campo esula da questo intervento introduttivo).

Un orientamento, affermatosi specie a partire dalla sentenza a sezioni unite Simonelli del 1996, ha negato alla confisca antimafia non solo il carattere sanzionatorio di natura penale ma anche quello di provvedimento di prevenzione, ritenendo la definitività della confisca incompatibile con il carattere preventivo e, piuttosto, riconducendo la misura in parola nell'ambito di un *tertium genus* costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile quanto a contenuto ed effetti alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240, co. 2, c.p., e altresì rinvenendone la corrispondente *ratio* nell'eliminazione dal circuito economico dei beni di origine criminale. Questo (a mio avviso) non poco artificioso e tortuoso approccio ricostruttivo è stato abbastanza fedelmente recepito dalla successiva giurisprudenza costituzionale, la quale, anche di recente, ha sottolineato che la confisca in questione comprende, ma eccede, quella delle misure di prevenzione, consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al circuito economico di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo (cfr. Corte cost., sentt. n. 335/1996; nn. 21 e 216 del 2012; n. 106/2015).

Ma non manca nell'ambito della stessa giurisprudenza un orientamento che tende a declinare il carattere extrapunitivo della confisca, più che in termini di *tertium genus*, in chiave di vera e propria misura a carattere preventivo. Un tale approccio ricostruttivo è da ultimo esemplificato dalla sentenza a Sezioni unite Spinelli 26 giugno 2014-2 febbraio 2015, con la quale la Corte riunita ha tentato di dire una parola definitiva (ma sarà vero?) sulla controversa natura della confisca antimafia, affermandone appunto la natura preventiva ma ritenendo nondimeno tuttora valida l'assimilabilità dell'istituto alle misure di sicurezza e, dunque, la applicabilità in caso di successione di leggi nel tempo della previsione normativa di cui all'art. 200 c.p.. Pur pervenendo ad un risultato qualificatorio che personalmente tenderei a condividere, quest'ultima presa di posizione delle sezioni unite non si può certo dire che brilli per rigore concettuale e per coerenza argomentativa. Rinviando in proposito ad un articolato commento di Anna Maria MAUGERI sull'ultimo numero della *Riv. it. dir. e proc. pen.*, non posso esimermi dal rilevare che il giudice estensore ha finito col rimanere impigliato in una artificiosa e difficoltosa trama argomentativa, nell'ambito della quale retorica e oscura metafisica concettuale interagiscono nel vano tentativo di dimostrare che la pericolosità sociale del prevenuto si proietta sulla pericolosità oggettiva dei beni confiscati, senza che si capisca come la pericolosità *in rem* non rappresenti in fin dei conti l'autentico fondamento della confisca allargata e senza che si comprenda come la pericolosità personale debba mantenere un ruolo decisivo ed autonomo non destinato – alla stregua del complessivo ragionamento sviluppato in motivazione – ad essere riassorbito dalla preponderante pericolosità reale.

Fuori da fumisterie e da retoriche metafisiche (senza contare, oltretutto, la stessa impalpabilità "ontologica" della vecchia categoria della pericolosità sociale individuale, tradizionalmente più presupposto cartaceo che non base empiricamente verificabile della prevenzione personale!), sarei in realtà indotto a ritenere che la prevenzione patrimoniale possa oggi meglio giovare di nuove strategie di legittimazione inclini a ravvisare la principale funzione pragmatica dello strumento ablatorio – al di là delle tradizionali ottiche punitive o anche preventive – come proiettata su di un orizzonte macroeconomico, in cui ad avere un peso prioritario è proprio l'esigenza di prevenire l'infiltrazione criminale dell'economia e del mondo delle imprese. Nel solco di una simile e più moderna prospettiva di fondo, vi è non a caso chi giunge a individuare nel modello italiano di prevenzione patrimoniale una filosofia di intervento che fuoriesce dai paradigmi tradizionali (siano essi punitivi o preventivi): vale a dire una filosofia incentrata sul diretto controllo della consistenza, dell'origine e della destinazione di ricchezze formatesi in ambienti a forte influenza criminale. In questo senso, le misure patrimoniali finiscono con lo svolgere una funzione di prevenzione del consolidamento dell'economia illecita, e la loro collocazione nell'area extrapenale (ancorché giurisdizionalizzata) costituisce «una coerente scelta sulla via dell'effettività», non già una truffa delle etichette tesa ad aggirare le tradizionali categorie penalistiche (FORNARI).

Anche a mio avviso, una strategia di legittimazione come questa potrebbe rispondere all'esigenza di costruire un sistema della prevenzione patrimoniale all'altezza delle sfide del nostro tempo. Beninteso, privilegiare una tale strategia teorica non può e non deve equivalere ad avallare la piena legittimità ed efficacia dell'attuale assetto di disciplina delle

misure di patrimoniali così come regolate dal Codice antimafia del 2011. Salti di qualità sarebbero necessari sotto entrambi i profili, per cui come giuristi occorrerebbe lavorare ad una più chiara e univoca implementazione normativa dei presupposti di applicabilità di una prevenzione *in rem*, senza per altro verso trascurare il versante delle garanzie da osservare sul piano procedimentale e della logica probatoria. Ancorché i diritti patrimoniali secondo la stessa giurisprudenza costituzionale non posseggano il medesimo rango dei beni personali, è indubbia e forte l'esigenza di riscrivere il procedimento di prevenzione in modo da adeguarlo il più possibile alla logica del contraddittorio e alle regole del giusto processo, così da ridurre sempre di più il rischio che questo tipo di procedimento perpetui a tutt'oggi quel secondo circuito di legalità di serie B di ottocentesca memoria. Ma a questo punto la parola non può che passare ai processualisti.

Legge e potere. Pensando a Massimo Nobili

Opinioni

GAETANO INSOLERA

Nella nostra storia di penalisti Massimo Nobili ci ha accompagnati ininterrottamente con il suo pensiero (fin dall'anno di pubblicazione, era il 1974, del suo fondamentale "Il libero convincimento del giudice").

Una forte voce critica, spesso isolata: ha interpretato in modo alto il ruolo dell'intellettuale che si confronta con la più feroce delle scienze sociali applicate. Un osservatore vigile e lungimirante, pronto a cogliere immediatamente la fallacia di idoli, slogan e inganni.

E lo ha fatto fino alla fine. Si è congedato infatti con un'opera unica. Riporto solo alcuni spunti de *L'immoralità necessaria*¹.

- ... *Cultura della giurisdizione*. E dei giudici, condizionata dagli umori della società che vuole si usi il procedimento per far parlare l'accusato (338).

E aggiungerei, l'osservazione degli ultimi trenta anni ci consegna segnali sempre più inquietanti. Malinteso concetto di autonomia e indipendenza, incertezza del confine tra controllo di legalità/virtù e punizione dell'illecito, elaborazione, complice la rete, le *mailing list* che danno circolazione riservata ad un "sentire" comune della corporazione, comprendente requirenti e giudicanti, e che alimenta le improprie incursioni nella politica penale dell'ANM, di singole star, delle correnti o nella politica *tout court*. Una nuova ideologia politica? E quali sono i suoi referenti sociali? Quali la base sociale, gli interessi, i movimenti che si esprimono conseguentemente nell'azione giudiziaria?²

¹ Bologna, 2009.

² L'articolo di fondo del *Foglio*, a firma del direttore, del 6 aprile 2016 (*Cbi guida il partito dei giudici*) esplicita l'ipotesi di un collegamento tra ideologia del Movimento 5 stelle e *mainstream* giudiziario. L'idea mi sembra trovi conferme nella unanime elezione dell'attuale presidente dell'ANM. E nelle reiterate esternazioni del *leader* dell'ANM contro il Presidente del Consiglio, ospitate dal *Fatto quotidiano* (il 9, 11, 19 aprile). Fino all'intervista al Corriere della sera del 22 aprile 2016. E le sue rampogne contro l'avvocatura sono quasi quotidiane.

Qualche anno fa le cronache politico-giudiziarie si polarizzarono su l'ennesima captazione telefonica: "Abbiamo una banca!". Oggi,

- *Difendersi nel processo e non dal processo*. Mai ingolfarsi nel funesto azzardo di un processo (273). È falso che all'innocente qualsiasi prova non possa nuocere (275). Alla violenza insita nel processo corrisponde il tema dell'innocenza sconfitta: fra i più drammatici e più altamente rappresentati dalla letteratura.

- *Consenso* e, aggiungo, vittimologia. Ancora la verità. Quando deve fare i conti con il consenso e perciò con il ruolo della vittima dentro il processo inteso come sempre più pervasiva partecipazione alla giustizia penale. Anche a questo proposito fonti sovranazionali e, addirittura, una nuova disciplina, la vittimologia. Quanto ciò è compatibile con il valore profondo del rituale giudiziario? Da intendersi quale «sforzo inesauribile e vulnerabile al tempo stesso, teso ad arginare la violenza»³. Oggi la vittima è protagonista: dalla costruzione della notizia di cronaca, allo slabbramento dei confini dei danni che legittimano l'esercizio della azione civile nel processo penale, fino alle aspettative di condanna o di coazione processuale diffuse dai *media* in modo martellante. La giustizia penale ha così una quinta molto più vasta del procedimento penale. Vi si rappresenta in diretta il *Truman show* delle più svariate precarietà umane: il crimine, la colpa e la pena sono gli ingredienti essenziali di un'epica quotidiana nella quale un diritto penale ragionevole ed umano può recitare solo una parte scomoda. Forse è sempre stato così – la penalità come monito rassicurante, incapace di neutralizzare effettivamente i rischi – ma è indubbio che globalità della informazione e necessità di consenso democratico, hanno fissato questi caratteri originari. Nella crisi della democrazia rappresentativa: “*In un crescendo bulimico, la dinamica del capro espiatorio, da sempre il palinsesto preferito delle campagne di stampa, si moltiplica ad infinitum. Al posto della generica accusa al fallimento di una classe dirigente, si afferma l'impianto accusatorio, personale e circostanziato, di una lista di proscritti eccellenti*”⁴.

Carattere comune del ruolo svolto “dal fattore M” nel rapporto con il leader è l'antipolitica⁵, nel dare voce assordante a quella che è stata definita una “società giudiziaria”⁶, animata da una inesauribile istanza punitiva e vendicativa. Una società intronata da un flusso continuo di notizie, di complotti⁷, di caste, di privilegi, di malaffare, che volge le sguardo

apertamente, mi sembra che, da entrambe le organizzazioni interessate, si possa dire “Abbiamo un partito!”. Ma, per carità, non alimentiamo la polemica tra politica e magistratura!

³ A. GARAPON, *Del giudicare*, Cortina, 2007, 279.

⁴ M. CALISE, *La democrazia del leader*, Bari-Roma, 2016, 61. Vedi anche le connotazioni colte nella “democrazia recitativa” dallo storico E. GENTILI, *Democrazia in folle*, in *Il sole 24ore, supp. Domenica*, 24 aprile 2016, 25

⁵ Il concetto di antipolitica si presta ad esprimere significati diversi, via via assunti nell'evoluzione storica: ad esempio se, nel dopoguerra, Giannini giocava sulla esasperazione nei confronti della politica, riproponendo moduli tecnocratici di mera amministrazione degli interessi dell'“uomo qualunque”, a cavaliere tra secoli XIX e XX, antipolitica si colora di una carica ostile verso il parlamentarismo dello stato liberale.

⁶ Efficace l'analisi di M. ANSELMINI, *Populismi e populismi*, in *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, 1 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2015, 197 ss.

⁷ AA.VV., *Congiure e complotti. Da Machiavelli a Beppe Grillo*, a cura di A. Campi e L. Varasano, Rubettino, 2016; per una rivisitazione

al *leader* e alla sua “recitazione”, cercando conferme in repliche pronte e dure.

- *Ragionevole durata del processo. Coups rapides* e scorciatoie, è il titolo di un paragrafo, che culmina con la celerità del rito che si celebra *Nella colonia penale* (68 1).

- *Diritto vivente, giurisprudenziale, casistico, flou*. Uno dei grandi problemi, quello della contrapposizione tra governo della legge e governo del giudice. Meglio la visibilità della legge rispetto alla natura occulta, inafferrabile delle convinzioni, delle empatie, delle preferenze, delle sensibilità dei magistrati. Nobili con rara efficacia puntò l'indice contro mode pericolose, contro il diritto floscio.

E questo nella lucida percezione di come il “nuovo codice” incidesse sul “*rapporto tra poteri endoprocessuali e questioni organizzative del sistema giudiziario. Che le funzioni del Pubblico ministero siano attualmente ‘neutrali’ ed ‘automatiche’, da tempo non lo pensa realmente più nessuno, anche se rilevare un profondo mutamento di ruolo non equivale a gettare alle ortiche i principi costituzionali di legalità e obbligatorietà dettati per tale organo*” (ottobre 1988)⁸.

Altri hanno provveduto a gettarli alle ortiche, nello scorcio degli ultimi trenta anni. Si è approfittato di un PM spinto “ufficialmente” a ruoli di polizia e di autonoma ricerca, e perciò inevitabilmente di selezione delle *notitiae criminis*.

Ancora Nobili a proposito del “nuovo” PM, ma non solo: “*Lo iato...tra reale natura del potere esercitato e suoi caratteri organizzativi è eclatante. Fino a quando reggerà la linea di chi protesta il contrario? Non sarebbe meglio una leale e vigile ricerca di soluzioni?*” (ottobre 1988).

Sappiamo che questa è l'epoca dei PM e proporre soluzioni è blasfemia.

Ma, forse, l'esperienza degli ultimi trenta anni non ci consegna tanto uno scenario dominato dalla incertezza e dalla imprevedibilità.

Il magistrato [che resta burocrate, reclutato cioè secondo intoccabili modalità di pubblico funzionario e, in apparenza, in base a conoscenze e abilità tecniche immutate] ambientato nel contesto di trasformazioni che hanno profondamente alterato i rapporti tra i poteri dello Stato, in molti casi è forse più prevedibile, l'accusa nelle iniziative, il giudice nelle interpretazioni, di quanto lo fosse quello che operava nell'ambito della non eliminabile, talvolta drammatica, tensione tra testo della legge e concretezza del caso.

Così ad orientarci nelle previsioni potranno essere il finalismo dei valori e il loro bilanciamento così come definito nel dialogo confuso con le fonti sovranazionali, ma, soprattutto, con sentimenti e pulsioni rappresentate dai media. Il giudice *vox populi*, che spesso esprimerà la “società giudiziaria”⁹, che vede ogni soluzione nella punizione e nel

degli “anni di piombo”, con l'intento di rivedere le ipotesi complottiste, V. SATTÀ, *I nemici della Repubblica*, Milano, 2016, 11.

⁸ M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna, 1989, 352.

⁹ Cfr. L. VIOLANTE, *La crisi del giudice “bocca della legge” e l'emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in AA.VV., *Anatomia del potere giudiziario*, a cura di C. Guarnieri, G. Insolera, L. Zilletti, Roma, 2016, 32 ss.

suo costante incremento. Posizione antagonista nei confronti della demonizzata “società politica” che, invece, in nome della mediazione tra interessi, della “prudenza”¹⁰ legislativa, deve sacrificare valori e diritti: sono “gli inciuci della casta”, insomma.

Una narrativa che fa presa – non dimentichiamoci del nesso tra potere e interpretazione del diritto - sui guardiani della legalità e della virtù e che, spesso, condanna al pubblico ludibrio chi commette “il reato di assoluzione”¹¹ o all'emarginazione corporativa quanti si trastullano ancora con l'art. 12 delle preleggi.

- *Deflazione negoziale*. Una immoralità ulteriore in quella, necessaria, della giustizia penale. Ormai la premialità è clausola di stile di ogni novella

Dicevo un pensiero elaborato con acutezza raffinata e con la regola del vivere nasco-stamente, nell'epoca fatta di immagini sfacciate, di piegamenti ruffiani: e proprio alle immagini del rito feroce Nobili dedicò un'ultima fatica, privatissima, di cui mi fece dono, già ghermito dalla malattia.

Un pensiero ininterrotto che non conosceva le futili barriere delle discipline accademiche. A Nobili interessava il punire: regola e giudizio stavano e cadevano insieme.

Nobili guardava la realtà del processo penale, del confronto che si gioca in quel ring, tra libertà del cittadino – colpevole o innocente, nulla cambia – e l'incommensurabile potenza dello Stato.

Nobili, con questo stile, ha avuto un ruolo unico nella vicenda storica che si è aperta, nel 1988, con la riforma del codice di procedura.

Non ho mai pensato che gli si addicessero i panni di Cassandra quando, nel 1988, tenne un seminario, divenuto famoso, sul nuovo rito di imminente entrata in vigore.

Le sue non furono “profezie” formulate sulla base delle distorsioni che già il testo originario conteneva in *nuce*, ma il prodotto della conoscenza di quei fattori, di quelle dinamiche di potere, che avrebbero potuto stravolgere le buone intenzioni dei compilatori.

“*Dunque la domanda: è un buon codice? Diciamo che il maggior suo pregio è quello di intervenire – in un momento storico tra i più difficili e travagliati per l'amministrazione e per il potere giudiziario penale – come una grande occasione di rinnovamento complessivo*” (ottobre, 1988)¹².

L'occasione fu sprecata e sporcata.

Ed è storia nota quella della deformazione subita dalla fisionomia del processo negli anni successivi, negli ultimi trent'anni.

Storia degli attori della trasformazione – Corte Costituzionale, magistratura, legislatore, ma anche accademia compiacente – che hanno sfigurato, per legge, per “diritto vivente”,

¹⁰ È virtù della legislazione secondo A. BARBERA, che si contrappone alle intuizioni, alle empatie del giudice, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano, 2016, 323 ss.

¹¹ Faccio mio una divertente provocazione di Vincenzo Zeno Zencovich.

¹² M. NOBILI, *op. ult. cit.*, 349.

per prassi il volto originario, a volte approfondendo le rughe già colte da Nobile. E, forse, possiamo dirlo, il vero Dorian Gray è quello che incontriamo ogni giorno in Palazzi di giustizia che hanno relegato nei sotterranei il volto di un processo accusatorio.

In questa formidabile produzione di pensiero libero e critico Massimo Nobile ha sempre avuto negli avvocati penalisti un interlocutore privilegiato.

Troppo spesso le barriere accademiche tengono lontani dalla comprensione della microfisica dei poteri, da ciò che accade. Una comprensione che permette di cogliere inganni e imboscate tese a chi percorre quotidianamente la strada che separa la regola dal giudizio.

Il nuovo reato di caporalato dopo la legge n. 199/2016

ELISA SOTTOSANTI

SOMMARIO: 1. La debole repressione del fenomeno sino al 2011. – 2. Il caporalato nella versione del 2011. – 3. Il nuovo art. 603 *bis* c.p. – 4. L'aggravante speciale ad effetto speciale del comma secondo. – 5. Gli indici dello sfruttamento. – 6. L'aggravante del quarto comma. – 7. Il rilievo delle condotte collaborative. – 8. La confisca obbligatoria del 603 *bis*.2 – 9. Il controllo giudiziario dell'azienda. – 10. Tutela economica per le vittime del reato. – 11. Cosa cambia per le persone giuridiche che rispondono ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001.

La recente novella legislativa, legge 29 ottobre 2016, n. 199 intitolata *Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo* in vigore dal 4.11.2016, ha modificato in maniera significativa il reato di c.d. caporalato punito all'art. 603 *bis* c.p., introdotto di recente dal d.l. n. 138/2011, poi convertito nella legge n.148/2011.

L'intervento del legislatore avviene a pochi anni dalla introduzione della fattispecie delittuosa di intermediazione illecita e di sfruttamento dei lavoratori e si è reso necessario per contrastare e reprimere tale fenomeno in maniera più efficace, cercando di porre alcuni correttivi alla precedente versione¹. Nel breve commento che segue, si farà particolare riferimento alla riformulazione testuale della fattispecie e al suo inserimento nell'elenco dei reati presupposto della responsabilità degli enti ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001.

Il c.d. caporalato prende – come è noto – il nome dal fenomeno, invalso in particolare nelle campagne del sud d'Italia, che consisteva in un'organizzazione del lavoro agricolo svolto da braccianti suddivisi in squadre e reclutati da un soggetto che agiva, come intermediario nel reperimento della manodopera e poi responsabile dei lavori, secondo le richieste dell'imprenditore agricolo².

¹ In particolare, si è rilevata una *sostanziale inadeguatezza dell'apparato normativo previgente a reprimere il caporalato e, più in generale, a limitare la capacità criminale delle associazioni per delinquere che sovente gestiscono i flussi di lavoro nero e la manodopera più vulnerabile*, i dati relativi ai procedimenti penali iscritti per ipotesi di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro non sono di conforto: 34 sono state le iscrizioni presso gli uffici gip dei Tribunali nazionali; soltanto 8 sono i processi pendenti in fase dibattimentale. Cfr. On. D. Ferranti, in DPC, 2016, 15.11.2016, p. 2.

² L'ingaggio di forza lavoro avveniva a basso costo ed i lavoratori erano destinate al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando del loro stato di bisogno; si tratta di una situazione particolarmente diffusa sul territorio nazionale, soprattutto, in settori economici quali l'edilizia, l'agricoltura, il turismo e nel lavoro stagionale, l'industria manifatturiera in cui si fa ricorso a manodopera.

1. La debole repressione del fenomeno sino al 2011.

Tale prassi sino al 2011 venne sanzionata, solo debolmente, dalla contravvenzione prevista dall'art. 18³ da quella che è nota come legge Biagi (*i.e.* d.lgs. n. 276/2003) che puniva la violazione delle condizioni di liceità della somministrazione ed interposizione di manodopera⁴, ed in maniera più incisiva nelle ipotesi di condotte di chi esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà⁵, dal reato di riduzione in schiavitù o in servitù, di cui all'art. 600 c.p.

La giurisprudenza, rilevando uno squilibrio sostanziale tra le pene previste dalla suddetta contravvenzione ed il disvalore sociale del fenomeno, intraprese a punire più severamente tali condotte riconducendole, per via interpretativa, ad altre fattispecie di reato come l'estorsione, la riduzione in schiavitù e servitù o la violenza privata. Diverso e più

³ Si riporta il testo dell'art. 18 d.lgs. n. 276/2003 rubricato "Sanzioni". 1. L'esercizio non autorizzato delle attività di cui all'*articolo 4*, comma 1, lettere a) e b), è punito con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di lavoro. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo. L'esercizio non autorizzato delle attività di cui all'*articolo 4*, comma 1, lettera c), è punito con la pena dell'arresto fino a sei mesi e dell'ammenda da euro 1.500 a euro 7.500. Se non vi è scopo di lucro, la pena è dell'ammenda da euro 500 a euro 2.500⁽⁵⁶⁾. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo. L'esercizio non autorizzato delle attività di cui all'*articolo 4*, comma 1, lettere d) ed e), è punito con l'ammenda da euro 750 ad euro 3.750. Se non vi è scopo di lucro, la pena è dell'ammenda da euro 250 a euro 1.250⁽⁵⁶⁾. Nel caso di condanna, è disposta, in ogni caso, la confisca del mezzo di trasporto eventualmente adoperato per l'esercizio delle attività di cui al presente comma. 2. Nei confronti dell'utilizzatore che ricorra alla somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'*articolo 4*, comma 1, lettera a), ovvero da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'*articolo 4*, comma 1, lettera b), o comunque al di fuori dei limiti ivi previsti, si applica la pena dell'ammenda di euro 50⁽⁵⁷⁾ per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo.⁽⁴⁹⁾ 3. La violazione degli obblighi e dei divieti di cui all'*articolo 20*, commi 3, 4 e 5, e *articolo 21*, commi 1 e 2, nonché, per il solo somministratore, la violazione del disposto di cui al comma 3 del medesimo *articolo 21*, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 250 a euro 1.250. 3-bis. La violazione delle disposizioni di cui all'*articolo 23*, comma 1, e, per il solo utilizzatore, di cui all'*articolo 23*, comma 4, secondo periodo, e comma 7-bis, nonché di cui all'*articolo 24*, comma 4, lettere a) e b), è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dal comma 3. 4. Fatte salve le ipotesi di cui all'*articolo 11*, *comma 2*, chi esiga o comunque percepisca compensi da parte del lavoratore per avviarlo a prestazioni di lavoro oggetto di somministrazione è punito con la pena alternativa dell'arresto non superiore ad un anno o dell'ammenda da Euro 2.500 a Euro 6.000. In aggiunta alla sanzione penale è disposta la cancellazione dall'albo. 4-bis. Fatte salve le ipotesi di cui all'*articolo 11*, *comma 2*, è punito con la sanzione penale prevista dal comma 4, primo periodo, chi esige o comunque percepisce compensi da parte del lavoratore in cambio di un'assunzione presso un utilizzatore ovvero per l'ipotesi di stipulazione di un contratto di lavoro o avvio di un rapporto di lavoro con l'utilizzatore dopo una missione presso quest'ultimo. 4-ter. Nelle ipotesi di cui al comma 4-bis in aggiunta alla sanzione penale è disposta la cancellazione dall'albo. 5. In caso di violazione dell'*articolo 10* trovano applicazione le disposizioni di cui all'*articolo 38 della legge 20 maggio 1970, n. 300*, nonché nei casi più gravi, l'autorità competente procede alla sospensione della autorizzazione di cui all'*articolo 4*. In ipotesi di recidiva viene revocata l'autorizzazione. 5-bis. Nei casi di appalto privo dei requisiti di cui all'*articolo 29*, comma 1, e di distacco privo dei requisiti di cui all'*articolo 30*, comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con la pena della ammenda di euro 50⁽⁵⁷⁾ per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione. Se vi è sfruttamento dei minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo. 6. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali dispone, con proprio decreto, criteri interpretativi certi per la definizione delle varie forme di contenzioso in atto riferite al pregresso regime in materia di intermediazione e interposizione nei rapporti di lavoro.

⁴ Precedentemente, la violazione del divieto di intermediazione nel mercato del lavoro era sanzionata dalla legge n. 264/1949 all'articolo 27 e successivamente dalla legge 1369/1960 articoli 1 e 2.

⁵ L'art. 600, come sostituito dalla legge 228/2003, quanto al concetto di schiavitù trova corrispondenza a quello sancito dalla Convenzione di Ginevra 25.9.26 e allo statuto della Corte penale internazionale 17.7.98 (ratificato con legge n. 232/1999).

severo il trattamento sanzionatorio era, invece, previsto per lo sfruttamento degli immigrati extracomunitari, punito specificatamente all'art. 12, comma terzo *ter* del T.U. n. 286/1998, che finiva però per creare una disuguaglianza con i lavoratori comunitari che si trovavano nelle medesime condizioni.

Nel 2011 intervenne il legislatore per regolamentare puntualmente la fattispecie e ridefinire l'oggetto giuridico protetto dalla norma, mediante la previsione di una nuova figura di reato che, anche per la collocazione sistematica tra i delitti contro la personalità individuale, evidenzia un contenuto offensivo che va ben oltre alla mera violazione delle regole sulla intermediazione e somministrazione di manodopera previste dalla legge Biagi⁶ e costituisce una sorta di risposta punitiva intermedia rispetto alla contravvenzione della legge Biagi e i reati connotati da maggior disvalore sociale come la riduzione in schiavitù⁷.

2. Il caporalato nella versione del 2011.

Il reato di caporalato, introdotto nel 2011, era stato costruito come una fattispecie complessa costituita da una condotta articolata consistente nel punire *“chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera, o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, è punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato”*.

Era quindi punito espressamente il c.d. caporale che reclutava, mediante un'attività organizzata, manodopera a basso costo e ne sfruttava il lavoro o ne organizzava l'attività lavorativa con violenza, minaccia o intimidazione e sfruttando lo stato di bisogno o di necessità dei lavoratori così ingaggiati.

Un primo problema era costituito dalla difficoltà di provare l'esistenza di una organizzazione che fosse dedita stabilmente al reclutamento od alla organizzazione del lavoro con lo sfruttamento dei lavoratori attuato mediante condotte minacciose ed approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori.

Una fattispecie complessa, dunque, con condotta a forma (si può ben dire “eccessi-

⁶ Cfr. sul punto, l'opinione di R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *“Caporalato”: per il nuovo reato pene fino a 8 anni*, in *Guida al Diritto*, 2011, n. 35, 48 e ss.

⁷ Cfr. R. BRICCHETTI - L. SCARCELLA, *Relazione su novità legislative*, in *DPC*, 5.9.11, 3. Osservano che *“il legislatore ha riconosciuto l'esistenza di una vera e propria lacuna nel sistema repressivo delle distorsioni del mercato del lavoro, individuando la mancanza di un'incriminazione in grado di intercettare quei comportamenti che non si risolvono nella mera violazione delle regole poste dal d.lgs. n. 276/2003, senza peraltro raggiungere le odiose vette dello sfruttamento estremo presupposto dalla fattispecie di cui all'art. 600 c.p.. Al delitto configurato nell'art. 603-bis c.p. è dunque assegnato il compito di colmare questa lacuna e la sua vocazione ad assumere una posizione intermedia nella scala repressiva dei comportamenti che alterano le regole del mercato del lavoro è ben dimostrata dal fatto che la disposizione di nuovo conio si apre con una clausola di sussidiarietà relativamente indeterminata per il caso che il fatto costituisca un più grave reato”*.

vamente”) vincolata che, nella realtà, proprio per la necessaria concorrenza di una pluralità di requisiti tipizzanti, non poteva che rivelarsi di scarsa efficacia punitiva e quindi debolezza dissuasiva, come rilevato dal *report* sui procedimenti penali in materia di caporalato⁸.

Un altro nodo era rappresentato dall'inquadramento di una eventuale responsabilità del datore di lavoro, giacché *prima facie* la norma pareva configurare un reato proprio dell'intermediatore. E sempre in relazione alla posizione del datore di lavoro venne inoltre evidenziata una lacuna legislativa che determinava una disparità di trattamento in riferimento allo sfruttamento dei lavoratori comunitari senza previa attività di c.d. caporalato, essendo la tutela specifica riservata ai lavoratori extracomunitari che si trovano nella medesima situazione⁹.

Nell'intento di correggere gli aspetti che sul piano operativo incrinavano l'effettività della norma,¹⁰ il legislatore è intervenuto con la legge n. 199 del 29.10.2016, riformulando il reato di c.d. caporalato e specificando la fattispecie penalmente rilevante.

3. Il nuovo art. 603 *bis* c.p.

Le modifiche più evidenti riguardano la riformulazione della fattispecie, anche attraverso un intervento sugli indici di riferimento che caratterizzano lo sfruttamento, la misura della pena affiancata da una nuova ipotesi di confisca obbligatoria, la previsione di una nuova misura cautelare reale, l'inserimento di questo reato nell'elenco dei reati presupposto della responsabilità “amministrativa” dell'ente.

Nella nuova formulazione è ora punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro, per ogni lavoratore reclutato, chiunque *recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori, e chiunque utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione, sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno*.

Rispetto alla norma vigente sino al 3.11.2016, è stata contemplata una fattispecie di reato base che prescinde dai comportamenti violenti, minacciosi e intimidatori che, invece, erano elementi costitutivi della condotta nella previgente formulazione. Vengono altresì eliminati il riferimento allo stato di necessità ed alla intimidazione che rappresentavano le forme più gravi della condotta¹¹, ed il requisito della stabile organizzazione dedicata al reclutamento.

Chiarendo un dubbio interpretativo suscitato dalla vecchia disposizione, viene sanzionato, altresì, espressamente il datore di lavoro che utilizza, assume o impiega manodopera

⁸ Cfr. On. D. FERRANTI, in *DPC*, 2016, 15.11.2016, p. 2 a commento dell'A.C. 4008.

⁹ Art. 22, comma 12*bis* del T.U. n. 286/1998 e s.m.i.

¹⁰ Pubblicata in G.U. il 3.11.16, n. 257, ed in vigore dal 4.11, ex art. 12 legge n. 199/2016.

¹¹ Cfr., D. FERRANTI in *DPC*, 2016,

reclutata anche mediante l'attività di intermediazione con le modalità sopraindicate, ovvero sfruttando i lavoratori ed approfittando del loro stato di bisogno; secondo la previgente formulazione egli poteva rispondere, eventualmente, secondo le regole generali del concorso di persone nel reato¹².

Da un lato, quindi, è punito il soggetto che fa da intermediario in maniera illecita tra la domanda e l'offerta di lavoro e, dall'altro, chi utilizza, assume o impiega la forza lavoro così ingaggiata o la adopera in condizioni di sfruttamento profittando del loro stato di bisogno anche a prescindere dalla attività di caporalato.

L'articolata ed ampia previsione della condotta tipica, che si sostanzia nelle modalità di esecuzione alternate del utilizzo, assunzione ed impiego, abbraccia diverse figure datoriali, anche di fatto, offrendo maggior tutela alla persona offesa.

La pena prevista dalla prima versione dell'art. 603bis c.p.¹³ nel delta da cinque ad otto anni di reclusione e con la multa da euro 1000 ad euro 2000 per ogni lavoratore reclutato è stata ridotta da uno a cinque anni di reclusione nell'ipotesi base del primo comma.

4. L'aggravante speciale ad effetto speciale del comma secondo.

Viene prevista, poi, una seconda ipotesi al comma in base alla quale se tali fatti sono commessi mediante una condotta violenta e minacciosa (viene eliminato il riferimento, per vero superfluo, alla intimidazione), il fatto è punito con una pena che va da cinque ad otto anni di reclusione unitamente ad una multa da euro 1000 ad euro 200 per ogni lavoratore reclutato illegalmente.

Ancorché sia sempre problematico individuare i criteri distintivi tra figura circostanziale e figura autonoma, qui sembra proprio trattarsi di una circostanza aggravante e non più di una fattispecie autonoma di reato, con la conseguenza che sarà soggetta al giudizio di bilanciamento *ex art. 69 c.p.*

¹² Cfr. R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, "Caporalato", cit., 50; L. SCARCELLA, *Il reato di "caporalato" entra nel codice penale*, in *DPP*, 2011, 1193.

¹³ Testo dell'art. 603bis c.p. introdotto dal d.l. n. 138/2011 conv. Legge 148/2011 "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, è punito con la reclusione da cinque a otto anni e con la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato. Ai fini del primo comma, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti circostanze: 1) la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale; 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti. Costituiscono aggravante specifica e comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà: 1) il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre; 2) il fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa; 3) l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori intermediati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro».

5. Gli indici dello sfruttamento.

Al comma terzo dell'art. 603*bis* c.p., vengono poi elencati, come nella precedente versione, alcuni elementi evocati come indicatori del fenomeno dello sfruttamento dei lavoratori, che il giudice deve valutare unitamente allo sfruttamento stesso e allo stato di bisogno.

Gli indici elencati (in maniera non esaustiva ?) dal legislatore svolgono, da un lato, una funzione di “orientamento probatorio” per il giudice¹⁴ e dall'altro intenderebbero agevolare la magistratura inquirente nella individuazione dello sfruttamento rilevante ai sensi del 603*bis* c.p.¹⁵. Si tratta, per vero, di tecnica legislativa assai discutibile che “rincorre” la fenomenologia criminale che intende colpire senza riuscire a racchiuderla in un modello legale previamente definito tassativamente, con il rischio di lasciare in sostanza “mano libera” al Giudice (e ancor prima al pubblico ministro), e costituisce in sostanza un atto di “delegazione” alla magistratura nella individuazione *ex post* dei fatti da punire.

Rispetto alla versione del 2011, viene indicato il requisito della sistematicità dei comportamenti elencati ai numeri 1) e 2), mentre precedentemente ne era richiesta la mera reiterazione, cosicché risulta ora più evidente la natura “abituale” del reato; è stata poi espunta dal numero 3) la specificazione che violazione delle norme sulla sicurezza dei lavoratori sui luoghi di lavoro debba essere “*tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale*” essendo, oggi, richiesta la sola violazione della normativa a tutela dei lavoratori, seppur dotata di sistematicità. Conseguentemente, se ne evidenzia la natura di reato di pericolo c.d. “astratto”.

6. L'aggravante del quarto comma.

Per situazioni ritenute di maggior gravità, è stata mantenuta, al comma quarto, l'ulteriore circostanza aggravante speciale, che comporta l'aumento della pena da un terzo alla metà, quando il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre, quando uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa; o se il fatto viene commesso esponendo i lavoratori sfruttati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro.

7. Il rilievo delle condotte collaborative.

Al fine di sollecitare una condotta collaborativa, criterio politico criminale sempre utile in situazioni che si riferiscono a fenomeni criminali espressi in forme più o meno inten-

¹⁴ Cfr. Relazione per la Commissione (A.C. 4008) On. BERRETTA, in *DPC*, p. 4.

¹⁵ Cfr. On. D. FERRANTE, in *DPC*, 15.11.16, p. 3.

samente organizzate, nell'ottica di una più efficace repressione del fenomeno o del contenimento dei suoi effetti, il legislatore ha anche inserito la previsione di una circostanza attenuante speciale ad effetto speciale all'art. 603-bis.1 c.p.

La attenuante prevede una diminuzione di pena da un terzo a due terzi nei confronti di chi, nel rendere dichiarazioni su quanto a sua conoscenza, si adoperi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero aiuti concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o per la cattura dei concorrenti o per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite. Si tratta della c.d. attenuante della collaborazione, che ricalca un modello già da tempo sperimentato e recentemente introdotto anche nella legge c.d. Anticorruzione ed in materia ambientale¹⁶.

Allo stesso tempo, la legge punisce coloro che rendano dichiarazioni false o reticenti rinviando alle disposizioni dell'articolo 16-septies del decreto legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82.

Nel caso di condotte collaborative, contemplate all'art. 603bis.1 c.p., non si applicano le disposizioni dell'articolo 600-septies.1¹⁷, ossia quelle concernenti la confisca del prezzo, profitto o prodotto del reato, anche nella forma per equivalente.

Resta, invece, immutato l'art. 603-ter c.p., con riguardo alle pene accessorie, così come introdotto nel 2011¹⁸.

8. La confisca obbligatoria del 603 bis.2.

All'art. 603bis.2 c.p. è stata inserita una forma di confisca obbligatoria, anche nella forma per equivalente, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per i delitti previsti dall'articolo 603-bis, delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto o il profitto, salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento del danno e salvo che le cose

¹⁶ Cfr. Relazione alla Commissione (A.C. 4008) On. BERRETTA, disponibile in *DPC*, 15.11.16, p. 5.

¹⁷ Art. 600-septies c.p. "Confisca". "Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 c.p.p., per i delitti previsti dalla presente sezione, nonché dagli articoli 609-bis, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto o il reato è aggravato dalle circostanze di cui all'articolo 609-ter, primo comma, numeri 1), 5) e 5-bis), 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, quando il fatto è commesso in danno di un minore di anni diciotto o il reato è aggravato dalle circostanze di cui all'articolo 609-ter, primo comma, numeri 1), 5) e 5-bis), e 609-undecies, è sempre ordinata, salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento dei danni, la confisca dei beni che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato. Ove essa non sia possibile, il giudice dispone la confisca di beni di valore equivalente a quelli che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato e di cui il condannato abbia, anche indirettamente o per interposta persona, la disponibilità. Si applica il terzo comma dell'articolo 322-ter c.p.

¹⁸ Art. 603-ter c.p. "La condanna per i delitti di cui agli articoli 600, limitatamente ai casi in cui lo sfruttamento ha ad oggetto prestazioni lavorative, e 603-bis, importa l'interdizione dagli uffici direttivi delle persone giuridiche o delle imprese, nonché il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di fornitura di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione, e relativi subcontratti. La condanna per i delitti di cui al primo comma importa altresì l'esclusione per un periodo di due anni da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi da parte dello Stato o di altri enti pubblici, nonché dell'Unione europea, relativi al settore di attività in cui ha avuto luogo lo sfruttamento. L'esclusione di cui al secondo comma è aumentata a cinque anni quando il fatto è commesso da soggetto al quale sia stata applicata la recidiva ai sensi dell'articolo 99, secondo comma, numeri 1) e 3).

appartengano a persona estranea al reato¹⁹. Ciò che consente anche di adottare la misura del sequestro preventivo finalizzato alla confisca.

9. Il controllo giudiziario dell'azienda.

Inoltre, il reato di caporalato può comportare l'applicazione della misura cautelare reale della sottoposizione a controllo giudiziario dell'azienda, mediante la nomina di un amministratore giudiziario, scelto tra i soggetti esperti iscritti all'albo degli amministratori giudiziari, al fine di non interrompere l'attività produttiva, nei casi in cui ricorrano presupposti e le condizioni del sequestro preventivo *ex art. 321 e ss. c.p.p.*

Tale disposizione consegue all'inserimento espresso tra gli autori del reato del datore di lavoro.

Mediante il controllo giudiziale dell'azienda, che continua pertanto nella attività – ma eterodiretta – il legislatore mira a eliminare le condizioni che avevano determinato lo sfruttamento dei lavoratori, pur nella prosecuzione dell'attività produttiva, nei casi in cui il sequestro preventivo, con conseguente inevitabile interruzione dell'attività, comporterebbe conseguenze negative sull'occupazione dei lavoratori o comprometterebbe il valore economico del complesso aziendale. In una prospettiva di bilanciamento degli interessi, pertanto, viene introdotta una misura idonea ed adeguata ad impedire il protrarsi dell'attività illecita salvaguardando, tuttavia, i diritti delle persone offese dal reato.

La novella ha coinvolto anche l'art. 380 c.p.p. che prevede ora l'obbligo di arresto in flagranza per il reato di cui all'art. 603*bis* c.p.

10. Tutela economica per le vittime del reato.

A tutela delle persone offese dal reato, è stata prevista anche una concreta forma di sostegno mediante l'assegnazione al Fondo anti-tratta dei proventi delle confische ordinate a seguito di sentenza di condanna o di patteggiamento per il reato di cui all'art. 603-*bis* del codice penale nonché la previsione di un indennizzo per le persone offese dal reato.

11. Cosa cambia per le persone giuridiche che rispondono ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001.

La variazione legislativa, come accennato, ha altresì inserito il reato di c.d. caporalato nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti *ex d.lgs. n. 231/2001*,

¹⁹ Le legge n. 199/2016 ha, inoltre, inserito il caporalato tra i reati per i quali è prevista la particolare ipotesi di confisca obbligatoria cd. allargata anche ai denari ai beni ed alle altre utilità di cui il condannato, anche per interposta persona, risulti titolare, di cui all'art. 12 *sexies*, del d.l. n. 306/1992 convertito nella legge n. 356/1992, recante modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa.

includendolo più precisamente tra i reati nominati nell'art. 25-*quinqüies* lettera a) che tutelano la personalità individuale²⁰.

La precedente versione della disposizione, frutto degli interventi legislativi susseguiti nel tempo, ossia la legge n. 228/2003, legge n. 38/2006 e d.lgs. n. 39/2014, non vi aveva invece provveduto. Aveva sì inserito il caporalato (art. 603*bis* c.p.) tra i reati contro la personalità individuale di cui fa parola la lettera a) dell'art. 25-*quinqüies*, ma con rinvio unicamente ai reati contemplati agli articoli 600, 601 e 602 c.p. e non anche all'art. 603*bis* c.p.

Il trattamento sanzionatorio stabilito è piuttosto incisivo per l'ente giacché, oltre alla sanzione pecuniaria, sempre prevista – come è noto – in caso di condanna, si affianca una sanzione interdittiva tra quelle dell'art. 9, comma secondo d.lgs. n. 231/2001.

Per inciso, il decreto n. 231 costruisce un sistema in sostanza binario, che prevede l'irrogazione di sanzioni pecuniarie e di sanzioni interdittive; tuttavia, mentre le prime in caso di condanna sono indefettibili, le seconde si applicano solo nei casi ed in base ai criteri espressamente previsti per legge (art. 13 decreto n. 231), in ottemperanza all'art. 11, comma 1, lettera l) della legge delega (legge n. 300/2000).

La sanzione pecuniaria è particolarmente consistente perché va da 400 a 1000 quote (il valore di una va quota da euro 258,00 ad euro 1.549,00). Pertanto, nel concreto, la sanzione va da un minimo di euro 103.200,00 a un massimo di 1.549.000,00 euro. Il che non mancherà di incentivare quelle condotte compensative²¹ che rappresentano una delle finalità della legge n. 231/2001; nonché, anche per le aziende medio/piccole, l'adozione dei modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire il reato, che può escludere la responsabilità dell'ente²².

Alla sanzione pecuniaria si aggiunge, poi, la sanzione interdittiva temporanea che diviene definitiva, *ex art.* 16, co. 3 d.lgs. 231/01, nel caso in cui l'ente o una sua unità organizzativa vengano stabilmente utilizzati allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione del reato di caporalato.

Il decreto n. 231/2001, invero, prevede all'art. 15, comma 5, – come già accennato – che il Giudice possa, con la sentenza di condanna, nominare un commissario *ad acta* e

²⁰ D.lgs. 231/2001, art. 25-*quinqüies*. "Delitti contro la personalità individuale".

1. In relazione alla commissione dei delitti previsti dalla sezione i del capo iii del titolo XII del libro II del codice penale si applicano all'ente le seguenti sanzioni pecuniarie:

a) per i delitti di cui agli articoli 600, 601, 602 e 603-*bis*, la sanzione pecuniaria da quattrocento a mille quote; (41)

2. nei casi di condanna per uno dei delitti indicati nel comma 1, lettere a) e b), si applicano le sanzioni interdittive previste dall'articolo 9, comma 2, per una durata non inferiore ad un anno.

3. se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati indicati nel comma 1, si applica la sanzione dell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'articolo 16, comma 3.

²¹ La norma – art. 16 decreto 231/2001 - trasuda chiare finalità special preventive, accordando un premio all'ente che pone in essere un comportamento che integra un "controvalore" rispetto all'offesa realizzata. Relazione ministeriale alla legge delega n. 300/2000.

²² Il regime probatorio è differente a seconda che il reato sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale (art. 6 D.Lgs. 231/2001), nel qual caso l'onere della prova dell'idoneità ed efficacia del modello organizzativo è attribuito all'ente; o da un soggetto in posizione subordinata (art. 7 D.Lgs. 231/2001), ipotesi in cui l'onere della prova è attribuito all'accusa.

disporre la prosecuzione dell'attività in luogo di una sanzione interdittiva a cui conseguia l'interruzione dell'attività, un tanto però solo nell'ipotesi di sanzione interdittiva temporanea e non anche definitiva.

La durata del commissariamento giudiziale ricalca quella della sanzione che il giudice avrebbe inflitto con la sentenza di condanna e, durante tale arco temporale, il commissario munito dei poteri necessari al prosieguo dell'attività dell'ente, curerà anche l'adozione e l'attuazione dei modelli organizzativi diretti a prevenire il rischio-reato, sulla base dell'indicazione che il giudice indicherà nella sentenza e provvederà anche ad eseguire la confisca del profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività²³.

La *ratio* di tale previsione, si rinviene evidentemente nella considerazione che lo Stato intervenendo per ripristinare la legalità, nel contempo, non metta a repentaglio posti di lavoro minando i – già precari – livelli occupazionali che invece mira a salvaguardare con la prosecuzione dell'attività aziendale sotto il controllo giudiziario.

²³ Cfr. sul punto, *Relazione ministeriale al decreto legislativo 231/2001*, p. 30: "Quest'ultima disposizione è intimamente collegata alla natura comunque sanzionatoria del provvedimento adottato dal giudice: la confisca del profitto serve proprio ad enfatizzare questo aspetto, nel senso che la prosecuzione dell'attività è pur sempre legata alla sostituzione di una sanzione, sì che l'ente non deve essere messo nelle condizioni di ricavare un profitto dalla mancata interruzione di un'attività che, se non avesse avuto ad oggetto un pubblico servizio, sarebbe stata interdetta. Va, infine, chiarito che la sostituzione commissariale opera solo con riguardo alle sanzioni interdittive temporanee: quelle che comportano l'interruzione in via definitiva dell'attività si fondano – come si vedrà tra breve – su presupposti applicativi che restituiscono l'immagine di un ente ormai irrecuperabile ad una prospettiva di legalità".

Corte di Giustizia UE, 26 maggio 2016 (dep. 6 ottobre 2016), causa c-218/15 – Pres. e rel. da Cruz Vilaça

Rinvio pregiudiziale – Articolo 6 TUE – Articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea – Principio di retroattività della legge penale più favorevole – Cittadini italiani che hanno organizzato l’ingresso illegale nel territorio italiano di cittadini rumeni – Fatti commessi prima dell’adesione della Romania all’Unione – Effetto dell’adesione della Romania sul reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina – Attuazione del diritto dell’Unione – Competenza della Corte

La Corte di Giustizia UE, sulla scia della soluzione già elaborata dalla Corte di Cassazione italiana, ribadisce che l’adesione della Romania all’Unione Europea, avvenuta il 1 gennaio 2007, non fa venire meno la rilevanza penale del favoreggiamento dell’immigrazione clandestina di cittadini rumeni compiuto prima di tale data, poiché l’acquisizione della cittadinanza dell’Unione costituisce una mera circostanza di fatto, non idonea a modificare gli elementi costitutivi del reato in questione.

(*Omissis*)

La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull’interpretazione dell’articolo 6 TUE, dell’articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (in prosieguo: la «Carta») e dell’articolo 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la «CEDU»).

Tale domanda è stata presentata nell’ambito di un procedimento penale a carico del sig. Gianpaolo Paoletti e di altri cittadini italiani, accusati di essersi adoperati per favorire l’immigrazione clandestina in Italia di cittadini rumeni prima dell’adesione della Romania all’Unione europea.

CONTESTO NORMATIVO

DIRITTO DELL’UNIONE. Il considerando 2 della direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell’ingresso, del transito e del soggiorno illegali (GU 2002, L 328, pag. 17), enuncia:

«Occorre (...) adottare misure volte a combattere l’attività di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, tanto se correlata all’attraversamento illegale della frontiera in senso stretto quanto se perpetrata allo scopo di alimentare le reti di sfruttamento di esseri umani».

L’articolo 1, paragrafo 1, della medesima direttiva dispone quanto segue:

«Ciascuno Stato membro adotta sanzioni appropriate:

a) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all’ingresso o al transito degli stranieri;

b) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri».

In forza dell’articolo 3 di tale direttiva, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché le infrazioni di cui agli articoli 1 e 2 della medesima direttiva siano soggette a sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

L’articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell’ingresso, del transito e dei soggiorni illegali (GU 2002, L 328, pag. 1), è così formulato:

Dalle
Corti

«Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché gli illeciti definiti negli articoli 1 e 2 della direttiva [2002/90] siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione».

DIRITTO ITALIANO. L'articolo 12, commi 3 e 3 bis, del decreto legislativo del 25 luglio 1998, n. 286, recante Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (supplemento ordinario alla GURI n. 191, del 18 agosto 1998), come modificato dalla legge del 15 luglio 2009, n. 94 (in prosieguo: il «decreto legislativo n. 286/1998»), dispone come segue:

«3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui:

a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone;

b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;

c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;

d) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti;

e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti.

3 bis. Se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo a due o più delle ipotesi di cui alle

lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata».

PROCEDIMENTO PRINCIPALE E QUESTIONI PREGIUDIZIALI. Dall'ordinanza di rinvio risulta che gli imputati nel procedimento principale, mediante la costituzione in Italia di una società che sarebbe un'estensione fittizia dell'Api Construction SRL, società di diritto rumeno, hanno ottenuto, nel corso degli anni 2004 e 2005, dalla direzione provinciale del lavoro di Pescara (Italia), talune autorizzazioni al lavoro e successivamente taluni permessi di soggiorno sul territorio italiano per 30 cittadini rumeni. Dette autorizzazioni sono state rilasciate sulla base dell'articolo 27, lettera g), del decreto legislativo n. 286/1998, che consente l'ammissione temporanea, dietro richiesta del datore di lavoro e al di fuori delle quote di ingressi di lavoratori stranieri, di lavoratori impiegati alle dipendenze di imprese operanti in Italia.

Risulta parimenti dall'ordinanza di rinvio che gli imputati nel procedimento principale sono accusati di avere organizzato l'ingresso illegale dei suddetti cittadini rumeni, in un'epoca anteriore all'adesione della Romania all'Unione europea, «al fine di trarre profitto dallo sfruttamento intensivo e continuato di mano d'opera straniera a basso costo».

Il giudice del rinvio s'interroga sulla questione se, da un lato, in considerazione dell'articolo 6 TUE, dell'articolo 49 della Carta e dell'articolo 7 della CEDU, l'adesione della Romania all'Unione abbia comportato l'effetto di abolire il reato di favoreggiamento, da parte di cittadini italiani, dell'immigrazione clandestina di cittadini rumeni commesso prima di tale adesione, e, dall'altro, se il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole debba applicarsi agli imputati nel procedimento principale.

Pertanto, il Tribunale ordinario di Campobasso (Italia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) se l'articolo 7 della CEDU, l'articolo 49 della [Carta], l'articolo 6 del [TUE] debbano essere interpretati nel senso che l'adesione della Romania all'Unione Europea, avvenuta il dì 1° gennaio 2007, abbia determinato l'abolizione del reato previsto e punito dall'articolo 12 Decreto legislativo n. 286/1998 (...) relativamente al favoreggiamento dell'immigrazione e del trattenimento di cittadini rumeni nel territorio dello Stato italiano;

2) se i richiamati articoli debbano essere interpretati nel senso che sia precluso allo Stato membro, nei confronti di quanti, prima del dì 1° gennaio 2007 (o di altra data successiva indicante la piena operatività del trattato), data di operatività dell'adesione della Romania all'Unione Europea, si siano resi responsabili della violazione dell'articolo 12 del decreto legislativo n. 286/1998 per avere favorito l'immigrazione di cittadini rumeni, non più prevista come reato dal dì 1° gennaio 2007, applicare il principio della retroattività benigna (in mitius)».

SULLA COMPETENZA DELLA CORTE. Il governo italiano contesta la ricevibilità delle questioni pregiudiziali per il motivo che le norme di diritto dell'Unione invocate non sono applicabili ad un caso come quello oggetto del procedimento principale. Infatti, le disposizioni nazionali relative al reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, anche quando il reato sia stato commesso a beneficio di cittadini rumeni prima dell'adesione della Romania all'Unione, non rientrerebbero nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

A tale riguardo occorre ricordare che l'ambito di applicazione della Carta, per quanto riguarda l'operato degli Stati membri, è definito all'articolo 51, paragrafo 1, della medesima, ai sensi del quale le disposizioni della Carta si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione (sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 17).

Dalla giurisprudenza della Corte risulta che la nozione di «attuazione del diritto dell'Unione» di

cui all'articolo 51 della Carta presuppone l'esistenza di un collegamento tra un atto del diritto dell'Unione e la misura nazionale in causa che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra (v., in tal senso, sentenza del 6 marzo 2014, Siragusa, C-206/13, EU:C:2014:126, punto 24).

Tali considerazioni corrispondono a quelle sottese all'articolo 6, paragrafo 1, TUE, a termini del quale le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione come definite nei trattati (sentenza dell'8 maggio 2014, Pelckmans Turnhout, C-483/12, EU:C:2014:304, punto 21).

È vero che l'ordinanza di rinvio non indica espressamente le disposizioni del diritto dell'Unione che sarebbero state attuate dalla normativa nazionale in causa nel procedimento principale.

Tuttavia, ai sensi del suo considerando 2, la direttiva 2002/90 persegue l'obiettivo di ridurre l'attività di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Dal canto suo, l'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/946 prevede che ciascuno Stato membro adotti le misure necessarie affinché gli illeciti definiti negli articoli 1 e 2 della citata direttiva siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione.

Indipendentemente dalla questione se il decreto legislativo n. 286/1998 sia stato adottato al fine di trasporre nell'ordinamento giuridico italiano le disposizioni della direttiva 2002/90 e della decisione quadro 2002/946, i procedimenti penali volti a reprimere il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, come quelli oggetto del procedimento principale, mirano ad assicurare l'attuazione di tale direttiva e di tale decisione quadro (v., per analogia, sentenza del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punti 27 e 28).

Inoltre, occorre constatare che, nel caso di specie, le questioni pregiudiziali sono relative alla

questione di sapere quale sia l'incidenza dell'acquisizione dello status di cittadino dell'Unione da parte dei cittadini rumeni, per effetto dell'adesione della Romania, sull'applicazione della predetta normativa nazionale, in tal modo mettendo in opera l'interpretazione del diritto dell'Unione.

In considerazione di quanto precede, la Corte è competente a rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice del rinvio.

NEL MERITO

OSSERVAZIONI PRELIMINARI. Come precisato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. L'articolo 52, paragrafo 3, della Carta prevede, inoltre, che i diritti in essa contenuti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU hanno lo stesso significato e la stessa portata di quelli conferiti da tale convenzione. Quest'ultima tuttavia non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione (sentenze del 26 febbraio 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, punto 44, e del 15 febbraio 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punto 45).

Occorre pertanto riferirsi unicamente all'articolo 6 TUE nonché all'articolo 49 della Carta (v., in tal senso, sentenze del 6 novembre 2012, Otis e a., C-199/11, EU:C:2012:684, punto 47, nonché del 15 febbraio 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, punto 46).

SULLE QUESTIONI PREGIUDIZIALI. Con le sue questioni, alle quali è opportuno rispondere congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'articolo 6 TUE e l'articolo 49 della Carta debbano essere interpretati nel senso che l'adesione di uno Stato all'Unione non osti a che un altro Stato membro possa infliggere una sanzione penale a coloro che, prima di tale adesione, abbiano commesso il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cittadini del primo Stato.

In tale contesto, il giudice del rinvio s'interroga altresì sull'applicazione del principio di retroattività

della legge penale più favorevole ad imputati che abbiano organizzato l'immigrazione clandestina.

A tal riguardo, occorre ricordare che detto principio, quale sancito all'articolo 49, paragrafo 1, della Carta, fa parte del diritto primario dell'Unione. Ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha conferito alla Carta lo stesso valore giuridico dei trattati, la Corte ha dichiarato che tale principio derivava dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, pertanto, doveva essere considerato parte integrante dei principi generali del diritto dell'Unione che il giudice nazionale deve rispettare quando applica il diritto nazionale (v., in tal senso, sentenza del 29 maggio 1997, Kremzow, C-299/95, EU:C:1997:254, punto 14).

Pertanto, la mera circostanza che i fatti oggetto del procedimento principale siano occorsi negli anni 2004 e 2005, vale a dire prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona avvenuta il 1° dicembre 2009, non osta all'applicazione, nel caso di specie, dell'articolo 49, paragrafo 1, della Carta.

L'applicazione della legge penale più favorevole comporta necessariamente una successione di leggi nel tempo e poggia sulla constatazione che il legislatore ha cambiato parere o in merito alla qualificazione penale dei fatti o in merito alla pena da applicare a un'infrazione.

Ebbene, nel caso di specie, dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta che la normativa penale in causa nel procedimento principale, segnatamente l'articolo 12, commi 3 e 3 bis, del decreto legislativo n. 286/1998, non è stata oggetto di modifiche successivamente alla commissione dei reati contestati agli imputati nel procedimento principale. Infatti, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina in Italia resta passibile di una pena che va dai cinque ai quindici anni di reclusione.

Tuttavia, il giudice del rinvio osserva che la modifica legislativa da prendere in considerazione è avvenuta nell'ambito di una legge «extra-penale», vale a dire l'atto di adesione della Romania all'Unione. Esso sottolinea che l'acquisizione, da parte dei

cittadini rumeni, dello status di cittadini dell’Unione in seguito a tale adesione, il 1° gennaio 2007, e l’abolizione, il 1° gennaio 2014, delle ultime restrizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori hanno reso nulle le ragioni della repressione penale nei confronti di coloro che hanno organizzato l’immigrazione di tali cittadini in epoca anteriore.

Detto giudice aggiunge che, in una sentenza del 10 gennaio 2008, la Corte suprema di cassazione (Italia), statuendo a Sezioni Unite, ha escluso che l’adesione della Romania all’Unione abbia potuto privare della sua rilevanza penale il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina commesso anteriormente a detta adesione, e che detta giurisprudenza è stata riaffermata nel corso degli anni 2011 e 2015. Nondimeno, nell’ordinanza dell’8 maggio 2007, mediante cui aveva rimesso la causa appena citata dinanzi alle Sezioni Unite, la Prima Sezione della Corte suprema di cassazione aveva sostenuto la tesi opposta.

Si pone dunque la questione se l’acquisizione dello status di cittadino dell’Unione da parte dei cittadini rumeni incida sugli elementi costitutivi del reato in materia di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina e, di conseguenza, sull’applicazione della normativa penale in causa nel procedimento principale.

L’articolo 12, commi 3 e 3 bis, del decreto legislativo n. 286/1998 non ha per obiettivo i cittadini di paesi terzi che entrino illegalmente in Italia e vi soggiornino senza disporre di un titolo di residenza, bensì le persone che favoriscano l’ingresso e il soggiorno irregolari di tali cittadini nel territorio di tale Stato. La mera circostanza per cui, successivamente al loro ingresso illegale, detti cittadini siano divenuti cittadini dell’Unione a motivo dell’adesione del loro Stato d’origine all’Unione non è idonea ad influenzare lo svolgimento dei procedimenti penali avviati contro coloro che abbiano favorito l’immigrazione clandestina.

Invero, l’acquisizione della cittadinanza dell’Unione costituisce una circostanza di fatto che non

è di natura tale da modificare gli elementi costitutivi del reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina.

Orbene, come è stato indicato al punto 28 della presente sentenza, la normativa penale in causa nel procedimento principale, segnatamente l’articolo 12, commi 3 e 3 bis, del decreto legislativo n. 286/1998, punisce il favoreggiamento dell’immigrazione clandestina in Italia con la reclusione, conformemente all’articolo 3 della direttiva 2002/90 ed all’articolo 1 della decisione quadro 2002/946, a termini dei quali un’infrazione di questo tipo dev’essere passibile di una sanzione effettiva, proporzionata e dissuasiva.

Gli elementi costitutivi del reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina sono dunque rimasti invariati nell’ordinamento giuridico italiano, non avendo l’adesione della Romania all’Unione prodotto effetti sulla qualificazione di tale infrazione.

Come l’avvocato generale ha rilevato ai paragrafi 26 e 27 delle sue conclusioni, nessuna disposizione della direttiva 2002/90 né di alcun altro testo normativo dell’Unione consente di ritenere che l’acquisizione della cittadinanza dell’Unione debba comportare il venir meno dell’infrazione commessa da imputati, come quelli nel procedimento principale, che erano dediti al traffico di manodopera. Statuire in senso contrario equivarrebbe ad incoraggiare detto traffico non appena uno Stato abbia avviato il processo di adesione all’Unione, poiché i trafficanti avrebbero la garanzia di beneficiare successivamente dell’immunità. Lo scopo raggiunto sarebbe, quindi, contrario a quello perseguito dal legislatore dell’Unione.

Peraltro, la Corte ha reiteratamente dichiarato che le disposizioni relative alla cittadinanza dell’Unione sono applicabili sin dal momento della loro entrata in vigore e che, pertanto, occorre ritenere che esse devono trovare applicazione con riferimento agli effetti presenti di situazioni sorte anteriormente (sentenze dell’11 luglio 2002, D’Hoop,

C-224/98, EU:C:2002:432, punto 25, nonché del 21 dicembre 2011, Ziolkowski e Szeja, C-424/10 e C-425/10, EU:C:2011:866, punto 58).

Risulta inequivocabilmente dall'ordinanza di rinvio che il reato contestato agli imputati nel procedimento principale è stato commesso negli anni 2004 e 2005.

Ebbene, come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 36 e 37 delle sue conclusioni, la modalità di realizzazione dell'elemento materiale di tale infrazione impone di classificare quest'ultima nella categoria dei reati istantanei. Infatti, il favoreggiamento dell'ingresso risulta materialmente realizzato quando il cittadino di un paese terzo attraversa la frontiera esterna dell'Unione, e il favoreggiamento del soggiorno quando gli sono consegnati i documenti, ottenuti fraudolentemente, che gli consentono di simulare la sussistenza del diritto a beneficiare dei vantaggi connessi alla cittadinanza dell'Unione o allo status di lavoratore straniero in situazione regolare.

L'infrazione contestata agli imputati nel procedimento principale era pertanto integralmente e definitivamente realizzata prima dell'adesione della Romania all'Unione, il 1° gennaio 2007, e, a fortiori, prima dell'abolizione, il 1° gennaio 2014, delle ultime restrizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori cittadini di detto Stato.

Ne consegue che, nel caso di specie, la suddet-

ta infrazione non costituisce una situazione sorta prima dell'adesione della Romania all'Unione che non abbia prodotto tutti i suoi effetti prima di tale adesione (v., in tal senso, sentenza del 3 settembre 2014, X, C-318/13, EU:C:2014:2133, punti 22 e 23).

Pertanto, in considerazione di tutto quanto precede, alle questioni pregiudiziali occorre rispondere che l'articolo 6 TUE e l'articolo 49 della Carta devono essere interpretati nel senso che l'adesione di uno Stato all'Unione non osta a che un altro Stato membro possa infliggere una sanzione penale a coloro che, prima di tale adesione, abbiano commesso il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cittadini del primo Stato.

SULLE SPESE. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

P.Q.M. L'articolo 6 TUE e l'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che l'adesione di uno Stato all'Unione non osta a che un altro Stato membro possa infliggere una sanzione penale a coloro che, prima di tale adesione, abbiano commesso il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cittadini del primo Stato.

(Omissis)

Corte di Giustizia UE e modifiche “mediate” alla legge penale: (ir)retroattività della *lex mitior*?

1. Una breve premessa.

La sentenza in commento è destinata ad accrescere il già ricco dibattito che si registra in tema di modifiche “mediate” alla fattispecie penale. Con tale espressione si intende quel fenomeno nel quale il *novum* normativo, invece di colpire direttamente la disposizione incriminatrice, interessa altre disposizioni – talvolta definite anche “extrapenali” – che sono comunque, in vario modo, richiamate o presupposte dalla norma incriminatrice.

Come è noto, la dottrina italiana, sin dall’ormai celebre *leading case* della calunnia affrontato dalla Corte di Cassazione nel 1951, ha sempre dedicato una particolare attenzione alla tematica¹. E l’interesse della dottrina si è ulteriormente rafforzato negli ultimi anni, a seguito di alcuni importanti arresti giurisprudenziali in materia, dei quali sarà dato breve conto in seguito.

Non è però questa la sede per analizzare, anche solo sommariamente, le molteplici, e talora complesse, teorie elaborate sulla questione; il presente lavoro si prefigura unicamente lo scopo di esaminare la recentissima sentenza della Corte di Giustizia UE alla luce della precedente (e, almeno sino ad una certa data, non del tutto univoca) giurisprudenza di legittimità italiana e di fornire, in merito, qualche spunto di riflessione². A parere di chi scrive, infatti, né le conclusioni cui giunge la Corte di Giustizia UE, né le argomentazioni a sostegno, appaiono del tutto convincenti.

2. Il caso.

La vicenda affrontata dalla sentenza in commento rappresenta tutt’altro che una novità, essendosi la Corte di Cassazione già pronunciata più volte in passato su casi del tutto analoghi. Avanti al Tribunale di Campobasso era infatti pendente un giudizio nei confronti di alcuni soggetti chiamati a rispondere del reato di cui all’art. 12, commi 3 e 3 *bis*, del decreto legislativo n. 286/1998 per aver organizzato l’ingresso illegale sul territorio italiano di 30

¹ Il riferimento è a Cass., Sez. III, 7 aprile 1951, Ottazzi, in *Giust. Pen.*, 1951, II, c. 1073 e ss. La vicenda era quella di un uomo falsamente denunciato, durante la Repubblica di Salò, di appartenere al Comitato di Liberazione Nazionale (CLN) e chiamato a rispondere del delitto di partecipazione ad associazione sovversiva; una volta scoperta la falsità di tale accusa, il denunciante fu tratto a giudizio per il reato di calunnia, ma nel frattempo il regime fascista era caduto e l’appartenenza al CLN non costituiva più reato. La Cassazione confermò la condanna del denunciante, sul presupposto che la successiva *abolitio criminis* costituiva un *posterius* del tutto irrilevante, che non eliminava l’inganno teso all’amministrazione della giustizia.

² Per una sintetica, ma chiara, disamina delle varie posizioni dottrinali, si rimanda a A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. Pen.*, 2008, 2694 ss.; per un ulteriore approfondimento si rinvia invece ai contributi monografici di G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme “integratrici”: teoria e prassi*, Milano, 2008, 976; e di D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Torino, 2006, 642.

cittadini rumeni nel corso degli anni 2004 e 2005, dunque in epoca anteriore all'adesione della Romania all'Unione Europea, avvenuta in data 1 gennaio 2007.

Il Tribunale di Campobasso s'interroga se, alla luce della normativa europea, l'adesione della Romania all'Unione abbia comportato una parziale *abrogatio criminis* del reato in questione – nei confronti, cioè, delle condotte di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cittadini rumeni realizzate prima del 2007 – e se il principio di retroattività della *lex mitior* debba applicarsi agli imputati nel procedimento in corso. Infatti, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il novellato articolo 6 del TUE sancisce che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (di seguito la “Carta”) assume lo stesso valore giuridico dei trattati e che l'Unione aderisce alla C.E.D.U.; e tanto la Carta, all'articolo 49, quanto la C.E.D.U., all'articolo 7 (almeno secondo l'interpretazione datane dalla Corte EDU), affermano il principio della retroattività della legge penale più favorevole³.

Il Tribunale di Campobasso decide pertanto di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di Giustizia UE le seguenti, e strettamente connesse tra loro, questioni pregiudiziali: “*se l'articolo 7 della CEDU, l'articolo 49 della [Carta], l'articolo 6 del [TUE] debbano essere interpretati nel senso che l'adesione della Romania all'Unione Europea, avvenuta il dì 1 gennaio 2007, abbia determinato l'abolizione del reato previsto e punito dall'articolo 12 decreto legislativo n. 286/1998 [...] relativamente al favoreggiamento dell'immigrazione e del trattenimento di cittadini rumeni nel territorio dello Stato italiano*” e “*se i richiamati articoli debbano essere interpretati nel senso che sia precluso allo Stato membro, nei confronti di quanti, prima del dì 1 gennaio 2007 (o di altra data suc-*

³ L'articolo 6 del TUE recita:

1. *L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.*

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. *L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.*

3. *I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.*

L'articolo 49 della Carta (principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene) recita:

1. *Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima.*

2. *Il presente articolo non osta al giudizio e alla condanna di una persona colpevole di un'azione o di un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali riconosciuti da tutte le nazioni.*

3. *Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato.*

L'articolo 7 della C.E.D.U. (“nulla poena sine lege”) recita:

1. *Nessuno può essere condannato per una azione o una omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso.*

2. *Il presente articolo non ostacolerà il giudizio e la condanna di una persona colpevole di una azione o di una omissione che, al momento in cui è stata commessa, costituiva un crimine secondo i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili.*

cessiva indicante la piena operatività del trattato), data di operatività dell’adesione della Romania all’Unione Europea, si siano resi responsabili della violazione dell’articolo 12 del decreto legislativo n. 286/1998 per avere favorito l’immigrazione di cittadini rumeni, non più prevista come reato dal dì 1 gennaio 2007, applicare il principio della retroattività benigna (in mitius)”.

3. La soluzione adottata dalla Corte di Giustizia UE.

La Corte risolve innanzitutto, e in senso favorevole, una questione di competenza, rigettando la tesi del governo italiano che aveva contestato la ricevibilità delle questioni pregiudiziali sul presupposto che le norme del diritto dell’Unione non fossero applicabili al caso di specie. In sintesi, la Corte ricorda che in virtù dell’art. 51 della Carta le sue disposizioni si applicano agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione, ma occupandosi il decreto legislativo n. 286/1998 di materia regolamentata dal diritto dell’Unione e perseguendo le medesime finalità di quest’ultimo (indipendentemente dalla circostanza che il decreto sia stato adottato o meno per dare attuazione alla normativa europea), la Corte conclude per la propria competenza⁴.

La Corte esclude però di potersi riferire anche all’art. 7 della C.E.D.U., in quanto, nonostante il già richiamato art. 6 del TUE, l’Unione non ha ancora aderito alla convenzione e pertanto quest’ultima non costituisce al momento un atto giuridico formalmente integrato nell’ordinamento dell’Unione. La questione, pertanto, deve essere risolta con riferimento ai soli articoli 6 del TUE e 49 della Carta.

Quest’ultima disposizione – sostiene la Corte – nell’affermare il principio di retroattività della legge penale più favorevole, ha codificato quello che già era riconosciuto come principio generale del diritto dell’Unione, come tale vincolante per gli Stati membri. Dunque, la circostanza che i fatti oggetto del procedimento principale siano del 2004 e 2005 (anteriori all’entrata in vigore della Carta, avvenuta il 1 dicembre 2009), non osta all’applicazione di tale norma.

Ma affinché il principio di retroattività della *lex mitior* trovi applicazione – prosegue la Corte – occorre “*necessariamente*” che vi sia stata una successione di leggi nel tempo, tale che “*il legislatore ha cambiato parere o in merito alla qualificazione penale dei fatti o in merito alla pena da applicare a un’infrazione*”; mentre l’art. 12, commi 3 e 3bis, del decreto legislativo n. 286/1998 non è stato oggetto di alcuna modifica successiva alla commissione dei reati oggetto del procedimento principale.

È evidente che un tale approccio risolverebbe *a priori* l’annosa questione delle modifiche “mediate” alla fattispecie penale, ritenendole, in quanto tali, irrilevanti. Per fortuna

⁴ Non è questa la sede per approfondire la tematica, ma è già stata giustamente evidenziata la potenzialità ‘esplosiva’ della Carta alla luce di un simile approccio. Si veda F. VIGANÒ, *La Corte di Giustizia UE in materia di retroattività in mitius della legge penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 24 ottobre 2016.

– ma solo relativamente, come si vedrà a breve – la Corte non esaurisce qui il proprio ragionamento.

Infatti, dopo aver delineato il principio di retroattività della *lex mitior* nei ristretti termini sopra ricordati, la Corte aggiunge che tuttavia, secondo il giudice del rinvio, la modifica legislativa da prendere in considerazione nel caso di specie sarebbe avvenuta nell’ambito di una legge “extra-penale”; pertanto la questione da risolvere consiste nel decidere se l’adesione della Romania all’Unione, e di conseguenza l’acquisizione dello *status* di cittadino dell’Unione da parte dei cittadini rumeni, abbia inciso sugli elementi costitutivi del reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina.

Il criterio che la Corte adotta con riferimento alla problematica delle modifiche “mediate” è dunque quello di capire se la novella extra-penale influisca o meno sugli elementi costitutivi del reato. E, in relazione alla vicenda sottoposta dal Tribunale di Campobasso, la Corte conclude in senso negativo, sostenendo che “*l’acquisizione della cittadinanza dell’Unione costituisce una circostanza di fatto che non è di natura tale da modificare gli elementi costitutivi del reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina*”.

La Corte si concede poi una considerazione non propriamente giuridica che, per quanto detta a conclusione di un ragionamento di per sé esaustivo, ha probabilmente avuto un peso assai più consistente nel delineare la soluzione al caso di specie. Si legge infatti nella sentenza in commento che “[s]tatuire in senso contrario equivarrebbe ad incoraggiare [un traffico di manodopera] non appena uno Stato abbia avviato il processo di adesione all’Unione, poiché i trafficanti avrebbero la garanzia di beneficiare successivamente dell’immunità”.

Infine, a completamento del proprio *iter* argomentativo, e con una motivazione di dubbia pertinenza in quanto estranea al diritto penale, la Corte aggiunge che le disposizioni relative alla cittadinanza dell’Unione si applicano sin dalla loro entrata in vigore e anche con riferimento agli effetti ancora presenti di situazioni sorte anteriormente, ma essendo il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina un reato istantaneo, l’infrazione contestata agli imputati al momento dell’adesione della Romania all’Unione aveva già spiegato tutti i suoi effetti.

Alla luce di tali motivazioni – prima tra tutte la soluzione adottata con riferimento alla questione della modifiche “mediate” alla fattispecie penale – la Corte giunge alla conclusione che “[l’]articolo 6 del TUE e l’articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea devono essere interpretati nel senso che l’adesione di uno Stato all’Unione non osta a che un altro Stato membro possa infliggere una sanzione penale a coloro che, prima di tale adesione, abbiano commesso il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina di cittadini del primo Stato”.

4. Il criterio (o i criteri) elaborati dalla giurisprudenza italiana.

Come già anticipato, la Corte di Giustizia UE ha sostanzialmente recepito – peraltro senza il medesimo sforzo argomentativo – la soluzione sviluppata dalla Corte di Cassa-

zione nel 2007 nel caso *Magera*, da allora ritenuta una sorta di pietra angolare in tema di modifiche “mediate” alla fattispecie penale, cui ha fatto riferimento tutta la giurisprudenza successiva⁵.

Alla base della vicenda vi era anche in questo caso l’adesione della Romania all’Unione Europea, ma in tale circostanza lo straniero non era stato il soggetto passivo, come nell’ipotesi di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, bensì il soggetto attivo, trattandosi del reato di inosservanza dell’ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato compiuto da un cittadino rumeno prima della data di adesione, ossia il vecchio art. 14, comma 5 *ter*, del decreto legislativo n. 286/1998. La natura della questione era però la medesima, ossia la rilevanza delle modifiche “mediate” alla fattispecie penale; diverso era soltanto il parametro normativo di riferimento, dato in questo caso dall’art. 2 c.p. e non dall’art. 49 della Carta.

La prima sezione della Suprema Corte, ritenendo che in materia vi fosse un contrasto giurisprudenziale, rimise la questione alle Sezioni Unite. Queste ultime, invece, esclusero che con riferimento alla specifica questione del favoreggiamento dell’immigrazione clandestina di stranieri che hanno acquisito successivamente la cittadinanza europea sussistesse alcun contrasto, avendo la Corte sempre concluso per l’irrilevanza di tale successione di legge extra-penale⁶. Ma orientamenti difformi esistevano sugli effetti in generale delle modifiche “mediate” alla fattispecie penale e le Sezioni Unite colsero l’occasione per affrontare la tematica in modo approfondito.

La soluzione che esse elaborano – sulla scia di un noto altro precedente⁷ – è quella per cui “[l]’indagine sugli effetti penali della successione di leggi extrapenali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto: [...] occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta letteralmente immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato”. Solo in tal caso si avrà un *abolitio criminis* parziale rilevante ai sensi dell’art. 2, comma 2, c.p., altrimenti si avrà semplicemente un caso in cui in concreto il reato non è più configurabile. In altri termini, secondo le Sezioni Unite, se la successione tra le norme extrapenali incide sulla fattispecie astratta, determina un’abolizione parziale del reato, se invece comporta solo una nuova situazione di fatto, allora non assume alcuna rilevanza per le condotte anteriori alla modifica.

Viene pertanto respinta *in toto* la c.d. teoria della doppia punibilità in concreto, in virtù della quale se un determinato fatto risulta concretamente punibile sia in base alla legge

⁵ Cass., sez. un., 27 settembre 2007, n. 2451, *Magera*, in *Cass. pen.*, 2008, 898.

⁶ Ad esempio, in relazione al favoreggiamento di cittadine lettoni commesso prima dell’adesione della Lettonia all’Unione, si veda Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2004, n. 9223, Buglione, in *Cass. pen.*, 2005, 1566.

⁷ Cass., sez. un., 26 marzo 2003, n. 25887, Giordano, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1503.

anteriore che a quella posteriore, allora non vi è alcuna *abolitio criminis*, se invece è concretamente punibile in virtù della vecchia normativa ma non più in base alla nuova, allora trova applicazione l'art. 2, comma 2, c.p.. Si tratta di un criterio che pure era stato adottato dalle medesime Sezioni Unite vent'anni prima, nel caso *Tuzet*, ove si riconobbe un'ipotesi di *abrogatio criminis* dei delitti di peculato e malversazione commessi dagli operatori bancari a seguito della modifica della legge extrapenale che aveva fatto venire meno in capo agli stessi la qualifica di incaricato di pubblico servizio, ritenendo che “*per quanti bizantinismi si vogliano fare, non si potrà mai contestare che il fatto di reato ascritto [agli imputati], se commesso oggi, non costituirebbe reato*”⁸.

Nel caso *Magera* invece, ritenendo che la decisione sul caso *Tuzet* fosse stata influenzata dalla specificità di quella vicenda e prendendo atto di come la stessa sia rimasta sostanzialmente isolata nella successiva giurisprudenza di legittimità, si delinea un tutt'altro criterio, che fa leva sull'incidenza della modifica extra-penale sulla fattispecie astratta. E si sostiene che l'acquisizione della cittadinanza europea da parte dei cittadini rumeni, o di qualsiasi altro Stato entrato recentemente a far parte dell'Unione, non abbia inciso sulla fattispecie di reato astratta, ma abbia dato unicamente luogo ad una modifica della situazione di fatto, come tale irrilevante.

Merita infine di evidenziare che anche nel caso *Magera* le Sezioni Unite – come oggi la Corte di Giustizia UE – espressero la preoccupazione, di natura politica, che una diversa soluzione avrebbe aperto le porte al rischio che i cittadini di uno stato in procinto di aderire all'Unione Europea sarebbero stati indotti a trasgredire la normativa in questione, potendo confidare sulla successiva *abolitio criminis*. E sorge spontanea la domanda su quanto tale argomentazione extra-giuridica, che nella sentenza ha trovato spazio solo a conclusione di un lungo *iter* argomentativo, abbia di fatto influenzato l'intera decisione⁹. Quale che sia la risposta a tale domanda, resta il dato di fatto che i principi elaborati dalle Sezioni Unite nel caso *Magera* sono stati richiamati dalla Corte di Cassazione in tutti gli altri casi analoghi affrontati successivamente¹⁰.

5. Alcune note critiche.

Alla luce dell'analisi sin qui svolta, è fin troppo evidente che è possibile tracciare una linea di continuità che parte dalla sentenza delle Sezioni Unite sul caso *Magera* e arriva sino alla pronuncia della Corte di Giustizia UE in commento. E poiché le conclusioni cui giungono sia i giudici italiani che quelli europei non appaiono del tutto condivisibili,

⁸ Cass., sez. un., 23 maggio 1987, *Tuzet*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 695.

⁹ Sul punto si veda L. RISICATO, *La restaurata ostilità delle Sezioni Unite nei confronti delle modifiche mediate della fattispecie penale*, in *Dir. pen e proc.*, 2008, 321.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. I, 28 febbraio 2008, n. 10265, Cristofan, in *Cass. pen.*, 2009, 1981; Cass., sez. I, 27 maggio 2011, n. 30287, Magli, in *De Jure*; Cass., sez. I, 22 giugno 2011, n. 34682, Tuniz, in *De Jure*; Cass., sez. I, 22 giugno 2011, n. 47650, Agnello, in *De Jure*; Cass., sez. I, 13 marzo 2015, n. 12918, Castiglia, in *CED Cass. Pen.*, 2015.

è opportuno provare a prospettare, sia pur sommariamente, alcune opzioni alternative.

Una prima alternativa è rappresentata dalla stessa teoria della doppia punibilità in concreto che, senza dubbio, ove applicata ai casi sopra analizzati, avrebbe condotto a soluzioni diametralmente opposte. E, almeno per la giurisprudenza italiana, il suddetto criterio non costituirebbe una novità, avendone già fatto impiego le Sezioni Unite nel caso *Tuzet* e affondando le proprie radici anche in una determinata, e autorevolmente sostenuta, concezione del fatto costituente reato quale “*fatto storicamente determinato in tutti gli aspetti rilevanti ai fini dell’applicazione di una disposizione incriminatrice*”¹¹. Ma come è stato giustamente evidenziato, l’applicazione pratica di tale teoria potrebbe suscitare ben più di una perplessità, ad esempio rendendo non più punibile l’inosservanza dell’ordine del questore di lasciare il territorio dello stato da parte dell’extra-comunitario che, per effetto di un matrimonio con un cittadino italiano, abbia successivamente acquisito la cittadinanza italiana¹².

Condivisibile appare invece quella critica che, proprio a partire dallo stesso criterio elaborato dalle Sezioni Unite (e fatto proprio poi dalla Corte di Giustizia UE), contesta la conclusione cui le stesse giungono. Infatti, queste ultime, in uno dei passaggi più ambigui della sentenza *Magera*, affermano che, se la modifica della legge extra-penale fosse consistita nel mutamento della definizione di straniero di cui all’art. 1 del decreto legislativo n. 286/1998 – ad esempio se da tale categoria fosse stata esclusa l’intera sottoclasse dei cittadini degli Stati in attesa di aderire all’Unione – allora avremmo dovuto ritenere che tale modifica incideva sulla fattispecie astratta di reato e in relazione a quella sottoclasse avremmo avuto un *abolitio criminis*. Non così invece ove consiste semplicemente nell’adesione di un singolo Stato all’Unione Europea.

Ebbene, contrariamente a quanto ritengono le Sezioni Unite, potremmo sostenere, così come è stato autorevolmente sostenuto, che l’adesione della Romania, come di qualunque altro Stato, all’Unione Europea, dia luogo esattamente ad una modifica della legge extra-penale che incide sulla fattispecie astratta, andando a sottrarre dall’area incriminatrice non una singola persona, ma un’intera categoria di persone, ossia i cittadini rumeni (tanto nell’ipotesi in cui essi siano i soggetti attivi del reato quanto in quella in cui siano i soggetti passivi)¹³.

Resta però una considerazione di natura extra-giuridica: se è vero che, proprio alla luce del criterio elaborato dalle Sezioni Unite, si potrebbe giungere ad una conclusione opposta a quella che le stesse delineano, è probabilmente altrettanto vero che, fintanto che la questione sarà affrontata nell’ambito dell’art. 2, comma 2, c.p. (con tutto ciò che ne consegue in termini di possibilità di proporre la revoca delle sentenze di condanna ex art. 673

¹¹ T. PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, 2012, 45; nello stesso senso anche G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2014, 108.

¹² L’esempio è di M. GAMBARDILLA, *L’articolo 2 del codice penale tra nuova incriminazione, abolitio criminis, depenalizzazione e successione di leggi nel tempo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1215. Si veda anche A. CAPPELLINI, *Modifiche “mediate” e falso nummario: la Cassazione conferma la tesi strutturale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 338.

¹³ M. GAMBARDILLA, *op. cit.*, 1216; L. RISCATO, *op. cit.*, 321.

c.p.p.), difficilmente la Suprema Corte avrà il coraggio di operare una diversa applicazione di quel medesimo criterio.

Si potrebbe allora valutare se, e in quali termini, la questione potrebbe più realisticamente essere ricondotta nell'alveo del comma 4 dell'art. 2 c.p., contemperando così l'esigenza di dare giustizia a quelle categorie di persone che si trovano a processo per fatti che commessi oggi non sarebbero più punibili, con quella di evitare di travolgere le sentenze passate in giudicato. D'altronde l'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite nel caso *Magera* aveva prospettato proprio tale possibilità.

Infine, è lecito domandarsi se la questione non potrebbe trovare una soluzione diversa nell'ambito della C.E.D.U. – cui la Corte di Giustizia UE ha invece ritenuto di non potersi riferire – prendendo a parametro il principio della retroattività della *lex mitior* così come delineato dalla Corte EDU nel caso *Scoppola*¹⁴. Quest'ultima, infatti, nel riconoscere in virtù di un'interpretazione evolutiva che l'art. 7 C.E.D.U. implicitamente sancisce il principio di retroattività della *lex mitior*, e nell'individuare un limite alla sua operatività nell'intangibilità del giudicato, ha già dimostrato di possedere un approccio elastico e pragmatico, e ben potrebbe ricomprendere nel campo di applicazione di tale articolo anche le modifiche “mediate” (o almeno alcune di esse) alla fattispecie penale.

GHERARDO PECCHIONI

¹⁴ Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (n. 10249/2003), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 356.

Cass. pen., Sez. III, 21 settembre 2016 (dep. il 3 novembre 2016), n. 46170 – Pres. Amoroso – Est. Ramacci

Reati ambientali – Delitto di inquinamento ambientale, art. 452-bis c.p.

La “compromissione” o il “deterioramento”, di cui al delitto di inquinamento ambientale previsto dall’art. 452-bis cod. pen., consistono in una alterazione, significativa e misurabile, della originaria consistenza della matrice ambientale o dell’ecosistema, caratterizzata, nel caso della “compromissione”, da una condizione di squilibrio “funzionale”, incidente sui processi naturali correlati alla specificità della matrice o dell’ecosistema medesimi e, nel caso del “deterioramento”, da una condizione di squilibrio “strutturale”, connesso al decadimento dello stato o della qualità degli stessi.

(*Omissis*)

RITENUTO IN FATTO. 1. Il Tribunale della Spezia, con ordinanza del 22/1/2016 ha accolto l’istanza di riesame avverso il decreto di sequestro preventivo emesso in data 29/12/2015 dal Giudice per le indagini preliminari del medesimo Tribunale ed avente ad oggetto una porzione di fondale ed un cantiere, ipotizzandosi, a carico di (*omissis*), progettista e direttore dei lavori di dragaggio del “(*omissis*)” e del “(*omissis*)”, il reato di inquinamento ambientale di cui all’articolo 452 bis c.p., concretatosi nell’aver omesso di rispettare le norme progettuali, provocando dispersione di sedimenti nelle acque circostanti, conseguente trasporto degli inquinanti in essi contenuti (idrocarburi e metalli pesanti) e tali da cagionare un deterioramento ed una compromissione significativa delle acque del golfo di (*omissis*).

Avverso tale pronuncia propone ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale, deducendo i motivi di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione, ai sensi dell’articolo 173 disp. att. c.p.p.

2. Con un unico motivo di ricorso deduce la violazione dell’articolo 321 c.p.p., in relazione all’articolo 452 bis c.p., osservando che il Tribunale ha riconosciuto l’astratta configurabilità, nella fattispecie, degli elementi costitutivi del reato oggetto della provvisoria incolpazione, fatta eccezione per

il deterioramento significativo delle acque, che ha invece escluso con giudizio che, secondo il Pubblico Ministero ricorrente, avrebbe travalicato l’ambito della limitata cognizione attribuita al giudice del riesame, sconfinando in un pieno giudizio di merito.

Aggiunge che le valutazioni effettuate dal Tribunale, avuto riguardo agli esiti delle indagini in corso, sarebbero comunque in contrasto con quanto stabilito dall’articolo 452 bis c.p., ed, inoltre, che i giudici del riesame, sempre sulla base di quanto accertato, avrebbero in ogni caso potuto qualificare diversamente i fatti come delitto tentato o, al più, come contravvenzione in relazione all’articolo 674 c.p.

Insiste, pertanto, per l’accoglimento del ricorso.

Il Procuratore Generale, nella sua requisitoria scritta, ha invece concluso per il rigetto del ricorso.

In data 20/9/2016 la parte offesa Legambiente Onlus, tramite il proprio difensore, depositava memoria difensiva a sostegno delle proprie ragioni.

CONSIDERATO IN DIRITTO. 1. Il ricorso è fondato nei termini di seguito specificati.

Va premesso che la vicenda in esame, per quanto è dato rilevare dal ricorso e dall’ordinanza impugnata, unici atti ai quali questa Corte ha accesso, è caratterizzata dalle seguenti principali scansioni fattuali.

Nell’ambito di operazioni di dragaggio, finalizzate all’attuazione di un progetto di bonifica dei

fondali dei moli “(omissis)” e “(omissis)”, la ditta incaricata, come documentato da diverse annotazioni del Corpo Forestale e della Capitaneria di Porto, avrebbe violato palesemente le prescrizioni progettuali, le quali prevedevano particolari accorgimenti per limitare l'intorbidimento delle acque, quali la presenza di una vasca d'acqua a bordo della draga per poter lavare la benna prima di ogni immersione e la predisposizione di un sistema di conterminazione per evitare la dispersione della torbidità nelle acque circostanti, costituito da elementi galleggianti in poliuretano (panne) ai quali sono fissati elementi verticali in poliestere resinato (gonne), che scendono verso il fondo al quale devono essere solidarizzati. Le gonne, inoltre, dovevano essere giuntate tra loro con nastro in polipropilene e trattenute al fondo con ancore piombi e, in caso di rottura degli elementi del sistema, il dragaggio avrebbe dovuto essere interrotto per il tempo necessario alla riparazione. L'area di lavoro andava inoltre delimitata con un sistema a “panne fisse” galleggianti ancorate a corpi in cemento armato di 8.000 Kg posti sul fondale.

Il Tribunale, indicando nel dettaglio le ulteriori prescrizioni finalizzate a minimizzare gli effetti dell'attività, precisa che, in occasione di diversi sopralluoghi, si era accertato che le gonne non risultavano affatto ancorate al fondo e risultavano essere emerse in superficie a causa delle turbolenze provocate dall'elica del rimorchiatore, con la conseguenza che, ad ogni azione della benna dell'escavatore, veniva sversata al di fuori delle panne una considerevole quantità di fango, registrandosi, quindi, elementi di torbidità estremamente elevati e superiori al consentito, come documentato dalle verifiche effettuate dall'ARPAL.

I giudici del riesame danno altresì atto di altri dati fattuali, tra i quali assumono rilievo, per ciò che concerne la vicenda in esame: la documentata presenza, nell'area da bonificare, di sedimenti fino a 100 cm. che denotano una significativa contaminazione di metalli pesanti ed idrocarburi policiclici

aromatici (viene, a tale scopo, testualmente citato il contenuto del progetto di bonifica); la piena consapevolezza, da parte dei responsabili dell'azienda incaricata dei lavori, della condotta abusiva, tanto che, essendo costoro avvisati preventivamente dall'ARPAL dei futuri controlli, sospendevano momentaneamente i lavori per non innalzare il livello di torbidità (il Tribunale indica le dichiarazioni di una persona informata sui fatti).

Emerge, inoltre, dal ricorso, che le modalità di esecuzione dei lavori erano conseguenza di una precisa scelta imprenditoriale, il cui fine era quello di concludere celermente l'intervento, abbattendo i costi ed ottenendo, così, un maggiore profitto e che detta attività, all'atto del sequestro, si era protratta per oltre dieci mesi.

Il Pubblico Ministero ricorrente evidenzia anche che il livello di torbidità delle acque conseguente alla dispersione dei fanghi inquinanti risultava, rispetto a quello verificato quando l'attività veniva svolta nell'osservanza delle prescrizioni, fino a 30 volte superiore per il molo “(omissis)” e fino a 4,8 volte per il molo “(omissis)”, evidenziando, però, che le indagini avevano consentito di accertare che i dati forniti dall'ARPAL erano comunque minimizzanti.

Sulla base dei dati appena sintetizzati, dunque, il Tribunale ha fondato il proprio giudizio, escludendo la sussistenza del fumus del reato per le ragioni indicate in premessa ed oggetto di censura in ricorso.

2. Occorre a questo punto verificare se, come lamentato dal Pubblico Ministero ricorrente, i giudici del riesame abbiano effettivamente travalicato l'ambito della cognizione loro attribuita dalla legge, sconfinando in un giudizio di merito.

La risposta non può che essere negativa.

Secondo i condivisibili principi affermati dalla giurisprudenza di questa Corte, infatti, la valutazione della sussistenza del fumus commissi delicti demandata al giudice del riesame va effettuata mediante una verifica puntuale e coerente delle

risultanze processuali, esaminando, conseguentemente, non solo le allegazioni probatorie del Pubblico Ministero ma anche le confutazioni e gli altri elementi offerti dalla difesa degli indagati (ex pl., Sez. 6, n. 49478 del 21/10/2015, P.M. in proc. Macchione, Rv. 265433; Sez. 5, n. 49596 del 16/9/2014, Armento, Rv. 261677; Sez. 5, n. 28515 del 21/5/2014, Ciampani e altri, Rv. 260921; Sez. 4, Sentenza n. 15448 del 14/3/2012, Vecchione, Rv. 253508; Sez. 3, n. 27715 del 20/5/2010, Barbano, Rv. 248134; Sez. 3, n. 26197 del 5/5/2010, Bressan, Rv. 247694; Sez. 3, n. 18532 del 11/3/2010, D'Orazio, Rv. 247103, con ampi richiami ai precedenti).

Quanto alla valutazione sull'elemento soggettivo del reato si è ripetutamente affermato che il controllo demandato al giudice del riesame sulla concreta fondatezza dell'ipotesi accusatoria secondo il ricordato parametro del fumus del reato può riguardare anche l'eventuale difetto dell'elemento soggettivo, purchè di immediato rilievo (Sez. 6, n. 16153 del 6/2/2014, Di Salvo, Rv. 259337; Sez. 2, n. 2808 del 2/10/2008, (dep. 2009), Bedino, Rv. 242650; Sez. 4, n. 23944 del 21/5/2008, Di Fulvio, Rv. 240521; Sez. 1, n. 21736 del 11/5/2007, Citarella, Rv. 236474. Si veda anche Corte Cost. ord. 157, 18 aprile 2007, menzionata in gran parte delle ricordate decisioni).

Il sequestro preventivo è legittimamente disposto in presenza di un reato che risulti sussistere in concreto, indipendentemente dall'accertamento della presenza dei gravi indizi di colpevolezza o dell'elemento psicologico, atteso che la verifica di tali elementi è estranea all'adozione della misura cautelare reale (Sez. 6, n. 45908 del 16/10/2013, Orsi, Rv. 257383; Sez. 6, n. 10618 del 23/2/2010, P.M. in proc. Olivieri, Rv. 246415; Sez. 1, n. 15298 del 4/4/2006, Bonura, Rv. 234212 ed altre prec. conf.).

3. Date tali premesse, deve osservarsi che, nella fattispecie, il Tribunale ha certamente fatto buon uso dei suddetti principi, che pure ha richiamato, procedendo ad una completa verifica, sulla base

degli elementi posti a sua disposizione, della sussistenza degli elementi costitutivi del reato ipotizzato, tra i quali ovviamente rientra anche l'evento, che però ha motivatamente escluso.

Così operando, il Tribunale non ha travalicato i limiti della propria cognizione, diversamente da quanto sostenuto in ricorso, né può dirsi che abbia operato una valutazione piena del merito, essendosi limitato a rilevare, sulla base dei dati disponibili e sotto il profilo del fumus del reato, l'assenza di una compromissione o di un deterioramento consistente e quantificabile.

4. Questione diversa è, invece, quella concernente la correttezza dell'interpretazione dell'articolo 452 bis c.p., offerta dai giudici del riesame.

Va ovviamente dato atto della circostanza che trattasi di questione nuova, dal momento che la richiamata disposizione è stata, come noto, introdotta con la L. 22 maggio 2015, n. 68, la quale ha disposto l'inserimento nel codice penale, nel Libro Secondo, della Parte Sesta bis relativa ai delitti contro l'ambiente rispetto ai quali neppure la dottrina, nei contributi sinora offerti, è pervenuta a conclusioni univoche.

Tale novità richiede, pertanto, un minimo approfondimento.

5. L'articolo 452 bis c.p., così dispone: è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da Euro 10.000 a Euro 100.000 chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili:

- 1) delle acque o dell'aria, o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo;
- 2) di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna.

Quando l'inquinamento è prodotto in un'area naturale protetta o sottoposta a vincolo paesaggistico, ambientale, storico, artistico, architettonico o archeologico, ovvero in danno di specie animali o vegetali protette, la pena è aumentata.

Il Tribunale del riesame ha, in primo luogo, ritenuto sussistente il requisito della "abusività"

della condotta, sul presupposto che l'attività veniva svolta in spregio alle prescrizioni imposte dal progetto di bonifica.

Pare dunque opportuno ricordare, in relazione al requisito dell'abusività della condotta (richiesto anche da altre disposizioni penali), che con riferimento al delitto di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, originariamente sanzionato dal Decreto Legislativo n. 22 del 1997, articolo 53 bis, ed, attualmente, dal Decreto Legislativo n. 152 del 2006, articolo 260, si è recentemente ricordato (Sez. 3, n. 21030 del 10/3/2015, Furfaro ed altri, non massimata) che sussiste il carattere abusivo dell'attività organizzata di gestione dei rifiuti - idoneo ad integrare il delitto - qualora essa si svolga continuativamente nell'inosservanza delle prescrizioni delle autorizzazioni, il che si verifica non solo allorché tali autorizzazioni manchino del tutto (cosiddetta attività clandestina), ma anche quando esse siano scadute o palesemente illegittime e comunque non commisurate al tipo di rifiuti ricevuti, aventi diversa natura rispetto a quelli autorizzati.

La sentenza, nella quale vengono escluse violazioni dei principi costituzionali rispetto ad eventuali incertezze interpretative connesse, tra l'altro, alla portata del termine "abusivamente", segue ad altre, in parte citate, nelle quali si è giunti alle medesime conclusioni (Sez. 3, n. 18669 del 8/1/2015, Gattuso, non massimata; Sez. 3, n. 44449 del 15/10/2013, Ghidoli, Rv. 258326; Sez. 3, n. 19018 del 20/12/2012 (dep. 2013), Accarino e altri, Rv. 255395; Sez. 3, n. 46189 del 14/7/2011, Passariello e altri, Rv. 251592; Sez. 3 n. 40845 del 23/9/2010, Del Prete ed altri, non massimata ed altre prec. conf.).

Tali principi sono senz'altro utilizzabili anche in relazione al delitto in esame, rispetto al quale deve peraltro rilevarsi come la dottrina abbia, con argomentazioni pienamente condivisibili, richiamato i contenuti della direttiva 2008/99/CE e riconosciuto un concetto ampio di condotta "abusiva", comprensivo non soltanto di quella posta in essere

in violazione di leggi statali o regionali, ancorché non strettamente pertinenti al settore ambientale, ma anche di prescrizioni amministrative.

Alla luce di tali considerazioni le conclusioni assunte sul punto dal Tribunale risultano del tutto legittime come pure riconosciuto dal ricorrente.

6. Anche in ordine all'individuazione del bene ambientale sul quale si riverberano le conseguenze della condotta non vi è incertezza alcuna, essendo le acque in genere, così come l'aria, espressamente contemplate dall'articolo 452 bis c.p., senza alcun riferimento quantitativo o dimensionale, di fatto difficilmente individuabile, diversamente da quanto previsto riguardo al suolo ed al sottosuolo, il cui degrado deve interessarne "porzioni estese o significative".

E' tuttavia evidente che, in ogni caso, l'estensione e l'intensità del fenomeno produttivo di inquinamento ha comunque una sua incidenza, difficilmente potendosi definire "significativo" quello di minimo rilievo, pur considerandone la più accentuata diffusività nell'aria e nell'acqua rispetto a ciò che avviene sul suolo e nel sottosuolo.

La questione, tuttavia, non si pone nel caso in esame, risultando dall'ordinanza impugnata (pag. 7) che l'area interessata dall'intervento bonifica ha un'estensione di 85.000 mq.

7. Ciò che invece viene posto in dubbio dai giudici del riesame, come si è detto in precedenza, è il fatto che l'esito delle condotte accertate abbiano effettivamente determinato quella compromissione o un deterioramento significativi e misurabili che la norma richiede.

Nell'individuazione del significato concreto da attribuire ai termini "compromissione" e "deterioramento" non assume decisivo rilievo la denominazione di "inquinamento ambientale" attribuita dal legislatore al reato in esame, che evidenzia, sostanzialmente, una condizione di degrado dell'originario assetto dell'ambiente e neppure sembra di particolare ausilio la definizione contenuta nel Decreto Legislativo n. 152 del 2006, articolo 5, com-

ma 1, lettera 1 ter, che lo stesso articolo, in premessa, indica come fornita ai fini dell'applicazione di quello specifico testo normativo, così come il riferimento ad un "deterioramento significativo e misurabile" contenuto nella definizione di danno ambientale nell'articolo 300, del medesimo D.Lgs.

Più in generale, deve ritenersi non rilevante, a tali fini, l'utilizzazione del medesimo termine nel Decreto Legislativo n. 152 del 2006 (o in altre discipline di settore) non soltanto perché effettuata in un diverso contesto e per finalità diverse, ma anche perché, quando lo ha ritenuto necessario, la L. n. 68 del 2015, ha espressamente richiamato il Decreto Legislativo n. 152 del 2006, o altre disposizioni.

L'indicazione dei due termini con la congiunzione disgiuntiva "o" svolge una funzione di collegamento tra i due termini – autonomamente considerati dal legislatore, in alternativa tra loro – che indicano fenomeni sostanzialmente equivalenti negli effetti, in quanto si risolvono entrambi in una alterazione, ossia in una modifica dell'originaria consistenza della matrice ambientale o dell'ecosistema caratterizzata, nel caso della "compromissione", in una condizione di rischio o pericolo che potrebbe definirsi di "squilibrio funzionale", perché incidente sui normali processi naturali correlati alla specificità della matrice ambientale o dell'ecosistema ed, in quello del deterioramento, come "squilibrio strutturale", caratterizzato da un decadimento di stato o di qualità di questi ultimi.

Da ciò consegue che non assume rilievo l'eventuale reversibilità del fenomeno inquinante, se non come uno degli elementi di distinzione tra il delitto in esame e quello, più severamente punito, del disastro ambientale di cui all'articolo 452 quater c.p.

8. Lambito di operatività dell'articolo 452 bis c.p., è anche delimitato dalla ulteriore precisazione che la compromissione o il deterioramento devono essere comunque, "significativi" e "misurabili", venendo così elevato in modo considerevole il

livello di lesività della condotta, escludendo i fatti di minore rilievo.

Anche in questo caso, infatti, non può prescindere dal significato lessicale dei termini utilizzati – anch'essi non estranei al diritto ambientale, in quanto utilizzati, ad esempio, nel già citato articolo 300 del d.lgs. 152/06 – considerando che il termine "significativo" denota senz'altro incisività e rilevanza, mentre "misurabile" può dirsi ciò che è quantitativamente apprezzabile o, comunque, oggettivamente rilevabile.

L'assenza di espliciti riferimenti a limiti imposti da specifiche disposizioni o a particolari metodiche di analisi consente di escludere l'esistenza di un vincolo assoluto per l'interprete correlato a parametri imposti dalla disciplina di settore, il cui superamento, come è stato da più parti già osservato, non implica necessariamente una situazione di danno o di pericolo per l'ambiente, potendosi peraltro presentare casi in cui, pur in assenza di limiti imposti normativamente, tale situazione sia di macroscopica evidenza o, comunque, concretamente accertabile.

Ovviamente, tali parametri rappresentano comunque un utile riferimento nel caso in cui possono fornire, considerando lo scostamento tra gli standard prefissati e la sua ripetitività, un elemento concreto di giudizio circa il fatto che la compromissione o il deterioramento causati siano effettivamente significativi come richiesto dalla legge mentre tale condizione, ovviamente, non può farsi automaticamente derivare dal mero superamento dei limiti.

9. Ciò posto, deve rilevarsi che il Tribunale, nel fornire la propria lettura della norma codicistica in esame, richiamando sommariamente i contenuti della relazione redatta dall'Ufficio del massimario (rel. n. 111/04/2013 del 29/5/2015) ha ritenuto di qualificare i richiesti requisiti della compromissione o del deterioramento come condizione di "tendenziale irrimediabilità", caratterizzata da "situazioni di strutturali e non provvisorie inabilità del bene

rispetto alle sue funzioni”, evidenziando anche la rilevanza del danno che caratterizza la condotta.

Ha tuttavia escluso la sussistenza del reato sulla base di alcune considerazioni che non appaiono, tuttavia, condivisibili.

Cattività posta in essere dall’indagato, ancorché ritenuta abusiva nei termini dianzi specificati, viene presa in considerazione, quanto agli effetti, con riferimento al solo livello di torbidità delle acque, ritenuta un fenomeno inevitabile in presenza di attività di dragaggio.

Il Tribunale esclude però la compromissione o il deterioramento consistente e qualificabile ritenendo non rilevante, in quanto non più verificatasi, una moria di molluschi avvenuta nel 2015.

10. Tali conclusioni non convincono, perché, in primo luogo, paiono riferirsi ad una individuazione dei termini “compromissione” e “deterioramento” che concentra l’attenzione su una condizione di “tendenziale irrimediabilità” che, per le ragioni in precedenza indicate, la norma non prevede.

Inoltre, il riferimento alla torbidità dell’acqua ed alla moria di mitili nei termini sopra specificati paiono, in assenza di ulteriori specificazioni, riferite soltanto ad alcuni degli effetti prodotti dalla condotta oggetto di provvisoria incolpazione, prescindendo così dal considerare compiutamente quelle condizioni di “squilibrio funzionale o strutturale” che, ad avviso del Collegio, caratterizzano la condotta penalmente rilevante.

In altre parole, sembra che i giudici del riesame abbiano valutato solo quei dati fattuali astrattamente riconducibili alla condizione di irrimediabilità tendenziale del danno preventivamente individuata, offrendo argomentazioni certamente accurate, ma basate su un presupposto errato, lasciando in disparte, evidentemente perché non ritenuti rilevanti, altri aspetti dei quali viene invece dato atto in altre parti del provvedimento, quali, ad esempio, la presenza nei fanghi fuoriusciti dall’area di bonifica, di sostanze tossiche quali i metalli pesanti ed idrocarburi policiclici aromatici (questi ultimi qualificati anche come cancerogeni e mutageni), la cui presenza nelle acque, indipendentemente dagli effetti letali sulla fauna, può determinare la contaminazione; il livello di torbidità comunque accertato nonostante l’ARPAL avvisasse preventivamente dei controlli gli interessati, i quali, opportunamente evitavano il dragaggio in previsione dei controlli.

I dati acquisiti andavano dunque diversamente e globalmente valutati ai fini della qualificazione giuridica dei fatti e della sussistenza del fumus del reato.

11. L’ordinanza impugnata deve pertanto essere annullata con rinvio per nuovo esame alla luce dei principi affermati.

P.Q.M. Annulla l’ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale della Spezia.

(*Omissis*)

Il delitto di inquinamento ambientale ex art. 452-bis c.p.: le prime interpretazioni dei termini elastici

1. Premessa.

Il diritto penale dell'ambiente è da sempre caratterizzato da un'ampia componente giurisprudenziale, tesa ad integrare quanto disposto dalla lettera della legge. Ciò per lo più in ragione della difficoltà avvertita e dimostrata dal legislatore, nel dover rispondere a due diverse esigenze che mal si conciliano nell'ambito della materia: da un lato il rispetto dei principi garantistici di legalità e di determinatezza della fattispecie, dall'altro la necessaria incriminazione, imposta anche dalla normativa europea, di condotte rilevabili come illecite solo in concreto, e difficilmente delineabili con riferimento a parametri astratti o soglie di valore.

In seguito alla riforma del 2015 sui c.d. *ecoreati*, che ha introdotto nuove norme incriminatrici dai termini vaghi e generici, è prevedibile un cospicuo intervento della giurisprudenza finalizzato a colmare le lacune legislative.

La sentenza in commento rappresenta la prima pronuncia della Suprema Corte sulla nuova fattispecie di cui all'art. 452-bis c.p. introdotto con la legge n. 68 del 2015, ossia il delitto di inquinamento ambientale.

2. Il caso concreto.

Nel caso di specie il ricorso è proposto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di La Spezia avverso un'ordinanza di accoglimento del riesame contro un decreto di sequestro preventivo emesso dal Giudice per le Indagini Preliminari.

Il sequestro preventivo aveva ad oggetto una porzione di fondale ed un cantiere ove si svolgevano operazioni di dragaggio finalizzate alla bonifica dei fondali di due moli, in relazione alla contestazione a carico del progettista e direttore dei lavori, del reato di inquinamento ambientale ex art. 452-bis c.p., per aver omesso di rispettare le prescrizioni progettuali, provocando la dispersione di sedimenti nelle acque circostanti, conseguente al trasporto degli idrocarburi e metalli pesanti in essi contenuti e tali, secondo l'accusa, da cagionare un deterioramento ed una compromissione significativa delle acque del golfo.

Le norme del progetto, secondo quanto si legge, prevedevano specifiche cautele, volte ad evitare l'intorbidimento delle acque e la loro contaminazione ad opera dei materiali inquinanti.

Il Procuratore della Repubblica eccepiva, per ciò che qui interessa, l'erronea interpretazione dell'art. 452-bis c.p., non ritenuto configurato dal Tribunale del Riesame, il quale non avrebbe correttamente applicato la norma.

Sinteticamente, il Tribunale del Riesame aveva escluso la sussistenza dell'evento di compromissione o deterioramento significativi e misurabili, interpretando come tali solo

fenomeni di “*strutturali e non provvisorie inabilità del bene rispetto alle sue funzioni*” caratterizzati da “*tendenziale irrimediabilità*”. La dispersione di materiali metallici con intorbidimento dell’acqua e la moria di molluschi verificatasi in un contenuto periodo di tempo non erano sufficienti ad integrare, secondo il Tribunale, le caratteristiche dell’evento descritto dalla norma.

La Corte di Cassazione è dunque chiamata a pronunciarsi su quale sia la corretta interpretazione degli elementi della fattispecie e dà conto in motivazione dell’analisi dei termini elastici utilizzati dal legislatore.

L’interpretazione del requisito dell’abusività non presenta grandi novità. Il Supremo Collegio aderisce al consolidato orientamento in materia di attività di traffico illecito di rifiuti, che predilige l’accezione più ampia del termine, individuandone la sussistenza allorché la condotta sia posta in essere in violazione di leggi statali e regionali, ed anche di prescrizioni amministrative. Il Tribunale del Riesame, nel caso di specie, aveva correttamente ritenuto abusivamente posta in essere la condotta, poiché le norme del progetto per le operazioni di bonifica, che imponevano particolari accorgimenti tesi proprio a limitare l’intorbidimento delle acque, non erano state rispettate.

Ciò che desta maggiore interesse e che riveste carattere di novità, è l’interpretazione dei termini che descrivono l’evento del reato di inquinamento ambientale: la compromissione o il deterioramento, significativi e misurabili, del bene ambientale.

Vediamo dunque quale contributo fornisce la pronuncia in commento.

3. Compromissione e deterioramento...

La Corte di Cassazione premette che è necessario discostarsi dalla definizione di inquinamento ambientale di cui al decreto legislativo n. 152/06, nonché da ogni riferimento a tale termine operato dalla disciplina di settore, poiché si tratta di diverso contesto e poiché la l. n. 68 del 2015 non vi ha fatto espresso riferimento, pur avendolo fatto in altre occasioni.

Alle due parole, compromissione e deterioramento, è attribuito il significato di *modifica dell’originaria consistenza della matrice ambientale o dell’ecosistema*, con una specificazione che le differenzia:

-nel caso della compromissione, la modifica corrisponde ad una esposizione al rischio di “*squilibrio funzionale*”, ossia di danno per i processi naturali legati al bene ambientale di riferimento;

-nel caso del deterioramento, la condotta dovrebbe dar luogo ad uno “*squilibrio strutturale*”, caratterizzato dal deperimento delle qualità e dello stato della matrice ambientale.

Al contrario di ciò che aveva ritenuto il Tribunale di La Spezia, secondo la Suprema Corte, la reversibilità o meno del fenomeno non rileva per il giudizio sulla sussistenza della compromissione o del deterioramento. Tale elemento sarà eventualmente utile a distinguere il delitto di inquinamento ambientale dal più grave di disastro ambientale.

4. ... Significativi e misurabili.

I due aggettivi si riferiscono al livello di lesività della condotta inquinante, che per essere punibile ai sensi dell'art. 452-bis c.p., deve essere estesa, rilevante e misurabile.

In particolare, si legge in sentenza, il termine “significativo” si riferisce ad una notevole incisività, mentre il termine “misurabile” indica un fenomeno “quantitativamente apprezzabile” o “oggettivamente rilevabile”.

I parametri e le soglie di valore contenute dalle leggi speciali rappresenterebbero un mero riferimento per l'interprete, e non un vincolo assoluto per la valutazione in concreto da questi operata.

Non sarà agevole comprendere, in astratto, quale sia il confine dell'area del penalmente rilevante: i due aggettivi, decisamente generici, lasciano al giudice ampio margine di discrezionalità per l'accertamento in concreto, con il rischio che valutazioni sulla rilevanza, basate su diverse “misurazioni”, possano condurre a decisioni molto differenti in presenza di fenomeni analoghi.

Appare opportuno segnalare che vi è stata un'altra pronuncia in materia di inquinamento ambientale, Cass. Pen. n. 46904 del 12.7.2016, depositata il 9.11.2016, in CED-Sentenze web, che, oltre ad aver espresso analogo orientamento circa la definizione dei termini di cui alla norma, ha rappresentato delle difficoltà interpretative ed alcune problematiche aperte, in relazione proprio al requisito della *misurabilità*.

In quella sede, la Terza Sezione della Suprema Corte, rilevava che *“l'aggettivo “misurabile” inserisce un elemento di fatto della condotta non certo di agevole interpretazione, quasi a significare che la punibilità possa configurarsi solo ove si sia effettuato un accertamento tecnico specifico sul grado degli agenti inquinanti e sul loro rapporto con gli elementi naturali del corpo fisico recettore”*.

Osservava altresì la Corte che, ove si dovesse ritenere sussistente il requisito della misurabilità solo una volta effettuato un accertamento tecnico, dovrebbe escludersi per il reato di inquinamento ambientale la forma del tentativo. In altre parole, misurato il fenomeno, vi sarebbe un'unica alternativa netta: il reato dovrebbe dirsi consumato ovvero insussistente.

5. Brevi riflessioni.

La pronuncia in commento apre la via ai contributi interpretativi giurisprudenziali che necessariamente interverranno ad integrare le lacune che caratterizzano la formulazione della norma di cui all'art. 452-bis c.p.

Se da un lato è un bene che sia lasciato largo spazio per la valutazione in concreto da parte del giudice sul grado di lesività del fenomeno inquinante, in ossequio al principio di offensività, dall'altro i termini generici di cui fa uso il legislatore appaiono sacrificare garanzie fondamentali.

La norma come formulata non delinea con chiarezza il limite del lecito e dell'illecito, come sarebbe essenziale al fine di consentire l'individuazione dell'agire consapevole, nella perfetta comprensione del dettato legislativo.

Riportando le efficaci parole del Prof. Vincenzo Maiello al convegno titolato *Uno sguardo d'insieme, l'accentuazione della discrezionalità valutativa del magistrato: sempre più nelle mani del giudice e del pubblico ministero?*, tenutosi a Firenze, il 28 novembre 2015, *“l'indice della determinatezza è la provabilità”*: sembra di poter affermare che non sarà facile, per l'imputato di inquinamento ambientale, avere piena e chiara consapevolezza di cosa dover provare.

COSTANZA FENYES

Cass. pen., sez. V, 10 febbraio 2016 (dep. 28 giugno 2016), n. 26811 – Pres. Lapalorcia – Rel. Vessichelli

Statuizioni civili-provvionale – Ricorribilità per cassazione – Esclusione

Non è ammissibile in sede di legittimità alcuna doglianza sull'entità della provvionale che è una statuizione, di natura discrezionale, meramente deliberativa e non necessariamente motivata.

Dalle
Corti

(Omissis)

FATTO E DIRITTO. Propone ricorso per cassazione S.E. avverso la sentenza della Corte d'appello di Firenze con la quale è stata confermata quella di primo grado, di condanna in ordine al reato di cui all'art. 622 c.p.

La condanna è stata inflitta per avere l'imputata, in epoca prossima al maggio 2010, rivelato senza giusta causa la notizia dell'interruzione di gravidanza praticata a M.L., oggetto di segreto professionale, essendo l'imputata stessa ostetrica presso il nuovo Ospedale (omissis) e avendo avuto conoscenza di quel fatto per ragione del suo ufficio e professione.

Deduce:

1) l'erronea applicazione dell'art. 603 c.p.p. essendo stata ingiustificatamente rigettata la richiesta dell'innovazione della istruttoria dibattimentale volta a consentire il confronto fra il dottor T. e la querelante e a chiarire quale fosse stato il colloquio tra il primo, sanitario, e la seconda, sua paziente, poco prima dell'intervento di interruzione di gravidanza. D'altra parte sostiene la difesa che non ricorrerebbe nella specie neppure il requisito dell'essere stata, la persona della querelante, affidata alla assistenza dell'imputata;

2) Contesta inoltre l'imputante, il fondamento della condanna al pagamento della provvionale nonché la statuizione con la quale la sospensione dell'esecuzione della pena è stata subordinata al pagamento della detta provvionale che dovrebbe avvenire prima del passaggio in giudicato della sentenza stessa.

4) Lamenta infine illogicità della motivazione sulla diniego di una attenuazione del regime sanzionatorio.

Il ricorso è fondato nei termini che si indicheranno.

La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale è stata argomentatamente respinta dalla corte d'appello non ricorrendo la assoluta necessità dell'atto istruttorio.

Ed invero, nella sentenza impugnata si chiarisce in maniera completa che, in relazione all'accertamento del fatto reato in contestazione, costituito dalla rivelazione della notizia destinata a rimanere segreta, appresa dall'imputata in ragione del suo ufficio, sarebbe stato del tutto inutile cercare di sapere quale fosse stato il colloquio tra il medico che aveva effettuato l'atto sanitario sulla querelante e quest'ultima, prima dell'interruzione di gravidanza.

L'obiezione della difesa, al riguardo, non tiene conto di tale motivazione ed attribuisce al giudice di avere dato la propria risposta con riferimento a un dato – la possibilità che l'imputata potesse entrare nel sistema informatico dell'ospedale e così apprendere la notizia destinata a rimanere segreta – che, invece è del tutto estraneo alle motivazioni dell'ordinanza di rigetto, sicché la censura può dirsi eccentrica.

D'altra parte, l'affermazione di responsabilità è stata pronunciata sul presupposto dell'aver l'imputata appreso della notizia di carattere sanitario riguardante la querelante, in ragione del proprio

ufficio ossia, come si esprimono i giudici, “in costanza di servizio in ospedale”: e ciò, o per averlo saputo direttamente e legittimamente dal medico abortiste o per averlo semplicemente dedotto dal generico riferimento che quello aveva fatto alla conoscenza della querelante – ma pur sempre, quindi, nell’ambito di un rapporto istituzionale – o, infine, per averlo conosciuto attraverso l’ingresso nel sistema informatico, che è rimasta evenienza non provata ma plausibile.

Per tale ragione, anche la seconda doglianza è infondata.

Il secondo motivo come sopra riportato è invece in parte fondato.

Sulla prima parte di esso, si osserva che non è invero ammissibile in cassazione alcuna doglianza sull’entità della provvisionale che è una statuizione, di natura discrezionale, meramente deliberativa e non necessariamente motivata. (Sez. 3, Sentenza n. 18663 del 27/01/2015 Ud. (dep. 06/05/2015) Rv. 263486. Conformi: N. 40410 del 2004 Rv. 230105, N. 5001 del 2007 Rv. 236068, N. 34791 del 2010 Rv. 248348, N. 32899 del 2011 Rv. 250934, N. 49016 del 2014 Rv. 261054, N. 50746 del 2014 Rv. 261536).

È invece da accogliere la censura sulla avvenuta subordinazione della concessione del beneficio della sospensione condizionale al pagamento di una provvisionale da effettuarsi entro sei mesi dalla pronuncia della sentenza di primo grado (del 2013).

Si aderisce all’orientamento maggioritario della giurisprudenza di legittimità secondo cui il beneficio della sospensione condizionale della pena non può essere subordinato al pagamento della provvisionale riconosciuta alla parte civile da effettuarsi anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza (Sez. 4, Sentenza n. 29889 del 05/04/2013 Ud. (dep. 11/07/2013) Rv. 257074;

conformi: N. 766 del 1978 Rv. 138842, N. 9446 del 1993 Rv. 196016, N. 2347 del 1998 Rv. 209980, N. 13456 del 2007 Rv. 236329, N. 5914 del 2012 Rv. 251789, N. 42179 del 2012 Rv. 254002).

Invero, non è possibile una esecuzione “ante iudicatum” dei capi penali della pronuncia, tra i quali sono comprese le statuizioni sulla sospensione condizionale della pena.

Tuttavia qualora tale statuizione sia adottata dal giudice del merito, il rimedio ad essa può essere assunto dalla Cassazione, in forma diversa dall’annullamento senza rinvio.

Si ritiene cioè da parte di questa Corte che, nel caso in cui la sospensione condizionale della pena sia stata subordinata al risarcimento del danno o alla eliminazione delle conseguenze del reato, il termine per la esecuzione, che nella forma corretta dovrebbe decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza, possa essere oggetto di statuizione diretta del giudice della legittimità.

Infatti, non vi è motivo per ritenere che la subordinazione della sospensione condizionale della pena all’esecuzione di un adempimento “ante iudicatum” debba necessariamente perdere efficacia, in presenza degli altri presupposti di legge, sicché, più limitatamente, il relativo “dies a quo” ben può essere differito, anche di ufficio, al passaggio in giudicato della sentenza (così v. Sez. 3, Sentenza n. 19316 del 15/01/2015 Ud. (dep. 11/05/2015) Rv. 263512; conforme Sez. 3, Sentenza n. 13456 del 30/11/2006 Ud. (dep. 02/04/2007) Rv.

236329).

Le spese del presente grado vanno dichiarate compensate tra le parti posto che si è in presenza di parziale soccombenza reciproca.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio la sentenza impugnata, limitatamente alla subordinazione della concessa sospensione condizionale della pena all’adempimento delle obbligazioni civili entro 6 mesi dalla pronuncia della sentenza di primo grado, termine che stabilisce dal passaggio in giudicato della sentenza. Rigetta nel resto il ricorso.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado.

(Omissis)

La Corte di Cassazione esclude nuovamente la censurabilità in sede di legittimità della provvisionale.

La Corte regolatrice, con un immotivato *revirement* rispetto a quanto statuito dalla sezione III nella sentenza n. 42684 del 23.10.2015, ha ribadito che non è ammissibile in sede di legittimità alcuna doglianza in ordine alla condanna al pagamento di una provvisionale, giacché trattasi di «una statuizione, di natura discrezionale, meramente deliberativa e non necessariamente motivata».

Si tratta invero di un principio che sino al precedente del 2015, poc'anzi citato, risultava univoco.

Infatti già le Sezioni unite del 1990 (Cass. pen., ss.uu., 19.12.1990, n. 2246), richiamando l'orientamento di legittimità maturato durante la vigenza del precedente codice di rito (cfr. *ex multis* Cass. pen., sez. IV, 29.09.1987, nonché Cass. pen., sez. IV, 23.01.1967, n. 114 e ancora Cass. pen., sez. IV, 30.10.1968, n. 1749), avevano incidentalmente ritenuto che la concessione di una provvisionale non fosse impugnabile in sede di legittimità. Tale tesi è stata poi ribadita più volte in modo sostanzialmente tralaticio (cfr. *ex plurimis*, Cass. pen. sez. IV, 23 giugno 2010, n. 34791, Rv. 248348; Cass. pen., sez. V, 25 maggio 2011, n. 32899, Rv. 250934; nonché Cass. pen., sez. III, 06.05.2015 n. 18663).

Tuttavia stupisce come i Giudici della nomofilachia abbiano riaffermato il superiore arresto senza confrontarsi con le ampie motivazioni addotte dalla *dissenting opinion* a sostegno della sua tesi.

Ed invero l'arresto minoritario aveva anzitutto osservato che l'indirizzo avverso era maturato in un contesto normativo «radicalmente diverso» da quello attuale, e ciò giacché l'art. 489 del previgente codice non subordinava l'*an* e il *quantum* della provvisionale ai limiti della raggiunta prova del danno (cfr. Cass. pen., sez. IV, 23.01.1967, n. 114). Sicché la concessione della provvisionale assumeva un carattere discrezionale, ontologicamente insuscettibile di censura innanzi alla Suprema Corte, e per il quale non ricorreva un obbligo di puntuale motivazione (cfr. Cass. pen., sez. I, 06.10.1967 n. 1290).

Tuttavia l'attuale codice di rito ha modellato l'istituto sulla falsariga del suo omologo previsto dall'art. 278 c.p.c. e ciò anche con l'intento di por fine, per come già tentato con il progetto di riforma del codice di procedura penale del 1978, ad ingiustificate diversità di presupposti e differenti discipline tra i due codici di rito, (cfr. Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, in G.U. Serie Generale n.250 del 24-10-1988 - Suppl. Ordinario n. 93). E ciò sebbene la legge delega (cfr. criterio n. 26 art. 2 L.D.81/1987) utilizzasse l'ambigua formula secondo cui il giudice penale, impossibilitato a liquidare il danno, doveva «assegnare alla parte civile una congrua somma

in conto della liquidazione riservata al giudice civile», senza alcun riferimento al quantum di danno provato¹.

Di talché il vigente articolo 539 comma II subordina la condanna al pagamento della provvisoria ai limiti del danno per cui si ritiene già raggiunta la prova.

Il chiaro raccordato operato dal legislatore del 1988 tra l'entità della provvisoria e il *quantum* di prova raggiunta, ha consentito, nel precedente del 2015, di ritenere che la condanna al pagamento di una provvisoria presupponga sempre l'accertamento dell'offesa risarcibile (il c.d. danno conseguenza), ancorché non immediatamente liquidabile nella sua interezza. Lì dove invece la condanna generica al risarcimento del danno non implica – almeno per i reati di pericolo – una verifica sull'effettiva idoneità lesiva del fatto-reato, potendosi il giudice limitare ad accettare la mera idoneità dell'illecito a cagionare il c.d. danno – evento (perspicue precisazioni al riguardo si rinvencono anche in Cass. civ., sez. III, 02.08.2016, n. 16026). Per inciso val la pena di rilevare che l'insuscettibilità della condanna generica a costituire giudicato è attestata tanto dalla giurisprudenza civile che penale (così, *ex multis* nella giurisprudenza di legittimità civile, Cass. civ., sez. III, 02.08.2016, n. 16026, Cass. civ., sez. III, 26.02.1998, n. 2127, Cass. civ., sez. III, 08.11.1994, n. 9261 e Cass. civ., sez. III, 08.03.1991, n. 2459, nonché nella giurisprudenza di legittimità penale, Cass. pen., sez. III, 23.03.2015, n. 36350).

Dunque per la *dissenting opinion* il giudice penale pronuncia condanna alla provvisoria soltanto dopo aver condotto una positiva verifica in ordine alla ricorrenza di un concreto danno.

Tale accertamento è foriero di due conseguenze:

1) la condanna alla corresponsione di una provvisoria *«fa stato nel processo civile perché impedisce al giudice di escludere il danno risarcibile, limitando la sua cognizione alla sua sola quantificazione»* (l'opposta tesi si rinviene invece, *ex multis*, in Cass. pen., ss.uu., 19.12.1990, n. 2246, nonché in Cass. pen., sez. VI, 05.04.2011, dep.30.09.2011, n. 35592, e Cass. pen., sez. IV, 14.07.2010, dep.12.10.2010, n. 36358, nonché in sede civile in Trib. Mi. 25.02.2009);

2) l'imputato o il responsabile civile, pregiudicati all'evidenza da siffata statuizione, ben possono interporre ricorso per cassazione avverso la stessa.

Si noti che i testé citati approdi ermeneutici risultano già da lungo tempo diffusi in dottrina, avendo la stessa riconosciuto alla provvisoria la natura di condanna parziale, piuttosto che di provvedimento interinale².

Tuttavia, per come già sopra esposto, la Corte di cassazione con la sentenza in epigrafe è tornata a ripetere la lezione tralaticia, ignorando del tutto il precedente avverso.

Ciò, già di per sé censurabile in un contesto nomofilattico, appare ancor più dubbio ove

¹ Una diversa lettura dei rapporti tra la delega e il testo del codice si rinviene in S. LORUSSO, *Codice di Procedura penale*, commentato a cura di A. Giarda e G. Spangher, sub art. 539, Milano, 2001.

² Tra gli altri R.E. KOSTORIS, *Brevi riflessioni in tema di condanna generica e provvisoria sui danni*, in *RIDPP*, 1994, 982.

si tenga presente che «*l'istituto della provvisionale, ..., dà luogo ad un provvedimento di condanna vera e proprio*» (Cass. civ., sez. III, 24/05/2004, n. 9996), per il quale il giudice di merito deve addurre le prove che ne dimostrino l'*an* e il *quantum*.

Né pare potersi obiettare che comunque l'interessato possa invocare la sospensione della condanna al pagamento della provvisionale, e ciò perché si tratta di rimedio più limitato, che comunque presuppone la ricorrenza di gravi motivi.

DANIELE LIVRERI

Cass. pen., sez. II, 14 luglio 2016 (dep. 28 luglio 2016), n. 33074 – Pres. Fiandanese – Rel. Pardo

Autoriciclaggio – Elementi essenziali del reato

La condotta di chi, dopo essersi impossessato di una borsa contenente una carta bancomat, abbia prelevato una somma di denaro depositandola su una carta prepagata, mentre integra i reati di furto e di utilizzo abusivo di carta bancomat, non rileva per poter anche ravvisare il reato di autoriciclaggio (art. 648 ter.1 c.p.).

(*Omissis*)

RITENUTO IN FATTO. 1.1 Con ordinanza in data 26 gennaio 2016 il Tribunale del riesame di Torino respingeva l'appello proposto dal Procuratore della Repubblica di Torino avverso l'ordinanza del G.I.P. dello stesso capoluogo che aveva applicato, nei confronti di B.D. e L.R., le misure cautelari della custodia in carcere e dell'obbligo di presentazione, in ordine ai reati di furto ed utilizzo abusivo di carta bancomat, rigettando però la richiesta anche con riguardo al delitto di autoriciclaggio di cui all'art. 648 ter c.p., comma 1.

Riteneva il predetto Tribunale della libertà che la condotta operata dagli indagati, i quali dopo essersi impossessati di una borsa contenente una carta bancomat avevano prelevato la somma di 500,00 Euro che depositavano su una carta prepagata tipo superflash intestata alla L., non integrava la condotta di cui al citato art. 648 ter c.p.p., comma 1.

1.2 Avverso detto provvedimento proponeva ricorso per cassazione il Procuratore della Repubblica di Torino chiedendo l'annullamento con rinvio dell'ordinanza in ordine alla errata qualificazione dei fatti costituenti invece il delitto di autoriciclaggio perché tipica attività economica o finanziaria senza che rilevasse l'entità della somma impiegata ovvero l'assenza del fine di lucro.

RITENUTO IN DIRITTO. 2.1 Il ricorso è infondato e deve pertanto essere respinto.

Sussistono infatti almeno due ordini di ragioni per ritenere non configurabile il delitto di cui

all'art. 648 ter c.p., comma 1 nella condotta tenuta dagli imputati e rispetto alla quale l'appellante Procuratore della Repubblica chiede la qualificazione ai sensi della citata norma.

In primo luogo, non costituisce né attività economica né attività finanziaria il mero deposito di una somma su una carta prepagata poiché, secondo la stessa dizione richiamata dal provvedimento impugnato e ripresa nell'atto di appello, è economica secondo la indicazione fornita dall'art. 2082 c.c., soltanto quella attività finalizzata alla produzione di beni ovvero alla fornitura di servizi ed in essa non rientra certamente la condotta contestata; né tantomeno può ritenersi sussistere nella condotta di versamento di somme in un conto corrente ovvero in una carta prepagata un'attività "finanziaria" con ciò facendosi riferimento ad ogni attività rientrante nell'ambito della gestione del risparmio ed individuazione degli strumenti per la realizzazione di tale scopo. In assenza di una precisa nozione contenuta nel codice penale ovvero in quello civile, la nozione di attività finanziaria di rilievo per la punibilità ai sensi della citata norma di cui all'art. 648 c.p.p., comma 1 ter, può ricavarsi dal Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (art. 106), che individua quali tipiche attività finanziarie l'assunzione di partecipazioni (acquisizione e gestione di titoli su capitale di imprese), la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, la prestazione di servizi di pagamento (incasso e trasferimento di fondi, esecuzione di ordini di pagamento, emissione di car-

Dalle
Corti

te di credito o debito) l'attività di cambiovalute; e poiché la condotta degli indagati non rientra neppure in nessuna delle suddette attività va esclusa la ricorrenza dell'elemento oggettivo anche sotto tale profilo.

In secondo luogo deve precisarsi che la norma sull'autoriciclaggio punisce soltanto quelle attività di impiego, sostituzione o trasferimento di beni od altre utilità commesse dallo stesso autore del delitto presupposto che abbiano però la caratteristica specifica di essere idonee ad "ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa". Il legislatore richiede pertanto che la condotta sia dotata di particolare capacità dissimulativa, sia cioè idonea a fare ritenere che l'autore del delitto presupposto abbia effettivamente voluto effettuare un impiego di qualsiasi tipo ma sempre finalizzato ad occultare l'origine illecita del denaro o dei beni oggetto del profitto, ipotesi questa non ravvisabile nel versamento di una somma in una carta prepagata intestata alla stessa autrice del fatto illecito.

Va al proposito ricordato come la norma sull'autoriciclaggio nasce dalla necessità di evitare

le operazioni di sostituzione ad opera dell'autore del delitto presupposto e che tuttavia il legislatore raccogliendo le sollecitazioni provenienti dalla dottrina, secondo cui le attività dirette all'investimento dei profitti operate dall'autore del delitto contro il patrimonio costituiscono post factum non punibili, ha limitato la rilevanza penale delle condotte ai soli casi di sostituzione che avvengono attraverso la re-immissione nel circuito economico-finanziario ovvero imprenditoriale del denaro o dei beni di provenienza illecita finalizzate appunto ad ottenere un concreto effetto dissimulativo che costituisce quel *quid pluris* che differenzia la semplice condotta di godimento personale (non punibile) da quella di nascondimento del profitto illecito (e perciò punibile). E poiché tale effetto dissimulativo e di concreto nascondimento non è ravvisabile nella contestata condotta deve escludersi la fondatezza dell'impugnazione.

Alla luce delle predette considerazioni il ricorso deve essere respinto.

P.Q.M. Rigetta il ricorso.

(*Omissis*)

I confini del delitto di autoriciclaggio

1. La vicenda.

La pronuncia che si commenta trae spunto dalla richiesta di applicazione di misura cautelare avanzata per una vicenda nella quale si contestava, tra gli altri, il delitto di autoriciclaggio previsto e punito dall'art. 648-ter.1 c.p. In particolare, si asseriva che B.D. e A.L.R. "dopo essersi impossessati di una borsa contenente una carta bancomat avevano prelevato la somma di 500,00 Euro che depositavano su una carta prepagata tipo *superflash* intestata alla L.", ritenendosi integrato l'autoriciclaggio per effetto del deposito della somma sulla carta prepagata.

Il fatto veniva qualificato dal G.I.P. come furto ed utilizzo abusivo di carta (di credito o) bancomat e l'esclusione del più grave autoriciclaggio veniva confermata anche dal Tribunale del riesame di Torino in sede di appello sulla misura cautelare. Avverso questo ultimo pronunciamento, il Procuratore della Repubblica proponeva ricorso per Cassazione

chiedendo “l’annullamento con rinvio dell’ordinanza in ordine alla errata qualificazione dei fatti costituenti invece il delitto di autoriciclaggio”. La Suprema Corte, attraverso una motivazione particolarmente precisa in punto di diritto, respinge il ricorso giudicandolo infondato.

2. Il delitto di autoriciclaggio.

Per comprendere la bontà del percorso argomentativo seguito dalla Corte, occorre prima sostare sui requisiti che connotano il delitto di autoriciclaggio di cui all’art. 648-ter.1 c.p., consistente nel fatto di “*chiunque, avendo commesso o concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l’identificazione della loro provenienza delittuosa*” e punito con la pena “*della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000*”¹.

Il reato è stato introdotto dalla l. 15 dicembre 2014, n. 186² con il proposito di estendere l’area del penalmente rilevante a quelle condotte tradizionalmente coperte dal c.d. “privilegio di autoriciclaggio”³, ossia a quelle operazioni di “ripulitura” dei proventi illeciti poste in essere dall’autore del delitto presupposto o dal concorrente, espressamente escluse tra quelle sanzionabili *ex art. 648-bis* c.p. in virtù della clausola di riserva (“*fuori dei casi di concorso*”) ivi prevista. Il legislatore ha ritenuto di perseguire questo obiettivo di politica criminale scartando la più agile opzione dell’eliminazione della suddetta clausola di riserva, operazione che avrebbe determinato l’espansione della fattispecie di riciclaggio⁴, impegnandosi piuttosto nella formulazione di un reato a soggettività limitata sul versante attivo⁵, plausibilmente di un reato proprio esclusivo⁶, dal momento che autore può essere soltanto chi “[ha]

¹ Per una recentissima e comprensiva analisi della figura di reato, si veda in particolare S. SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1631 ss.

² Il *novum* legislativo costituisce attuazione delle sollecitazioni provenienti da numerose istituzioni internazionali alle quali il nostro Paese aderisce. Si vuol far riferimento, in particolare, all’art. 13 della *Convenzione di Strasburgo sulla corruzione* del 1999, ratificata dall’Italia con legge 28 giugno 2012, n. 110 e all’art. 6 della *Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale* del 2000, ratificata dall’Italia con legge 16 marzo 2006, n. 146. Si v. anche il Rapporto sull’Italia del 2006 del FMI ed il rapporto del 2011 stilato dall’OCSE.

³ Tra i contributi più recenti, si v. F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont. - Rivista trimestrale*, 1/2015, 119; R. BRICHETTI, voce *Riciclaggio e auto riciclaggio*, in Treccani. Libro dell’anno, 2015, Roma, 2015, 163 s.; A. GULLO, voce *Autoriciclaggio*, in Treccani. Libro dell’anno 2016, Roma, 2016, 133.

⁴ C. PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell’ente: un groviglio di problematica ricomposizione*, in *Criminalia*, 2015, 541 s. e spec. 542: “*Per questa via, il riciclaggio diventava un reato comune, visto che il cono della punibilità si estendeva a “chiunque” avesse tenuto le condotte previste dal tipo*”. Si v. anche S. SEMINARA, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Dir. proc. pen.*, 2005, 233 ss.

⁵ Nella manualistica, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed., 2016, 231 ss.

⁶ Così F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 119 e C. PIERGALLINI, *op. cit.*, 551 s. Si v. anche A. ROSSI, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d. lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illusioni ed azzardi esegetici*, in *Dir. pen. cont. - Rivista trimestrale*, 1/2015, 130. Sul concetto di reato proprio esclusivo o “di mano propria”, si v. in particolare T. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Torino, 2012, 304 s. Distingue tra “*reati proprio non esclusivi*”, “*reati propri semiesclusivi*” e “*reati proprio esclusivi*”, F. MANTOVANI,

commesso o [ha] concorso a commettere” il delitto presupposto. E a proposito di quest’ultimo, si noti come la novella abbia operato una “selezione” tra i reati idonei a fondare il presupposto dell’autoriciclaggio analoga a quella già prevista per il riciclaggio: la commissione di un qualsiasi *delitto non colposo*, là dove produttivo di qualche utilità, può rappresentare l’antecedente necessario all’incriminazione di cui all’art. 648-ter.1 c.p.

Volgendo l’attenzione alla struttura oggettiva del delitto, le condotte alternative di impiego, sostituzione o trasferimento risultano mutate dalle fattispecie di cui all’art. 648-bis c.p. (“*chiunque sostituisce o trasferisce*”) e all’art. 648-ter c.p. (“*Chiunque [...] impiega*”)⁷. La formulazione è volta a comprendere la più vasta gamma di operazioni sui proventi illeciti e non trova certo limitazione nell’oggetto materiale delle condotte, che può essere rappresentato dal *denaro*, dai *beni* o da *altre utilità* provenienti dalla commissione del delitto presupposto. Piuttosto, l’ampia tipizzazione incontra un primo argine nel requisito della destinazione di tali operazioni ad “*attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative*”: previsione più articolata rispetto a quella prevista dall’art. 648-ter c.p. (“*attività economiche o finanziarie*”), che trova sostanzialmente conferma dal comma 4, ove si esclude espressamente la punibilità delle “*condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale*”. Non solo, perché la legge richiede espressamente che la condotta sia tale da “*ostacolare concretamente l’identificazione della loro* [ossia, dei proventi] *provenienza delittuosa*”, con la quale previsione si è inteso aggiungere al requisito mutuato dall’art. 648-bis c.p. (“*in modo da ostacolare l’identificazione della loro provenienza delittuosa*”) un richiamo di tenore rafforzativo alla concretezza dell’ostacolo frapposto, che richiede di valutare la condotta con particolare rigore e sempre alla luce del caso singolo⁸.

Con riferimento all’elemento soggettivo del reato, ci si limita a osservare che l’autoriciclaggio è punito a titolo di dolo generico.

Vasto ed articolato risulta l’apparato di circostanze posto dal legislatore a corredo dell’incriminazione. Anzitutto, al comma 2 si prevede l’applicazione della pena “*della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2.500 a euro 12.500*” invece che “*della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5.000 a euro 25.000*” quando “*il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni*”⁹. Il più mite trattamento sanzionatorio risulta, peraltro, “sterilizzato”¹⁰ dalla previsione del successivo comma 3, a

Diritto penale. Parte generale, CEDAM, 2015, 109.

⁷ In particolare, A. GULLO, *op. cit.*, 135 s. Si v. anche A.M. DELL’OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 808.

⁸ Per tutti, F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 115.

⁹ Si v. A. GULLO, *op. cit.*, 137. Anche se, ad onor del vero, non sono mancate voci, soprattutto in sede di primo commento, che hanno ricostruito questa ipotesi come fattispecie autonoma di reato: si v. L. TROYER - S. CAVALLINI, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all’ombra del ‘vicino ingombrante’*, in *Dir. pen. cont. - Rivista trimestrale*, 1/2015, 99 s. e soprattutto F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 120.

¹⁰ Così, ancora, A. GULLO, *op. cit.*, 137.

mente del quale “*Si applicano comunque le pene previste dal primo comma se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all’articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni*” (aggravante del c.d. fine e metodo dell’agevolazione mafiosa). Ancora, al comma 5 si prevede un aumento di pena, non specificato nella sua entità e quindi nei limiti previsti dall’art. 64 c.p., per il caso in cui il delitto sia commesso “*nell’esercizio di un’attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale*”. È infine prevista, al comma 6, una diminuzione “premiale” della pena “*fino alla metà*” a beneficio di “*chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l’individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto*”.

Chiude l’articolo il rinvio all’ultimo comma dell’art. 648 c.p., ove si fa salva la punibilità “*anche quando l’autore del delitto da cui il denaro o le cose provengono non è imputabile o non è punibile ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita a tale delitto*”¹¹. La disposizione, che appare curiosa là dove estirpata dal suo originario contesto (ricettazione) e riferita al delitto di cui all’art. 648-ter.1 c.p., del quale rappresenta requisito di tipicità l’identità tra l’autore del delitto presupposto e l’autore dell’autoriciclaggio, è da interpretarsi nel senso di assicurare la punibilità del concorrente per l’ipotesi in cui difetti l’imputabilità, la punibilità o la procedibilità in capo all’autore del delitto presupposto.

3. La pronuncia della Cassazione.

Tutto ciò premesso in punto di assetto normativo, ecco i passaggi attraverso i quali la Suprema Corte esclude l’applicabilità dell’autoriciclaggio al fatto realizzato da B.D. e L.R. In buona sostanza, tre sono le argomentazioni spese dalla Cassazione.

Per prima cosa, si esclude l’integrazione dell’elemento della destinazione delle operazioni sui proventi illeciti ad “*attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative*”¹². E invero, a dispetto della segnalata preoccupazione del legislatore di “*approntare una figura incriminatrice senza lacune*”¹³, ossia di non lasciare spazi liberi dall’intervento penale, attraverso questo requisito si realizza un restringimento dell’area sanzionabile alle sole ipotesi in cui la condotta operi un “lavaggio” dei proventi illeciti *attraverso* oppure *verso* attività strutturalmente economiche, siano esse propriamente produttive (*impre-*

¹¹ Norma che trova applicazione anche con riferimento ai delitti di cui agli artt. 648-bis e 648-ter c.p., in virtù dei richiami operati anche in queste sedi.

¹² Nelle parole della sentenza: “*In primo luogo, non costituisce né attività economica né attività finanziaria il mero deposito di una somma su una carta prepagata*”. Peraltro, nella disamina della Cassazione sull’attività economica e sull’attività finanziaria rimane per così dire “assorbita” qualsiasi considerazione relativa alle destinazioni *imprenditoriali* o *speculative*. E non sfugge come il riferimento circoscritto, dalla Corte, all’attività economica e all’attività finanziaria operi nel solco di una giurisprudenza già sviluppatasi con riferimento al delitto di cui all’art. 648-ter c.p. che, come accennato, non fa menzione delle altre due più specifiche destinazioni.

¹³ F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 116.

ditoriali) o comunque lucrative (*finanziarie* o *speculative*)¹⁴. Ebbene, un'interpretazione che ritenesse integrato l'elemento della destinazione tipica dei proventi per effetto del loro impiego come ricarica di una carta di credito prepagata, semplicemente, metterebbe nel nulla uno dei requisiti essenziali della fattispecie.

Ancora, la Corte rileva come nella formulazione del delitto si sia inteso riservare la sanzione penale alle sole condotte dotate di capacità dissimulativa tale da “*ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa*”. E non si tratta appena, verrebbe da dire, di un innalzamento dello standard probatorio sul quale legislatore ha inteso richiamare l'attenzione del giudice: è lo stesso avanzamento dell'intervento penale, che giunge fino a sanzionare il delinquente per la fruizione dei proventi del crimine, che esige un'individuazione precisa (delle destinazioni e) delle modalità che rendono questo utilizzo “nuovamente” criminoso.

E con questo si approda al terzo e ultimo argomento che sorregge il rigetto del ricorso, con il quale il Supremo Collegio si spinge ad individuare *ratio* e limiti di ammissibilità dell'incriminazione dell'autoriciclaggio entro il perimetro definito dai principi che governano la teoria generale del reato in tema di *post factum*. Ricongiungendo la dimensione strutturale del fatto tipico con la dimensione sostanziale del disvalore, la Corte chiarisce come, a fronte della “*necessità di evitare le operazioni di sostituzione ad opera dell'autore del delitto presupposto*” dalla quale ha preso vita la nuova disposizione, il legislatore abbia comunque tenuto conto del fatto che “*le attività dirette all'investimento dei profitti operate dall'autore del delitto contro il patrimonio costituiscono post factum non punibili*”: ragion per cui il legislatore medesimo “*ha limitato la rilevanza penale delle condotte ai soli casi di sostituzione che avvengano attraverso la re-immissione nel circuito economico-finanziario ovvero imprenditoriale del denaro o dei beni di provenienza illecita finalizzate appunto ad ottenere un concreto effetto dissimulativo che costituisce quel quid pluris che differenzia la semplice condotta di godimento personale (non punibile) da quella di nascondimento del profitto illecito (e perciò punibile)*”. Di modo tale che, “*poiché tale effetto dissimulativo e di concreto nascondimento non è ravvisabile nella contestata condotta deve escludersi la fondatezza dell'impugnazione*”.

4. Tre considerazioni per una comprensione “tipologica” dell'autoriciclaggio.

In buona sostanza, gli argomenti della Suprema Corte colgono nel segno e corretto risulta sia il dispositivo, sia il percorso logico attraverso il quale vi si giunge. Tanto che lo

¹⁴ Si v., in particolare, Cass. pen., Sez. II, 4 febbraio 2014 (ud. 11 dicembre 2013), n. 5546, in *CED - Sentenze Web*: “*un'importante ausilio per poter dare concretezza al concetto di “attività economica”, lo si trova nell'art. 2082 cod. civ. che, nel definire la nozione giuridica di imprenditore, qualifica come tale colui che “esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (...) in questo concetto di attività economica, rientra anche l'attività di finanziamento (...). Anche tale attività può rilevare ai fini del “reimpiego” illecito, giacché è a questa che la norma incriminatrice si riferisce allorché richiama la nozione di “attività finanziaria”*”. Sul tema, A. D'AVIRRO - M. GIGLIOLI, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 140.

stesso *dictum* della Cassazione si rivela d'ausilio per allargare un poco l'orizzonte della presente indagine e svolgere alcune valutazioni di più vasta portata.

Una prima considerazione verte sull'orientamento giurisprudenziale precedente all'entrata in vigore dell'art. 648-ter.1 c.p., con riferimento all'applicazione degli artt. 648-bis e 648-ter a condotte affini a quella esaminata. E in questo senso, bisogna subito osservare che l'indagine tende a concentrarsi sul delitto di riciclaggio, posto che la casistica in tema di "impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita" non offre riscontro alcuno¹⁵. Ebbene, nelle ipotesi in cui più recentemente si è spinta ad ammettere la configurabilità del delitto di riciclaggio per condotte di versamento su carta o conto corrente, la Suprema Corte ha posto l'accento sulla circostanza che il passaggio "attraverso" conto corrente o altra forma di deposito fosse preordinato alla reimmissione dei proventi sul mercato per il compimento di operazioni aventi rilevanza economico-finanziaria¹⁶. Diversamente da quanto osservato rispetto alla condotta di B.D. e a L.R. che, oltre a non risultare (*concretamente*) idonea ad ostacolare l'identificazione della provenienza illecita del denaro, risulta fine a sé stessa o quanto meno non strumentale ad un nuovo innesto nel mercato lecito in forma di investimento produttivo, economico-imprenditoriale o finanziario-speculativo. Pertanto, è possibile constatare come la pronuncia, oltre ad illuminare correttamente gli stringenti requisiti di tipicità dell'autoriciclaggio, si ponga oltretutto nel solco dell'applicazione già avanzatasi con riferimento al riciclaggio.

Una seconda considerazione attiene all'esigenza, emergente anche da queste brevi note, di operare una ricostruzione della fattispecie di autoriciclaggio che tenga conto non soltanto dei "requisiti *estrinseci*" di tipicità, che segnano il confine esterno dei reati summenzionati, ma anche dei "requisiti *intrinseci*", che specificano il fatto tipico nei suoi elementi essenziali in ragione degli interessi tutelati¹⁷. Ciò implica, anzitutto, che l'autoriciclaggio sia osservato non isolatamente, bensì all'interno del microsistema di reati che il legislatore è andato progressivamente delineando a partire dall'introduzione nel nostro ordinamento del delitto di "Sostituzione di denaro o valori proveniente da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione"¹⁸, fino all'attuale assetto

¹⁵ Quanto all'esiguo spazio applicativo *ab origine* configurato per il reato di cui all'art. 648-ter c.p., si v. N. MAZZACUVA, sub art. 24, L. 19 marzo 1990, n. 55. *Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di criminalità*, in *Leg. pen.*, 1991, 514: "Va condivisa anche l'osservazione conclusiva secondo cui l'applicazione della nuova fattispecie risulta paralizzata dalla presenza delle altre figure criminose che disciplinano la circolazione dei beni provenienti da reato". Si v. anche S. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 744 s.

¹⁶ Recentemente, in questo senso, Cass. pen., 8 luglio 2013 (ud. 8 maggio 2013), n. 28856, in *CED - Sentenze Web*: "Conclusivamente, va ritenuto, che la ricezione di denaro proveniente da delitto (...) configura l'illiceità del profitto ed il conseguente delitto di riciclaggio, ove la ricezione avvenga allo scopo di reimpiegare il denaro sporco in attività lecite e, per conseguire tale finalità, l'agente proceda ad una serie di versamenti e sostituzioni del denaro onde renderne più difficile l'individuazione della sua provenienza e del percorso seguito".

¹⁷ Sforzo in cui si cimentava già, con riferimento al delitto di riciclaggio, R. BARTOLI, *C.d. "taroccamento" e delitto di riciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 475 ss. e spec. 481 s.

¹⁸ Si v. F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, III ed., CEDAM, 1985, 144 ss. Si v. anche G. PECORELLA, *Denaro (sostituzione di)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, 366 ss.

degli artt. 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter*.1. Queste incriminazioni, tradizionalmente sistematizzate in una prospettiva di progressivo approfondimento dell'offesa patrimoniale¹⁹, sono andate sempre più emancipandosi dalla prospettiva di una tutela strumentale all'interesse del privato offeso dal delitto presupposto. È oramai diffusa, infatti, la convinzione che le richiamate incriminazioni siano poste principalmente a tutela di interessi afferenti la sfera pubblica e, semmai, la sfera collettiva: segnatamente, l'*amministrazione della giustizia* e l'*ordine (pubblico) economico*²⁰. Ebbene, se l'autoriciclaggio è (correttamente) inserito in questo novero di reati plurioffensivi, agli elementi essenziali dev'essere data interpretazione, certamente entro il perimetro semantico delineato dalla lettera della legge, ma pur sempre in funzione del bene tutelato. Con la conseguenza che deve escludersi la sussistenza del delitto di autoriciclaggio rispetto a fatti che non rivelino un significato offensivo verso l'amministrazione della giustizia e l'ordine economico: a titolo di mero esempio, si pensi all'ipotesi in cui si abbia collocazione dei proventi del delitto presupposto in strumenti finanziari di investimento più comunemente collocati dagli istituti di credito tra ai risparmiatori. Quanto detto trova conferma nell'espressa previsione del comma 4 della "non punibilità" delle "condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale". E invero, la norma non si limita a "recintare", dall'esterno, l'ambito applicativo dell'autoriciclaggio, bensì opera una specificazione (in negativo) delle destinazioni proibite ai sensi del comma 1 e così "ritaglia", dall'interno, porzioni di fatto che non recano il disvalore tipico nei riguardi dei beni giuridici tutelati²¹. Ecco che per questa via, attraverso un'analisi autenticamente tipologica dell'incriminazione, sembra di potersi risolvere anche la questione della natura della previsione del comma 4, da inquadrarsi come "clausola di delimitazione del tipo"²², che importa il venire meno

¹⁹ Si v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale: Parte speciale*, II, *Delitti contro il patrimonio*, VI ed., CEDAM, 2016, 14: "L'offesa patrimoniale consiste, qui, nell'aggravamento del danno per il titolare del bene, perché il passaggio da un soggetto a un altro ne rende più arduo il recupero (così nella ricettazione, come anche nell'incauto acquisto) o perché si aiuta l'agente ad assicurarsi i vantaggi derivanti da reato (così nel c.d. reato di riciclaggio, ma anche nel favoreggiamento reale, pur se attualmente collocato tra i delitti contro l'amministrazione della giustizia), creando ulteriori ostacoli all'accertamento giudiziario dei reati e alla punizione dei colpevoli".

²⁰ Con riferimento al delitto di riciclaggio, si v.: M. ZANGHETTI, voce *Riciclaggio*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 1997, 205 s.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. II, *I delitti contro il patrimonio*, VI ed., Milano, 2014, 264; V. MANES, *Delitti contro il patrimonio*, in *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, a cura di S. Canestrari, L. Cornacchia, A. Gamberini, G. Insolera, V. Manes, M. Mantovani, N. Mazzaucua, F. Sgubbi, L. Stortoni, F. Tagliarini, VII ed., Bologna, 2016, 856 s. Con riferimento al delitto di autoriciclaggio, si v.: C. PIERGALLINI, *op. cit.*, 544; F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 112 s.; Rossi, *op. cit.*, 128.

Diversamente R. BARTOLI, *op. cit.*, 481 s., che distingue nettamente tra un modello di riciclaggio orientato alla tutela dell'*amministrazione della giustizia* e un modello di riciclaggio che fa leva soprattutto sull'offesa all'*ordine economico*, delineando le separate conseguenze che discendono, sul piano del tipo criminoso, a partire dall'accoglimento dell'una piuttosto che dell'altra impostazione.

²¹ F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 116: "la descrizione in termini di utilizzazione personale delle disponibilità e di godimento (egualmente personale) dei beni di provenienza illecita permette di caratterizzare in negativo le condotte di sostituzione e trasferimento, in modo più preciso e vincolante per l'interprete di quanto non sarebbe in assenza di tale clausola. Il trasferimento penalmente rilevante al cospetto dell'autoriciclaggio sono quindi comportamenti che importano un mutamento della formale titolarità del bene o delle disponibilità (immutato il beneficiario economico ultimo), o che diano altresì luogo a una utilizzazione non più personale (ma riconducibile a una forma di re-immissione del bene o della disponibilità nel circuito legale).

²² Così, ancora, F. MUCCIARELLI, *op. cit.*, 121, che oltretutto si duole dell'incomprensibile (e incompresa) previsione della non punibilità per le ipotesi collocate dal legislatore "Fuori dei casi di cui ai commi precedenti" e, quindi, fuori anche dal perimetro del fatto tipico. Di "causa di non punibilità" parla, invece, A. GULLO, *op. cit.*, 136.

della punibilità ma che opera già al livello della tipicità, statuendo l'irrilevanza penale del mero impiego personale.

Una terza considerazione, di carattere dogmatico ma avente rilevanti ricadute sul piano applicativo, attiene all'osservanza del principio del *ne bis in idem* sostanziale²³, richiamato anche dalla Cassazione, che ha nella categoria del *post factum* non punibile²⁴ un ambito applicativo di elezione. Senza potersi qui addentrare in problematiche che allontanerebbero troppo queste brevi note dal loro punto di partenza, ci si limita ad osservare come il principio di diritto sancito dalla Suprema Corte in merito alla vicenda di B.D. e a L.R. meriti apprezzamento anche alla luce del rischio di doppia incriminazione materializzatosi all'indomani del superamento del "privilegio di autoriciclaggio"²⁵. Ebbene, soltanto una prospettiva di analisi "comprensiva" del tipo consente di fare salvo il rispetto del *ne bis in idem* perché orienta l'interprete verso una lettura della fattispecie illuminata dagli interessi protetti, in modo tale che l'autore del delitto presupposto non possa essere nuovamente attinto dalla severissima sanzione penale ove il successivo utilizzo dei proventi illeciti rappresenti semplicemente "il normale svolgimento che nulla aggiunge all'offesa già compiutamente realizzata col primo fatto"²⁶.

5. Conclusioni.

In buona sostanza, la pronuncia annotata consente di apprezzare la consapevolezza della Suprema Corte in merito agli interessi presidiati dal reato di cui all'art. 648-ter.1 c.p., assieme agli artt. 648-bis, 648-ter. E invero, con riferimento anzitutto all'autoriciclaggio, la pronuncia individua alcuni punti fermi attraverso una lettura precisa quanto all'individuazione dei requisiti di tipicità e meditata quanto alla loro comprensione sul più ricco terreno dei principi generali. Per quello che generalmente attiene, poi, al microsistema di cui agli artt. 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 c.p., la spiccata sensibilità sistematica della Cassazione si rivela preziosa ai fini di una più consona allocazione dei fatti all'esame delle Corti, sia all'interno di questo novero di delitti, sia in rapporto alla contigua e tradizionale figura della ricettazione.

Non pare, dunque, illusorio auspicare una più cauta applicazione di queste disposizioni in rapporto a fatti connotati da scarsa capacità di sviamento dell'accertamento giudiziale e di distorsione dell'ordine economico.

D'altra parte, sorge il dubbio che, a fronte della contezza mostrata dalla Suprema Corte, quello compiuto dalla sentenza che si commenta rappresenti soltanto un primo passo all'in-

²³ In tema, si v. F. MANTOVANI, *Parte generale*, cit., 471 ss.

²⁴ Per tutti, G. VASSALLI, *Antefatto non punibile, post-fatto non punibile*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 505 ss.

²⁵ Per il "privilegio di autoriciclaggio", si richiama quanto detto al § 2. Sul rischio di moltiplicazione delle ipotesi di reato a carico del medesimo soggetto per fatti tutti inquadrantesi nella medesima vicenda criminosa, si v. F. SGUBBI, *op. cit.*, 140. Per un'analisi comprensiva anche del *vulnus* al principio di matrice processualpenalistica del *nemo tenetur se detegere*: C. PIERGALLINI, *op. cit.*, 545 s.; A.M. DELL'OSSO, *op. cit.*, *passim* e spec. 805 ss.

²⁶ F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 534.

terno di una prospettiva tipologica che esige di sciogliere un ulteriore nodo. Definire un reato come plurioffensivo, infatti, non chiarisce ancora quale tra i beni protetti abbia un ruolo strumentale e quale invece rappresenti il fine ultimo della tutela. In altre parole, non è ancora sufficiente affermare che la norma sull'autoriciclaggio – e sul riciclaggio e sull'impiego – debba essere interpretata alla luce della sua natura di delitto plurioffensivo, stante la diversità di esiti applicativi cui conduce l'opzione che privilegia la protezione dell'uno, piuttosto che dell'altro bene giuridico. Si tratta, allora, di adottare una più chiara opzione in favore dell'interesse all'amministrazione della giustizia oppure dell'interesse alla tutela dell'ordine economico²⁷. Ed è proprio qui che si rinviene un secondo elemento di pregio (metodologico) della pronuncia, allorché la Cassazione conclude la propria motivazione ponendo l'accento sul bene giuridico che giudica preminente: evidentemente l'*amministrazione della giustizia*, posto che il "*quid pluris che differenzia la semplice condotta di godimento personale (non punibile) da quella di nascondimento del profitto illecito (e perciò punibile)*" è individuato nel "*concreto effetto dissimulatorio*" che osta all'accertamento della provenienza delittuosa del profitto medesimo.

Ecco, pertanto, che la Corte opera un'autentica scelta di campo, sposando un modello di autoriciclaggio che è il frutto della valorizzazione della formulazione letterale della disposizione – in particolare, dell'elemento del *concreto ostacolo* all'identificazione della provenienza illecita – e lasciando invece in ombra le pressanti ragioni politico-criminali di contrasto alla alterazione delle regole della concorrenza e del mercato che ne hanno sorretto l'introduzione²⁸. Sarà interessante osservare, dopo questa prima applicazione, a quali assestamenti applicativi andrà incontro l'autoriciclaggio rispetto a fatti di consolidamento dei proventi illeciti un poco più complessi rispetto a quello realizzato da B.D. e L.R., ma pur sempre lontani in punto di disvalore da quelli tenuti a mente dal legislatore e dalle istituzioni internazionali.

EDOARDO MAZZANTINI

²⁷ Così, con riferimento al delitto di riciclaggio, già R. BARTOLI, *op. cit.*, 482: "*il delitto di riciclaggio ha in sé due anime. Da un lato, un'anima che guarda – per così dire – al passato, nel senso che il disvalore della condotta si incentra soprattutto sulla capacità di cancellare ogni legame del bene con il precedente delitto. (...) Dall'altro lato, c'è un'anima che invece guarda – per così dire – al presente e al futuro, in quanto il disvalore della condotta viene sì apprezzato in base alla sua capacità di cancellare il marchio della provenienza delittuosa del bene, ma senza dimenticare che l'attività di ostacolo è praticamente sempre di per sé produttiva di guadagni e che può essere realizzata in vista dell'impiego di quest'ultimo in attività di vero e proprio investimento*".

²⁸ Si v., nuovamente, le sollecitazioni internazionali e sovranazionali richiamate alla nt. 1.

Cass. pen., sez. II, 11 maggio 2016 (dep. 11 luglio 2016), n. 28795 — Pres. De Crescenzio — rel. Verga

Truffa — aggravante dalla minorata difesa — valutazione in concreto

In tema di truffa, la valutazione della sussistenza dell'aggravante della minorata difesa deve essere operata dal giudice valorizzando situazioni che, nel singolo caso, abbiano ridotto o comunque ostacolato la capacità di difesa della parte lesa, agevolando in concreto la commissione del reato; di conseguenza, lo stato di inferiorità psichica delle vittime non può essere individuato esclusivamente nella generale crisi economica ed occupazionale che investe il settore giovanile (e quello non ancora sufficientemente anziano per il pensionamento), e neppure nella generica aspirazione ad un posto di lavoro come strumento di riaffermazione della propria dignità.

(Omissis)

Ricorre per Cassazione D.B.I. avverso il provvedimento del Tribunale del riesame di Roma che il 9 dicembre 2015 ha confermato l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari del locale Tribunale che gli ha applicato la misura cautelare degli arresti domiciliari per truffa aggravata ai sensi dell'art. 61 c.p., n. 5. L'aggravante è stata contestata per essersi gli imputati approfittati dello stato di disoccupazione in cui versavano i candidati in un periodo di grave crisi economica.

Deduca il ricorrente che l'aggravante in argomento è stata erroneamente configurata.

Lamenta che detta aggravante è stata collegata alla condizione di disoccupazione che unitamente all'età dei truffati in tempi come quelli correnti, segnati da una profonda crisi occupazionale che riguarda soprattutto l'universo giovanile, integri uno stato di minorata difesa tenuto conto della intuibile maggiore proclività dei ragazzi ad affidarsi all'aspettativa di una insperata soluzione dei problemi economici ed esistenziali connessi a sicure fonti di reddito.

Sostiene che le motivazioni fornite dai giudici di merito si pongono in netta antitesi con le caratteristiche specifiche della circostanza aggravante della minorata difesa, ben evidenziate dalla dottri-

na e dalla giurisprudenza, che richiedono, perché possa applicarsi la circostanza, che le condizioni di tempo, luogo e persona abbiano in concreto effettivamente ostacolato la pubblica o privata difesa, non essendo sufficiente la idoneità astratta di quelle condizioni a favorire la commissione del reato. È stato sottolineato che la giurisprudenza di questa corte ha affermato che ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della minorata difesa, l'età avanzata della vittima del reato, anche a seguito delle modificazioni legislative introdotte dalla L. n. 94 del 2009, è rilevante nel senso che impone al giudice di verificare, allorché il reato sia commesso in danno di persona anziana, se la condotta criminosa posta in essere sia stata agevolata dalla scarsa lucidità o incapacità di orientarsi da parte della vittima nella comprensione degli eventi secondo criteri di normalità (Cass. N. 35997/2019 Riv. N. 248163). Ancora che la valutazione della sussistenza dell'aggravante della minorata difesa va operata dal giudice, caso per caso, valorizzando situazioni che abbiano ridotto o comunque ostacolato, cioè reso più difficile, la difesa del soggetto passivo, pur senza renderla del tutto o quasi impossibile, agevolando in concreto la commissione del reato. (Fattispecie in materia di truffa in danno di una pluralità di persone of-

fese, nella quale la Corte ha ritenuto sussistente l'aggravante nella condotta degli imputati che prospettavano alle vittime stabili occupazioni di lavoro, con approfittamento, a seconda dei casi, delle condizioni di crisi economica delle vittime medesime o di situazioni familiari di forte disagio delle stesse, colpite da recenti gravi lutti familiari (Cass. n. 6608 del 2013 Rv. 258337).

Ed è sottolineato che tale condizione di minorata difesa deve essere riconosciuta dall'autore del reato che ne ha approfittato, accertamento che è stato assolutamente omesso nella fattispecie in esame e che l'esclusione dell'aggravante comporta la inapplicabilità della misura.

Il ricorso è fondato alla stregua delle seguenti considerazioni.

Mette in dubbio il ricorrente la sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 61 c.p., n. 5 contestata nel caso di specie "perché il fatto sarebbe stato commesso approfittando dello stato di disoccupazione dei giovani in un periodo di particolare crisi economica sul territorio nazionale", aggravante ritenuta sussistente dal Tribunale "a fronte della grave crisi economica ed occupazionale che nel presente momento storico investe in particolare il mondo giovanile, ma anche chi proprio perché non più giovane e non sufficientemente anziano per il pensionamento e si trovi a causa di un licenziamento alla ricerca di un'occupazione".

La circostanza aggravante di cui all'art. 61 c.p., comma 1, n. 5, è configurabile quando l'agente approfitti di circostanze a lui favorevoli, di tempo, di luogo o di persona (anche in relazione all'età), da lui conosciute e che abbiano, in relazione alla situazione fattuale in concreto esistente, ostacolato la reazione dei privati parti lese, agevolando in concreto la commissione del reato.

Quanto alle circostanze relative alla persona, è pacifico che esse considerino situazioni di inferiorità della vittima di cui approfitti l'autore del reato.

Il fondamento dell'aggravante risiede nella considerazione in termini di maggior disvalore

della condotta lì dove il reo approfitti, attraverso un meditato calcolo, delle possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui l'azione verrà a svolgersi. Secondo la dottrina e parte della giurisprudenza che individuano come soggettiva la circostanza in argomento, la esistenza di detto contesto "oggettivamente agevolativo" dovrebbe rientrare nella previsione del soggetto agente sì da manifestare una più elevata indole criminale, tale da giustificare l'incremento sanzionatorio. Deve però rilevarsi che in sede di applicazione giurisprudenziale anche lì dove si è optato per la natura oggettiva della circostanza (Sez. 5 n. 14955 del 23.2.2005, rv 206336), si è comunque posto l'accento sulla necessaria individuazione di concrete condizioni tali da facilitare l'azione delittuosa intrapresa.

È stato così affermato da questa Corte (Cass. N. 40293 del 2013 Rv. 257248; N.6608 del 2014; N. 43128 del 2014) che la valutazione della sussistenza dell'aggravante va operata dal giudice, caso per caso, valorizzando situazioni che abbiano ridotto o comunque ostacolato, cioè reso più difficile, la difesa del soggetto passivo, pur senza renderla del tutto o quasi impossibile, agevolando in concreto la commissione del reato. Occorre perciò che la difesa sia stata concretamente ostacolata non bastando l'idoneità astratta di quelle condizioni a favorire la commissione del reato (Cass., N. 5266 del 2006 Rv. 233573, N. 8819 del 2010 Rv. 246160; N. 3598 del 2011 Rv. 249270).

Alla stregua dei principi indicati può affermarsi che il Tribunale non ha compiutamente spiegato in cosa consistesse lo stato di debolezza psichica delle vittime che avrebbe, nei singoli casi, ridotto la capacità di difendersi dalle condotte truffaldine oggetto di contestazione ed agevolato in concreto la commissione dei reati, determinando uno stato di minorata difesa tale da facilitare le imprese delittuose. Considerato che non può infatti essere ritenuta sufficiente l'astratta idoneità delle condizioni a favorire la commissione del reato, lo stato di inferiorità

psichica non può essere individuato esclusivamente nella generale crisi economica ed occupazionale che investe il settore giovanile e quello non ancora sufficientemente anziano per il pensionamento, e neppure nella generica aspirazione ad un posto di lavoro come strumento di riaffermazione della propria dignità, provata dalla mancanza di prospettive, come invece hanno fatto i giudici di merito.

L'ordinanza impugnata va, pertanto, annullata con rinvio al Tribunale del Riesame di Roma, che

si atterrà ai principi indicati, limitatamente alla circostanza di cui all'art. 61 c.p., n. 5, con integrale trasmissione degli atti al Tribunale del Riesame di Roma.

P.Q.M. Annulla l'ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale del Riesame di Roma limitatamente alla circostanza di cui all'art. 61 c.p., n. 5.

Ordina l'integrale trasmissione degli atti al Tribunale del Riesame di Roma.

(*Omissis*)

Crisi economica e aggravante della minorata difesa nella truffa: Costanti, tendenze, tensioni

1. Crisi economico-occupazionale e truffa aggravata dalla minorata difesa nella pronuncia della Corte di Cassazione.

Con l'ordinanza n. 3432 del 9 settembre 2015 il Tribunale delle libertà di Roma confermava la misura cautelare degli arresti domiciliari applicata dal g.i.p del Tribunale locale al signor xxx, attinto dall'accusa di *truffa aggravata* ai sensi dell'art. 640, comma 2, n. 2-*bis*, c.p.¹.

I giudici di merito ritenevano infatti che la condizione di disoccupazione in tempi come quelli correnti, segnati da una profonda crisi occupazionale che investe soprattutto l'universo giovanile, unitamente alle caratteristiche dei soggetti truffati – nella fattispecie la giovane età, associata ad una maggiore proclività ad affidarsi all'aspettativa di insperate fonti di reddito – integrasse uno stato di minorata difesa rilevante ai sensi dell'art. art. 61, comma 1, n. 5, c.p. (c.d. aggravante della *minorata difesa*).

Adita dal signor xxx, la Corte di Cassazione annullava l'ordinanza del Tribunale delle libertà di Roma limitatamente all'aggravante della minorata difesa per un difetto di motivazione. Riteneva la Corte che i giudici di merito non avessero compiutamente spiegato in cosa consistesse lo stato di debolezza psichica che avrebbe *in concreto* ridotto la capacità di difesa delle singole vittime, agevolando la commissione dei reati di truffa. Ai fini della configurazione dell'aggravante della *minorata difesa* non sarebbe infatti sufficiente argo-

¹ Art. 640 c.p.: «[1] Chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da cinquantuno euro a milletrentadue euro. [2] La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da trecentonove euro a millecinquecentoquarantanove euro: (...) 2-*bis* se il fatto è commesso in presenza della circostanza di cui all'articolo 61, numero 5)».

mentare sulla base dell'astratta idoneità del contesto – in questo caso determinato dalla combinazione di più *circostanze*, ossia l'età delle vittime e la generale crisi economica ed occupazionale che investe il settore giovanile – ad agevolare la commissione del reato, ma andrebbe verificato, con una valutazione *caso per caso*, se e in che misura i c.d. *accidentalità delicti* abbiano comportato una riduzione – se non un vero e proprio annientamento – della capacità delle vittime di discernere la “trappola” tesa nei loro confronti, e quindi di sottrarvisi.

2. L'aggravante della minorata difesa: vicende recenti.

Dopo avere già esentato, nel 2001, l'aggravante della *minorata difesa* dalla regola che, ai sensi dell'art. 278, comma 4, c.p.p., sottrae le circostanze comuni dai calcoli della pena agli effetti delle misure cautelari, nel 2009, con la l. 15 luglio, n. 94, il legislatore optava per l'introduzione di una specifica ipotesi aggravante ad effetto *indipendente* per il reato di truffa – in grado di rimodellarne significativamente i limiti di pena, portando il minimo edittale ad un anno ed il massimo a cinque – per i casi in cui «il fatto è commesso in presenza della circostanza di cui all'articolo 61, n. 5». Al contempo, l'art. 61, n. 5, veniva novellato includendovi un riferimento espresso all'*età* quale causa di minorata difesa².

Gli interventi legislativi del 2009 – in qualche modo anticipati da quell'indirizzo giurisprudenziale che inseriva la senilità tra le cause di minorata difesa in ragione di circostanze di “persona” tali da ostacolare l'autotutela³ – intendevano offrire risposta, attraverso il consueto strumento dell'innalzamento dei trattamenti sanzionatori, all'allarme sociale innescato dall'incremento del tasso di criminalità (in particolare dei reati contro il patrimonio) in danno delle persone anziane⁴.

Nel corso del procedimento legislativo, tuttavia, l'impronta “gerontovittimologica” è andata smarrita. Mentre il disegno di legge approvato dal Senato menzionava esclusivamente l'età avanzata, la Camera dei deputati ha ritenuto opportuno attribuire rilevanza alla minorata difesa in termini più ampi, utilizzando la dizione «anche in riferimento all'età», senza altro aggiungere: così da ampliare l'ambito di applicazione dell'aggravante ad ogni circostanza di *età* che possa determinare una particolare *vulnerabilità* della vittima, andan-

² In proposito si veda A. DELLA BELLA, *Le linee generali della riforma*, in O. MAZZA - F. VIGANÒ (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino, 205 ss.; G.L. GATTA, *Modifiche al codice penale A) Disposizioni di parte generale. Circostanze aggravanti comuni*, in S. CORBETTA - A. DELLA BELLA - G.L. GATTA, *Sistema penale e “sicurezza pubblica”: le riforme del 2009*, Milano, 2009, 5 ss.; A. PECCIOLI, *Le modifiche al codice penale (I)*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1197 ss.; M. BARBA, *Innovazioni in materia di circostanze di reato*, in AA.VV., *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica, aggiornato alla l. 15 luglio 2009 n. 94*, a cura di F. GIUNTA - E. MARZADURI, Milano, 2010, 192.

³ Purché accompagnata da fenomeni di decadimento o indebolimento delle facoltà mentali o da ulteriori condizioni personali tali da determinare una diminuzione dell'apprezzamento critico della realtà, la *senilità* era pacificamente ricondotta in giurisprudenza tra le condizioni suscettibili di dar luogo ad una situazione di minorata difesa: si veda, *ex multis*, Cass. pen., sez. II, 18 giugno 1981 in *Giust. pen.*, 1982, II, 471 ss.; Cass. pen., sez. II, 21 giugno 1983, in *Riv. pen.*, 1984, 802; Cass. pen., sez. II, 17 settembre 2008, n. 39023, in CED, n. 241454. In dottrina si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, V ed., 398; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. I, Milano, 2004, 666 ss.

⁴ V. P. CIPOLLA, *L'anziano vittima dei reati patrimoniali*, in *Giur. merito*, 2011, 12, 3019 ss.

dovi quindi ricomprendere sì l'età avanzata, ma anche quella *giovanile* (o altro particolare periodo dell'esistenza dell'uomo idoneo a provocarne, anche in relazione alla specificità del reato, una maggiore debolezza).

Proprio di *giovani*, del resto, si parla all'interno della pronuncia in commento. Tuttavia nel caso portato all'attenzione della Corte di Cassazione la *circumstantia delicti* non si esaurisce nella giovane età delle vittime, ma si salda con la crisi economica attraversata dal nostro Paese ed i suoi gravi risvolti sull'occupazione giovanile. Un dato di contesto ritenuto compatibile, pur alle condizioni specificate dalla Corte, con la configurazione della *minorata difesa*.

3. La pronuncia della Corte e il suo contesto: una tendenza e una costante.

In base a quanto accennato pare quindi di poter inquadrare la sentenza in commento all'interno di una *tendenza* e di una *costante*. La *tendenza* è quella del filone giurisprudenziale che, in diverse materie (tributaria, fallimentare, dei delitti contro il patrimonio), attribuisce rilevanza alla congiuntura di crisi economica entro cui ha preso forma la dinamica criminosa, nei termini di un'attenuazione o esclusione della normale conseguenza giuridica della pena.

La *costante* è data invece dall'incontro, nel territorio delle circostanze, tra esercizio della discrezionalità giudiziale ed ingerenza del legislatore⁵. Le circostanze servono ad assegnare al giudice un certo potere⁶ sulle conseguenze del reato, ma è sempre il legislatore a determinare l'intensità di questo potere, giocando con due variabili: l'ampiezza della formula legislativa e gli effetti sui limiti di pena. Nella truffa aggravata dalla minorata difesa il legislatore commina la pena entro una precisa cornice edittale, differente rispetto a quella del reato base, ma al contempo assegna al giudice un certo grado di libertà nella concretizzazione della fattispecie circostanziale, utilizzando una formula dai confini piuttosto ampi («l'aver profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa»)⁷.

⁵ In proposito si veda lo studio, che beneficia del confronto tra prospettiva penalistica e storico-comparatistica, oggetto dell'opera collettanea curata da R. BARTOLI – M. PIFFERI, *Attualità e storia delle circostanze del reato. Un istituto al bivio tra legalità e discrezionalità*, Milano, 2016, dove il binomio *legalità-discrezionalità* (configurato, attraverso una efficace metafora, in termini di “bivio”), quale cifra essenziale dell'istituto delle circostanze del reato, è declinato sia in una prospettiva per così dire *statica* sia in un'ottica *dinamica*. Mentre la prospettiva statica, entro cui principalmente è incanalata la nostra riflessione, consente di tratteggiare in tutte le sue sfumature il concetto di “*discrezionalità vincolata*” (e il suo rovescio di “*commisurazione legale*”), la visuale “dinamica” (ben delineata nei contributi di G. DE VERO e R. BARTOLI) coglie le (non sempre rassicuranti) implicazioni politico-criminali delle circostanze.

⁶ L'espressione è ripresa da F. BASILE, *L'enorme potere delle circostanze sul resto; l'enorme potere dei giudici sulle circostanze*, in R. BARTOLI – M. PIFFERI (a cura di), *Attualità e storia delle circostanze del reato*, cit., 303 ss.

⁷ Conferiscono ad esempio al giudice un enorme potere valutativo-discrezionale le circostanze c.d. *indefinite*, vale a dire quelle circostanze a “tipizzazione assente”, come può essere il «fatto di particolare gravità» o, per contro, “di particolare tenuità” (*ivi*, 319; sul punto poi non possiamo che rinviare all'opera di F. BRICOLA, *Le aggravanti indefinite (legalità e discrezionalità in tema di circostanze del reato)*, in *Scritti*, vol. I, tomo I, Milano, 1997, 299 ss.). L'aggravante della minorata difesa potrebbe invece essere ascritta al nove-

Non vi è perciò niente di strano nel fatto che “istanze sociali” emergenti, selezionate dalla sensibilità del giudice, accedano per questa particolare via al processo di applicazione della pena; la sentenza in commento, del resto, è solo l’ultima delle pronunce che in anni recenti hanno contribuito ad aggiornare i contenuti della minorata difesa.

Di strano, piuttosto, vi è che questo accada perdendo di vista la situazione di approfittamento. Cioè la spina dorsale dell’aggravante della minorata difesa.

3.1. La costante: l’immutabile delle circostanze del reato nella truffa aggravata dalla minorata difesa (con un’anomalia).

In apertura del precedente paragrafo abbiamo detto di come l’aggravante della *minorata difesa* in anni recenti sia stata oggetto di una notevole valorizzazione in via positiva. Confezionata all’interno di un pacchetto di opzioni legislative (il c.d. “pacchetto sicurezza” del 2009) dal valore fortemente simbolico, non si può negare che la previsione di un’ipotesi di truffa aggravata dalla *minorata difesa* abbia svolto un suo particolare ruolo sul piano della *narrazione* di un nuovo diritto penale, più sensibile alle ragioni delle c.d. “vittime deboli”. Effetto simbolico-narrativo in qualche misura *amplificato* dalla scelta finale di introdurre all’art. 61, n. 5, un generico riferimento all’età, il quale senza ampliare né restringere il significato della *circostanza* aggravante, ne porta in luce, tra i tanti, l’aspetto ritenuto dal legislatore maggiormente funzionale a un intento di rassicurazione sociale.

Senza neppure avvicinarsi alle soglie della *patologia*⁸, il simbolismo qui però si ferma.

Lo spostamento degli spazi edittali del reato di truffa ad opera della minorata difesa, se da un lato non è privo di una sua giustificazione procedurale, essenzialmente rappresentata da una maggiore effettività della fase cautelare e da un abbassamento delle probabilità di ricorso a istituti sospensivi⁹, dall’altro è sostenuto da una ferrea logica sostanziale.

Se prendessimo l’aggravante della minorata difesa nella sua versione di circostanza comune, quale elemento accidentale di una qualsiasi ipotesi di reato (ad esempio l’omicidio), difficilmente vi coglieremmo un profilo di ulteriore lesività del fatto tale da giustificare un innalzamento del trattamento sanzionatorio. Neppure, d’altra parte, riusciremmo a rintracciarvi indici di una maggiore capacità a delinquere del reo, fattore che parrebbe al contrario accresciuto laddove questi si mostrasse capace di affrontare particolari ostacoli pur di realizzare il proposito criminoso. Da qui i dubbi sulla *ratio* della minorata difesa, decifrabile forse in un’ottica di prevenzione generale, ossia nella prospettiva di «controbi-

ro delle circostanze c.d. *semi-indefinite*, caratterizzate da contorni imprecisi per l’impiego di clausole generali o concetti normativi extragiuridici: qui il giudice è chiamato a un’opera di etero-integrazione della fattispecie circostanziale, ampiamente affidata alla sua intuizione e sensibilità personale.

⁸ Sul tema si rinvia ai numerosi spunti offerti dal dibattito sviluppatosi in seno alla AIDP, poi confluiti nei contributi raccolti nello scritto: *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it.

⁹ L’aumento dei termini edittali non intacca, ad esempio, i termini prescrizionali, né il regime di procedibilità, essendo già prevista all’ultimo comma dell’art. 640 c.p. la procedibilità d’ufficio in ogni caso di ricorrenza di una (qualsiasi) circostanza aggravante.

lanciare la particolare suggestività criminogena delle situazioni di minorata difesa («l'occasione fa l'uomo ladro») con la minaccia di una pena più elevata¹⁰; ma a quel punto in odore di illegittimità costituzionale, per contrasto con il principio personalistico.

Tuttavia, una volta calata all'interno della dinamica criminosa della truffa, l'aggravante della minorata difesa assume un volto assimilabile, per funzione e contenuto di disvalore, a quello degli elementi costitutivi del fatto.

Qui è necessario aprire una breve parentesi. Ogni volta che ci troviamo di fronte ad una fattispecie specializzante con pena autonoma o indipendente si pone la questione, ricca di implicazioni pratiche¹¹, della distinzione tra elementi costitutivi del fatto ed elementi circostanziali.

Secondo la definizione tradizionale gli elementi circostanziali sono quelli che accedono a un reato già perfetto nella sua struttura e che possono mancare senza che il reato venga meno; al contrario, se manca un elemento essenziale del reato, a far difetto è la stessa struttura criminosa¹². Non esistendo tuttavia alcuna differenza ontologica tra circostanze ed elementi costitutivi del reato (una differenza, cioè, intrinseca, contenutistica)¹³, la questione non preesiste alla scelta operata in via positiva: è sempre il legislatore che decide quali *effetti* – costitutivi o circostanziali – attribuire ad un determinato elemento che accede alla fattispecie. Quando la scelta del legislatore non emerge in modo sufficientemente chiaro, si ricorre ai criteri distintivi, di tipo formale e sostanziale, elaborati in dottrina e in giurisprudenza¹⁴.

Nel caso della truffa aggravata dalla minorata difesa questi criteri indicano manifestamente la soluzione *circostanziale*.

Tuttavia, nonostante la qualifica formale di circostanza, lo sfondamento della cornice edittale continua a suggerirci che la minorata difesa, nell'ambito della truffa, debba intrattenere un legame strutturale con il tipo del reato. Ed infatti così è.

Nella dinamica causale che conduce all'atto di disposizione della vittima si insinua infatti, accanto alle dimensioni dell'inganno e dell'errore, il nuovo elemento dell'*abuso*

¹⁰ Si veda sul punto A. VALLINI, *Circostanze del reato*, in *Dig. d. pen., Aggiornamento*, 2000, 43.

¹¹ I risvolti pratici della distinzione tra elementi circostanziali e costitutivi sono ben riassunti nel lavoro di F. BASILE, *Reato autonomo o circostanza? Punti fermi e questioni ancora aperte a dieci anni dall'intervento delle Sezioni Unite sui "criteri di distinzione"*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 13 ss.

¹² La definizione è riportata con cadenze simili nei principali manuali e trattazioni enciclopediche in tema di elementi circostanziali del reato. Cfr. ad esempio T. PADOVANI, *Diritto penale*, X ed., Milano 2012, 250; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., 2010, Bologna, 417; T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. d. pen.*, II, Torino, 1988; A. MANNA, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. VI, Roma, 1988.

¹³ In questo senso M. ROMANO, *Commentario Sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., Milano, 2004, preart. 59, 634; A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato. Origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000, 563; D. PULITANO, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. DOLCINI-C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, Milano, 2006, 679. In precedenza già G. CONTENUTO, *Introduzione allo studio delle circostanze del reato*, Napoli, 1963, 172 ss. e G. MARINI, *Le circostanze del reato*, Milano, 1965, p. 29 ss.

¹⁴ In particolare all'interno della nota pronuncia a Sezioni Unite "Fedi" (Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2002, in *CED Cass.*, n. 221663). Ma sulla ineliminabile precarietà di questi criteri si veda ad esempio G. AMARELLI, *Circostanze ed elementi essenziali del reato: il difficile distinguo si ripropone per il furto in abitazione*, in Cass. pen., fasc. 7-8, 2007, 2815 ss.

di una condizione di debolezza del soggetto passivo; elemento che, nella sua pregnanza offensiva, giustifica pienamente lo spostamento della cornice edittale¹⁵.

Si assiste così ad un tendenziale allineamento del nucleo di disvalore della truffa circostanziata con quello del delitto di circonvenzione d'incapace, storico reato *di abuso* contro il patrimonio, collocato solo poco oltre nell'articolato codicistico e non a caso punito più gravemente proprio in ragione del particolare disvalore che il legislatore assegna al mezzo offensivo con cui la cooperazione della vittima è carpita¹⁶.

Comprendiamo allora bene che l'unico elemento in grado di ridefinire il disvalore astratto del reato¹⁷ è dato proprio dall'approfittamento della condizione di debolezza, non invece, ad esempio, dalla *tipologia* di circostanze che tale condizione determinano¹⁸. Aspetto, quest'ultimo, per così dire circostanziale rispetto alla stessa circostanza, affidato alla discrezionalità di un giudice totalmente libero di spaziare nelle tre dimensioni «di tempo, di luogo o di persona» evocate dall'art. 61, n. 5, c.p.

Uno sguardo alle pronunce degli ultimi mesi in materia di truffa aggravata dalla minorata difesa ci permette ad esempio di apprezzare, a proposito di circostanze di *luogo*, come i giudici abbiano tra queste arruolato anche il *cyberspace*: partendo dal (corretto) presupposto che in verità sia una caratteristica del luogo – la distanza – e non il luogo fisico in sé a provocare una *diminutio* delle capacità di difesa, il *web*, non-luogo per eccellenza, ai fini del riconoscimento della circostanza è trattato come una qualsiasi località isolata da vie di comunicazione o presenze umane¹⁹.

Allo stesso modo, il generico riferimento a circostanze di *persona* ha altresì consentito di includere nella circostanza aggravante qualsiasi contingenza socio-economica o fami-

¹⁵ La minorata difesa, insomma, incide sulla tipicità penale della fattispecie-base sotto il profilo dei mezzi offensivi che conducono alla realizzazione dell'evento: la cooperazione artificiosa della vittima è carpita non più solamente mediante l'*induzione in errore*, bensì anche attraverso lo *sfruttamento* ed *abuso* della situazione iniziale da cui il reo prende le mosse.

¹⁶ Sul punto ci limitiamo a fare un rinvio al capolavoro di C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, in C. PEDRAZZI, *Diritto penale, II, Scritti di Parte Speciale*, Milano, 2003, 41 ss.

¹⁷ Pare quindi giustificato il ritorno ad una sorta di "tipizzazione casistica" della truffa, volendoci con questa espressione riferire alla metodologia di creazione giuridica che operava nell'età comune. Quest'ultima, a ragione definita come fase di «emersione del penale», era infatti caratterizzata da un principio di *frammentazione* delle fattispecie penalistiche, in cui le figure di reato, definite *per elenchum*, realizzavano un sistema "casistico", in cui i *tipi* proliferavano anche in virtù dell'assenza di una distinzione tra circostanze ed elemento costitutivo del reato, nonché della valorizzazione di una serie di elementi estrinseci (ad esempio la direzione della *voluntas*, il *modus*, la qualità dell'autore, il valore del bene protetto) di volta in volta chiamati a supportare autonome figure di reato. In proposito si veda ad esempio M. PIFFERI, *Accidentalità delicti e criteri di commisurazione della pena. Una lettura storica delle circostanze alla "periferia" del codice*, in *Attualità e storia delle circostanze*, cit., 1 ss.. Le tappe essenziali della millenaria vicenda giuridico-dottrinale che ha condotto all'emersione della *truffa* come autonoma figura di reato (con una sua funzione specifica, struttura certa e nozione accettata) sono ripercorse nel lavoro di M. SBRICCOLI, *Truffa (storia)*, in Enc. dir., XLV, 1992, 236 ss..

¹⁸ Sono dunque i rapporti tra autore del reato e soggetto passivo (l'*abuso* del primo nei confronti del secondo) a giustificare lo "scatto" sulla scala di gravità del reato e non l'*ambiente* nel quale il fatto si svolge. Non ci troviamo cioè in una di quelle ipotesi – si pensi ad esempio al reato di atti osceni *in luogo pubblico* o al reato di maltrattamenti *in famiglia* – in cui l'ambiente (ossia particolari circostanze di tempo, luogo etc.) è elevato dal legislatore ad elemento costitutivo del tipo, in quanto di per sé in grado di *accrescere l'offendibilità del bene giuridico*. V. C. PERINI – F. CONSULIGH (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano*, Milano, 2012, 95 ss..

¹⁹ In materia di truffa aggravata dalla minorata difesa in occasione di acquisti *on-line* si veda, da ultimo, Cass. pen., 29 settembre 2016 (dep. 14 ottobre 2016), n. 43706, in *Riv. pen.*, 2016, 12, 1104 ss.

liare che abbia effettivamente reso la vittima facile preda degli approfittatori; così anche nella pronuncia in commento, dove la Cassazione, nel rimarcare un difetto di motivazione, non esclude affatto che gli effetti della crisi economico-occupazionale possano rilevare come situazione di minorata difesa, purché ne siano compiutamente evidenziati i riflessi, in termini di una maggiore debolezza, sulla persona della vittima.

A nostro avviso, tuttavia, anche il massimo sfruttamento della formula legislativa trova un limite nel rispetto di quella direttrice di *disvalore* tracciata dal legislatore – l’approfittamento –, che necessariamente *vincola* la discrezionalità del giudice.

Ecco l’*anomalia*: alla corretta pretesa di una lettura *in concreto* dello stato di minorata difesa in cui versa la vittima del reato²⁰, la Cassazione avrebbe forse potuto associare una migliore valorizzazione dell’aspetto del cosciente approfittamento, da parte dell’autore del reato, della ridotta capacità di autotutela dei giovani candidati²¹. La prospettiva del *rapporto* vittima-autore appare, al contrario, completamente trascurata. È invece soltanto valorizzando il profilo soggettivo dell’approfittamento che la logica dell’arricchita lesività oggettiva del fatto si dispiegherà, come deve essere, nel limite di una accresciuta colpevolezza per il fatto²²; limite entro cui la circostanza è indefettibilmente chiamata ad operare.

3.2. La tendenza: la giurisprudenza in tema di crisi.

Come anticipato, la vicenda in esame può essere collocata all’interno di una *tendenza* che attraversa la giurisprudenza di merito e di legittimità, volta a valorizzare il contesto di crisi entro cui il reato prende forma, il quale finisce per incidere sulla “normale” conseguenza della pena, escludendola del tutto o alterandone la misura.

Si pensi alla copiosa giurisprudenza, soprattutto di merito, che nella materia fiscale si è mostrata propensa a rivisitare criticamente alcune categorie dogmatiche (in particolare la

²⁰ La Corte, per meglio definire lo *standard* di concretezza richiesto all’argomentazione del giudice di merito, prende a parametro un suo precedente (Cass. pen., 14 novembre 2013, n. 6608, in *Dir. & Giust.* 2014, 13 febbraio) in cui aveva ritenuto sussistente l’aggravante della *minorata difesa* nella condotta degli imputati per truffa che prospettavano alle vittime stabili occupazioni di lavoro, con approfittamento, a seconda dei casi, delle condizioni di crisi economica o di situazioni familiari di forte disagio (come un grave lutto familiare) delle vittime.

²¹ Si veda in proposito T. PADOVANI, voce *Circostanze del reato*, cit., 218, secondo il quale «sembra indiscutibile che il ricorso alla locuzione “profittare” denoti l’esigenza che il reo abbia sfruttato consapevolmente la situazione (diversamente, sarebbe stato logico limitarsi a richiedere che il reato fosse “commesso” nelle circostanze indicate)», non potendo di conseguenza la circostanza prescindere da un coefficiente psichico di imputazione. Dello stesso avviso A. MANNA, *op. cit.*; A. VALLINI, *op. cit.*, 43, ravvisa nella circostanza della minorata difesa una di quelle “deroghe implicite” all’art. 59 c.p. che, nella vigenza del vecchio regime di imputazione delle aggravanti, provvedevano a correggerne, anche se solo per specifiche ipotesi, le aberrazioni (e che oggi rappresentano “specificazioni” di quel criterio generale di conoscenza che riavvicina il regime di imputazione delle circostanze al principio di colpevolezza).

²² Laddove ci saremmo attesi un invito, rivolto ai giudici di merito, ad un più attento vaglio della dimensione rappresentativa della posizione di vantaggio del truffatore, troviamo un atteggiamento ambivalente che, oltre a oltre a travisare gli approdi del dibattito giurisprudenziale in materia di minorata difesa, lascia trasparire una certa tolleranza per letture *oggettivistiche* di applicazione dell’aggravante. Nel precedente (Cass. pen., sez. V, 23 febbraio 2005, n. 14995, in *Cass. pen.*, 2006, 7-8, 2480 ss.) richiamato in sentenza, ed ivi ascritto all’orientamento che opta per la natura “oggettiva” della circostanza, i giudici in verità, accogliendo l’impostazione soggettivistica, richiedevano che il colpevole si fosse *consapevolmente* e *volontariamente* avvantaggiato della situazione che aveva ostacolato la difesa, ancorché tale situazione non fosse stata ricercata ad arte o indotta dal reo.

*forza maggiore*²³ e l'*inesigibilità*²⁴), nel tentativo di costruire percorsi di non punibilità per condotte di omesso versamento dipendenti da una *crisi di liquidità* collegata in varia misura alla congiuntura di *crisi* economica. Tentativo poi per lo più arginato dalla giurisprudenza di legittimità²⁵ che, mostrandosi restia a farsi interprete di istanze sociali non apertamente riconosciute in via legislativa²⁶, ha sostanzialmente ricondotto ogni considerazione sull'efficacia esimente della situazione di crisi al momento commisurativo, vuoi sotto il profilo dell'*intensità del dolo* vuoi come *motivo a delinquere* rilevante ai sensi dell'art. 133 c.p.²⁷.

Ma si pensi anche alla giurisprudenza in materia di bancarotta semplice, dove considerazioni sulla crisi economica del settore produttivo di riferimento arricchiscono il giudizio sulla tenuità dell'offesa per l'esclusione della punibilità *ex art. 131-bis* c.p.²⁸.

3.2.1. Le tensioni nella tendenza.

Ebbene, questa generale tendenza appare invero attraversata da non poche *tensioni*, riconoscibili anche nella vicenda che ha dato luogo alla sentenza in commento.

Innanzitutto tra il *contingente* e l'*immanente*, ovvero tra la ricerca di “valvole” equi-

²³ Cfr. Trib. Roma, Sez. VI Penale, 7 maggio 2013 e Trib. Roma, Sez. VI Penale, 12 giugno 2013, entrambe reperibili su www.penalecontemporaneo.it, con nota critica di G.L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di Iva (artt. 10-bis e 10-ter d.lgs. n. 74/2000)*, nonché Trib. Roma, sez. VI pen., 7 gennaio 2014, n. 105; Trib. S. Maria Capua V., sez. I, 28 dicembre 2015, n. 5807; Trib. Firenze, sez. II 19 dicembre 2015, n. 4884; Corte app. Trento, 22 aprile 2016, n. 79; Trib. Terni, 10 maggio 2016, n. 624; Trib. Genova, sez. II, 16 giugno 2016, n. 3435 (queste ultime reperibili su *Banca Dati Dejure*).

²⁴ L'assoluzione dell'imprenditore è fondata sull'applicazione del principio di *inesigibilità soggettiva*, quale diretta emanazione del principio costituzionale di colpevolezza, in Trib. Milano, III sez. pen., 15 dicembre 2015, n. 13701, reperibile su www.penalecontemporaneo.it (con nota di S. FINOCCHIARO, *Crisi di liquidità e reati fiscali: una pronuncia di assoluzione del Tribunale di Milano per difetto di colpevolezza e “soggettiva inesigibilità”*); ma si veda anche, con cadenze simili, Trib. Milano, sez. II, 17 luglio 2015, n. 8741.

²⁵ *Ex multis*, Cass. Pen., sez. III, 7 febbraio 2014, n. 5905, in Dir. & Giust., 2014, 12 dicembre, con nota di C. BOSSI, *La crisi per la Cassazione non produce effetti, almeno in tema di versamento di ritenuta d'acconto*; Cass. pen., sez. II, 23 marzo 2016, n. 27789, in *Questa Rivista*, 20 luglio 2016; Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2014, n. 23532, in Dir. & Giust., 2014, 6 giugno (con nota di F. RADESCO, *La crisi di liquidità non costituisce ex se scusante del reato di omesso versamento di ritenute od IVA*). Il *leitmotiv* della Corte è, in sostanza, il seguente: pur potendosi riconoscere, in astratto, casi nei quali possa invocarsi l'assenza del dolo o l'assoluta impossibilità di adempiere l'obbligazione tributaria, il contribuente dovrà a tal fine assolvere gravosi oneri di allegazione che investiranno non solo l'aspetto della non imputabilità al sostituto di imposta della crisi economica dell'azienda, ma anche la circostanza che detta crisi non potesse essere adeguatamente fronteggiata tramite il ricorso, da parte dell'imprenditore, ad idonee misure da valutarsi *in concreto*.

²⁶ La sensazione diffusa tra i commentatori è che la riflessione sull'eventuale efficacia “esimente” della *crisi di liquidità* in tempi di crisi economica, si sia arrestata a enunciazioni valide solamente sul piano *astratto*, sempre inadeguate, una volta calate nel caso concreto, a condurre all'esclusione della rilevanza “scusante” o “scriminante” della crisi di liquidità. Di conseguenza, quello che avrebbe potuto presentarsi come un «dialogo sincronico e verticale tra Corti», sembra ridursi a un tira e molla tra «posizioni di insensato rigore» della Corte di legittimità – per vero non accompagnate da un altrettanto rigoroso approfondimento dogmatico – e percorsi di merito improntati a ragioni di *giustizia sostanziale*, mai convalidati dalla giurisdizione superiore (si veda, in senso critico, G. AMARELLI, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità*, in *Società*, 2015, 10, 1156 e G. FLORA, *Crisi di “liquidità” ed omesso versamento, di ritenute e di I.V.A.: una questione davvero chiusa?*, in *Rass. Trib.*, 2014, 4, 906). In effetti, tentando una sintesi della posizione della Corte di Cassazione, il discorso sulla rimproverabilità del soggetto rimbalza sempre, senza mai davvero riuscire ad addentrarsi, sui temi della forza maggiore e dello stato di necessità, sfiorando anche – pur senza evocarlo espressamente – il tema della esigibilità, per tornare poi ineluttabilmente sull'elemento doloso, nei fatti poi riconosciuto sempre sussistente.

²⁷ Si veda ad esempio Cass. pen., sez. III, 29 ottobre 2015, n. 43599, in www.quotidianogiuridico.it.

²⁸ Per un esempio si rinvia al contributo di G. MINICUCCI, *Note sparse su pericolo, dolo e particolare tenuità della bancarotta semplice documentale (nota a Trib. Prato, Sez. Penale, 5 aprile 2016 (dep. 16 giugno 2016), n. 1093)*, in *Questa Rivista*, fasc. 1/2016, 132 ss.

libratrici che permettano al «sistema di norme di respirare in termini umani»²⁹ – tendenti a dare rilevanza a situazioni eccezionali e contingenti (è ad esempio il caso del ritorno, nella materia degli omessi versamenti, della categoria della *inesigibilità* come causa *extralegale* di esclusione della colpevolezza), e tuttavia a rischio di minare le fondamenta del sistema stesso (i principi di legalità e uguaglianza) – e la vocazione *immanente* del diritto penale ad adattarsi sia all’ambiente “macro” – espandendosi, direbbe qualcuno³⁰, attraverso categorie per loro natura elastiche (ad esempio, i concetti di dolo, di bene giuridico, di rischio) – sia al contesto “micro”, attraverso le cause di non punibilità, le circostanze, gli indici di commisurazione della pena e così via.

Altre tensioni albergano poi anche nel binomio *legalità-discrezionalità*, laddove le esigenze equitative e di giustizia serpeggianti nel diritto giurisprudenziale impattano sui limiti del dettato legislativo. Situazione, questa, ben rispecchiata dalla *querelle* che, nella materia dell’omesso versamento, ha impegnato Corti di merito e di legittimità sui confini dello *stato di necessità* (laddove le difese degli imputati ne evocavano un ampliamento oltre i margini tradizionali del *danno grave alla persona*, per accogliere nel bilanciamento beni di natura socio-economica) e della *forza maggiore* (in alcune pronunce rivisitata alla stregua di una sorta di “forza maggiore sociale”³¹, dove la nozione di assoluta impossibilità materiale è sostituita da quella, sempre relativa, di impotenza *finanziaria*).

La stessa tensione traspare anche nella pronuncia in commento: la Corte di Cassazione, laddove pretende quell’approfondimento *in concreto* di cui si è detto sopra, non fa altro che richiamare il giudice entro i confini della lettera legislativa, invitandolo a incasellare con maggiore precisione le condizioni di contesto – discrezionalmente apprezzate dal giudicante – all’interno di uno dei predicati legislativi (in questo caso quello di *persona*).

Infine, un ultimo ordine di tensioni sembra affacciarsi tra il principio di responsabilità personale per il fatto e quella che potremmo definire “responsabilità per il contesto”. Nella citata giurisprudenza in materia di omesso versamento, l’indagine sulla responsabilità personale dell’imprenditore che abbia omesso di versare l’IVA o le ritenute certificate spesso si traduce in un’indagine sulle capacità di gestione della crisi: l’unica via verso l’assoluzione, ad oggi non sbarrata dalla Corte di Cassazione, è quella che passa per la dimostrazione dell’aver compiuto ogni sforzo possibile per opporsi alla generalizzata condizione di crisi, ossia per evitare che quest’ultima si traducesse in una crisi di liquidità individuale, pericolosa per le pretese dell’Erario. L’interprete, oltre a riconoscere in questo un’esemplare manifestazione di quella ormai nota forma *ibrida* di dolo – cui non sono cioè estranei

²⁹ Così G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1986, 493, nota 401.

³⁰ S. SANCHEZ, *L’espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società post-industriali*, ed. italiana a cura di V. MITTELLO, Milano, 2004.

³¹ Si veda in proposito T. WHILEMSSON, “*Social force majeure*” – *A New concept in Nordic Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 1990, 1; dello stesso autore *Contract and equality*, in www.scandinavianlaw.se, 2009, 145 ss.. Per le evoluzioni in ambito europeo della dottrina della *social force majeure* e per il ruolo che esse hanno svolto nelle riflessioni intorno ai profili del sovraindebitamento v. L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Napoli, 2012, 214 ss..

tratti ontologicamente colposi – figlia di esigenze processuali di accertamento³², ha l'impressione di assistere altresì all'emersione di un nuovo e più generale *paradigma*.

Si tratta del paradigma – sicuramente funzionale alle medesime esigenze processuali dell'accertamento – di *identificazione* dell'autore del reato con la figura di *vittima* oppure di *co-autore/approfitatore* del contesto di crisi. Nel primo caso, l'avvenuta identificazione dell'*autore* del reato con la *vittima* della crisi, appare bastevole ad escluderne la colpevolezza: in verità, il deprecabile modello legale con cui è costruita la fattispecie di omesso versamento (un reato di mero inadempimento)³³ sembra lasciare poco spazio ad un giudizio di non colpevolezza per il fatto, sollevando piuttosto il problema del bisogno di sanzione penale che, alla luce del principio di prevenzione speciale, residua nel caso singolo.

Nella pronuncia in commento il paradigma è il medesimo, ancorché rovesciato o, meglio, riportato, in un gioco di simmetrie, sul piano della *vittima* del reato. Qui l'indagine che la Corte di Cassazione demanda al giudice di merito consiste nel comprendere se e in che misura (in particolare: *se* in misura sufficiente a indebolire la condizione psichica della vittima di fronte a fasulle offerte di lavoro) la vittima del reato sia da identificarsi anche con la figura di *vittima* della crisi. Soddisfatto questo requisito, automaticamente e in via presuntiva l'autore del reato è identificato con la figura di *approfitatore* della crisi.

La crisi, insomma, sembra forgiare nella mente del giudice una nuova dimensione ambientale del reato che, oltre a plasmare la struttura oggettiva del tipo, attrae su di sé il giudizio di colpevolezza.

MARTINA GALLI

³² Parla di «*dissolvenza delle forme* di colpevolezza, e della loro trasmutazione in *stereotipi normativi ancipiti*, partecipi sia dell'essenza del dolo, sia dell'essenza della colpa, ma entrambi trascendenti in una forma di subiettivizzazione ipostatizzata "per status" dei doveri di controllo del rischio», C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2, 2000, 466 ss.

³³ V. in tema A. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs. illecito penale personale*. Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. n. 158/2015, Santarcangelo di Romagna, 2016, *passim*; Id., *Parzialmente incostituzionale il delitto di omesso versamento dell'Iva: un'incriminazione da ripensare?*, in *Società*, 2014, 12, 1390. Si parla di un vero e proprio "diritto penale tributario della riscossione" in A. LANZI - P. ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, 2014, 324 ss.. In un diritto penale siffatto arriva a individuare una nuova forma *idealtipica* di "diritto penale del nemico" G. FLORA, *Le recenti modifiche in materia penale tributaria: nuove sperimentazioni del "diritto penale del nemico"?*, in *Dir. e proc. pen.*, 2012, 15 ss. Con toni critici anche E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario-con appendice di diritto processuale*, Bologna, 2010, 271.

“Focus” sulla Corte di Cassazione

A CURA DI FABRIZIO MERLUZZI

In questo numero oggetto del “Focus” sono il giudizio di legittimità e le decisioni della Suprema Corte.

Oggetto di osservazioni critiche è la redazione della motivazione delle sentenze penali nel giudizio di legittimità in forma semplificata per l'indubbio rischio che l'astrattamente condivisibile necessità di snellire i provvedimenti si traduca in un pregiudizio in termini di garanzie e vanifichi la funzione stessa della motivazione di rendere intellegibile la decisione giudiziale, tanto per le caratteristiche strutturali del giudizio di Cassazione quanto per la posizione di vertice della giurisdizione ordinaria che non consente alcuna forma di controllo ulteriore.

Offre, poi, un'occasione di riflessione di carattere generale sul tema della imprevedibilità delle decisioni, una vicenda processuale nella quale la distonia delle soluzioni offerte dalla Suprema Corte giunge al punto di consegnare due decisioni del tutto difformi sull'identica questione di carattere processuale nel giudicare della stessa ordinanza emessa nell'ambito del medesimo procedimento su ricorso di due diversi indagati.

Altro contributo segnala una grave lacuna nell'ambito del procedimento di prevenzione che non prevede la possibilità del ricorso straordinario avverso la decisione della Cassazione che contenga errori materiali o di fatto dovuti ad erronea percezione delle risultanze del procedimento stesso.

Il controllo della Corte sull'applicazione del proprio *dictum* è oggetto di ulteriori considerazioni che muovono dalle caratteristiche del processo di legittimità a seguito di giudizio di rinvio, i poteri della Cassazione ed i limiti che incontra ed introducono *incidenter tantum* uno spaccato sull'ondivaghezza delle decisioni in materia e le “pericolose” incursioni della Corte nel fatto.

Sotto un angolo visuale del tutto diverso, infine, si guarda alla Suprema Corte con un approccio statistico alle ragioni per le quali la Seconda Sezione della Corte di Cassazione sia considerata la più “restrittiva”.

Osservazioni sparse sul Giudizio di legittimità ed il funzionamento della Suprema Corte di Cassazione

DI FABRIZIO MERLUZZI

(COORDINATORE OSSERVATORIO CASSAZIONE UCPI)

1. La prevedibilità o l'imprevedibilità delle sentenze della Corte di cassazione.

In un sistema giudiziario moderno la prevedibilità dell'esito di un processo dovrebbe essere l'auspicabile tendenza all'uniformità delle decisioni. Nel nostro sistema, in particolare, il diritto penale rigido imporrebbe

un'interpretazione della norma insuscettibile alla varietà di opzioni interpretative se non nella misura in cui alla tassativa produzione normativa non corrisponda altrettanta chiarezza semantica. Giova infatti ricordare come la chiarezza della norma e la tassatività della fattispecie siano da un lato il primo presidio per il rispetto del principio di uguaglianza dei cittadini davanti alla legge e dall'altro il debito che lo Stato assume nei confronti degli stessi di distinguere il lecito dall'illecito e potersi dunque conformare all'implicito precetto.

Ancor più in materia processuale, il sistema delle regole tanto del giudizio in senso stretto quanto del giudizio sulla responsabilità impongono la individuazione di regole condivise che impediscano arbitri e siano capaci di costituire una vera e propria epistemologia della prova. Il legislatore del 1988 ed ancor più la riforma dell'art. 111 della Costituzione hanno indubbiamente intrapreso un cammino – difficile ed a volte tortuoso – per indicare all'interprete quali debbano essere le linee guida nella formazione del libero convincimento ed i canoni per l'eliminazione del ragionevole dubbio che deve necessariamente condurre all'assoluzione dell'imputato.

In un contesto penal-processualistico quale quello delineatosi negli ultimi decenni la uniformità delle decisioni dovrebbe dunque costituire un patrimonio ormai acquisito del nostro sistema giudiziario con coerente eliminazione delle distonie fra le varie decisioni.

È infine appena il caso di osservare come la primazia del principio del libero convincimento rispetto al sistema delle prove legali (di cui, ovviamente, nessuno auspica il ritorno) imponga l'altrettanta primazia della motivazione quale unico percorso giustificativo della decisione con conseguente affermazione delle necessità del suo controllo.

2. Le incursioni della Corte nel fatto.

È sul tema innanzi accennato che, troppo spesso, si affacciano decisioni di legittimità che manifestano vere e proprie incursioni nel merito delle vicende processuali con la prospettazione di diverse opzioni interpretative del fatto che – sovente come si avrà modo di leggere in altro commento – dovrebbero condurre ad una sentenza di condanna. Opzioni del tutto al di fuori del quadro normativo di riferimento che esclude in modo categorico l'apprezzamento del fatto da parte del giudice di legittimità; d'altra parte non vi è peggior giudice del fatto di colui che il fatto non lo conosce se non attraverso la descrizione che di questo gli è stata sommariamente fornita dai giudici del merito, magari tra loro antagonisti.

3. La latente imprevedibilità delle decisioni.

Ancora sul tema del controllo della motivazione sovente si ha modo di apprezzare (il caso oggetto di altra disamina appare del tutto indicativo) come la medesima vicenda processuale allorquando approdi a diversi collegi – persino della medesima sezione – sia risolta in termini confliggenti con buona pace della funzione nomofilattica della Suprema Corte. Si tratta all'evidenza di evenienze che sconcertano tanto i ricorrenti quanto gli interpreti al pari dell'assolto poi condannato e che pongono in crisi la stessa funzione della Corte di legittimità orfana in tali casi della sua autorevolezza.

4. I recenti Decreti Presidenziali.

Il contesto di riferimento si è ancor più complicato in termini tanto di funzione della Corte quanto di redazione dei motivi di ricorso dalle recenti indicazioni fornite dai Primi Presidenti che si sono succeduti dapprima in tema di regole redazionali dei motivi di ricorso ed in seguito sulla redazione in forma semplificata delle

sentenze che, secondo le esplicite intenzioni del redattore del decreto 68/16, dovrebbero costituire *uno dei parametri da considerare ai fini della redazione dei rapporti informativi per le valutazioni di professionalità dei colleghi in occasione delle progressioni in carriera*. (così testualmente la nota del Segretario Generale).

Basterà allora rapidamente osservare come la redazione in forma sintetica e semplificata dei ricorsi se da un lato confligge con il principio più volte enunciato negli ultimi anni dell'autosufficienza del ricorso in termini di sua ammissibilità, dall'altro offre lo spunto per una banalissima considerazione in ordine alla necessaria puntualizzazione del fatto – inteso ovviamente non come sua interpretazione – al fine di verificarne la rispondenza alla fattispecie oggetto di contestazione e la congruità della motivazione rispetto allo schema tipico della sentenza: imputazione-motivazione-statuizione.

La domanda retorica circa la necessaria puntualizzazione nel ricorso degli elementi di fatto cui conseguono le considerazioni e le richieste di diritto è, ovviamente, come si possa devolvere la questione di diritto senza *fotografare* il fatto. D'altra parte il diritto penale è diritto del fatto e se il giudizio è sempre un giudizio *ex ante* (basti pensare alla idoneità ed inequivocità degli atti nel tentativo), non v'è chi non veda come il Giudice di legittimità debba necessariamente osservare il fatto nella sua componente storico-naturalistica per verificarne la corrispondenza alla fattispecie sia nei suoi elementi oggettivi che in quelli soggettivi e, conseguentemente, anche in termini di completezza e logicità motivazionale.

Quanto alla motivazione semplificata, rinviando alle note parimenti pubblicate sul punto, occorre sottolineare come proprio la funzione tipica della Suprema Corte in tema di uniformità interpretative, imponga non solo l'astratta enunciazione di diritto rispetto alla fattispecie, ma, anche – e soprattutto – l'indicazione delle ragioni per le quali i precedenti arresti Giurisprudenziali si attaglino a quella fattispecie concreta oggetto del ricorso. È infatti appena il caso di ricordare come rispetto al controllo sulla motivazione (inutile evidenziare il contenuto della lett. e) ed in parte della lett. d) dell'art. 606 c.p.p.) la funzione della Corte, anche nella interpretazione più restrittiva, sia non solo quella di garantire il rispetto della corretta interpretazione della norma ma anche di fornire giustificazione della decisione non solo di merito, ma anche di legittimità in ossequio agli artt. 111 Cost. e 617 c.p.p..

La motivazione semplificata, dunque, da un lato rischia di privare il giudizio di legittimità dell'autorevolezza giustificativa della decisione e dall'altro di semplificare non la redazione della sentenza, ma il giudizio stesso. Sul punto occorre osservare come nei reati a forma libera, ad esempio, l'osservazione del fatto ai fini della congruità motivazionale della sentenza di merito si ponga come un antecedente logico della decisione, onde il mero richiamo a consolidati indirizzi in materia non soddisfa la funzione nomofilattica della Corte di legittimità.

Si tratta di considerazioni del tutto banali ma che si innestano su di un terreno – quale quello del controllo della motivazione delle sentenze – alquanto scivoloso sol che si guardi alle evidenti distonie interpretative che affollano le riviste giuridiche ed il massimario della Suprema Corte e, soprattutto, le differenti decisioni su analoghe materie che affollano la produzione interpretativa delle singole sezioni.

È infatti sullo scrutinio della motivazione che negli ultimi anni ci si trova di fronte ad una inesorabile erosione dell'effettività del controllo in luogo di una espansione dell'inammissibilità dei ricorsi con declaratoria di loro manifesta infondatezza.

5. Le statistiche della Suprema Corte e la prevedibilità della sentenze della II Sezione.

I numeri pubblicati dall'Ufficio di Statistica della Corte di Cassazione consentono infatti di apprezzare che negli ultimi undici anni (2005-2015) le declaratorie di inammissibilità dei ricorsi sono costantemente comprese fra il 63,1 % (anno 2005) ed il 64,2 % (anno 2015) con medie del 63 % ed oltre. (2012: 65,2 %)

Tali dati, però, debbono necessariamente essere coniugati con il numero dei ricorsi dichiarati inammissibili dalla VII Sezione della Suprema Corte che a fronte di 21.246 sentenze dell'anno 2015 (su 51.509 ricorsi definiti dall'intera Corte) vede la percentuale delle inammissibilità pari al 96,3 %. In buona sostanza, dunque, il 64,2% dei ricorsi che vengono decisi dalla Suprema Corte viene definito dalla Sezione dedicata alle inammissibilità. Sarà tema che certamente imporrà una riflessione dell'Avvocatura, ma che con altrettanta certezza dovrebbe condurre una drastica riduzione delle declaratorie di inammissibilità dei ricorsi che vengono assegnati alle sezioni cd. ordinarie.

Al contrario, di fronte al 96,3 % di ricorsi dichiarati inammissibili dalla VII Sezione, che ha un peso sul totale degli stessi pari al 64,2%, le declaratorie di inammissibilità dichiarate dalle Sezioni ordinarie rimangono comunque molto elevate.

Tra queste spicca per una certa costanza la II Sezione della Corte Suprema di Cassazione.

Nel 2014 i procedimenti definiti dalla II Sezione con la declaratoria di inammissibilità erano pari al 57,5 % mentre la media delle altre sezioni oscillava fra il 17,0 % (IV Sezione) ed il 44,7 % (VI Sezione); nel 2015 il numero dei procedimenti definiti con la stessa formula è stato del 61,2 % mentre la media è stata tra il 19,7 % (IV Sezione) ed il 47,1 % (VI Sezione).

Significativo appare il dato aggregato per grande tipologia di reati contenuto nella tabella 4.7 dettaglio 2 dell'Ufficio di Statistica.

Come noto alla II Sezione è attribuita la competenza per i delitti contro il patrimonio diversi dai furti oltre ai reati di associazione per delinquere semplice e di stampo mafioso. La prima tipologia di delitti consente di rilevare come il 17,3 % sia stato assegnato alla VII Sezione e l'80,5 % alla II Sezione. Ebbene scorrendo la tabella 4.2 e 4.7 dettaglio 2 è possibile rilevare come i procedimenti definiti nel corso dell'anno 2015 per delitti contro il patrimonio diversi dai furti abbia registrato il 78,7 % di declaratorie di inammissibilità. Tenuto conto che il 17,3 % di tali ricorsi è stato assegnato alla VII Sezione (ed un residuo 2,2 % ad altre sezioni) è possibile concludere che la percentuale di ricorsi in tale materia dichiarata inammissibile dalla II Sezione sia molto vicina alla totalità di quelli ad essa attribuiti tenuto anche conto dei relativi rigetti pari al 9,4%.

Se si verificano anche gli altri dati statistici, poi, troviamo un trend coerente della medesima sezione sol che si osservino le percentuali dei rigetti e degli annullamenti.

Nel 2014 la II Sezione ha annullato senza rinvio l'8,9% dei provvedimenti mentre le medie delle altre sezioni oscillavano tra il 13,8 % (I Sezione) ed il 20,8 % (IV Sezione); gli annullamenti con rinvio nel medesimo anno rappresentavano l'11,3 % mentre le altre sezioni oscillavano tra il 18,3% (V Sezione) ed il 24,9 % (IV Sezione); i rigetti pari al 20,4 % mentre nelle altre sezioni compresi tra il 16,8% (VI Sezione) ed il 40,5 % (I Sezione). In buona sostanza all'aumentare delle inammissibilità corrispondeva un proporzionale calo dei rigetti. Da evidenziare come i procedimenti definiti con prescrizione del reato da parte della medesima sezione tra l'anno 2014 e l'anno 2015 sono calati del 24,3 % (da 152 a 115). Come è noto all'aumentare delle inammissibilità corrisponde il calo delle prescrizioni.

A quanto sinora rappresentato occorre aggiungere un altro dato fornito sempre dall'Ufficio di Statistica della Suprema Corte che, pur essendo aggregato per tutte le sezioni, in base ai calcoli statistico-probabilistici, consente di apprezzare le decisioni in base alla parte ricorrente per le singole sezioni.

Con una certa costanza rispetto all'anno precedente, nel corso del 2015 i ricorsi hanno avuto esiti percentualmente significativi sia quanto ai rigetti di quelli proposti tanto dall'imputato quanto a quelli proposti dal Pubblico Ministero pari rispettivamente al 14,3 % ed al 14,00 %.

Manifestamente distoniche sono invece le declaratorie di inammissibilità pari al 66,7 % per la parte privata ed al solo 25,2 % per i ricorsi proposti dal P.M.

Significativi gli annullamenti senza rinvio, laddove quelli disposti su ricorso della parte privata sono stati pari al 7,8% e quelli relativi ai ricorsi proposti dal P.M. pari al 25,3 %. Di eguale portata è il rapporto fra gli annullamenti con rinvio pari al 9,1 % disposti su ricorso dell'imputato e quelli per i ricorsi del P.M. invece pari al 31,8 %.

Coniugando tali dati aggregati con quelli della specifica Sezione pare davvero che le statistiche comparate depongano per una Giurisprudenza di legittimità assai restrittiva.

Parrebbe insomma potersi dire che i Giudici di merito errano molto più spesso in favore dell'imputato piuttosto che in favore dell'accusa, ma allora non riusciamo a comprendere perché il numero dei ricorsi che ogni anno pervengono alla Corte siano una costante ma un' altrettanto indiscutibile costante sia il numero dei ricorsi dichiarati inammissibili dalla II Sezione in misura molto più elevata di quelli disposti dalle altre sezioni.

Ecco allora spiegata la ragione per la quale gli avvocati (diremmo tutti) che frequentano le aule del *Palazzaccio* pensano che le decisioni di questa sezione siano prevedibili.

Sarà forse per questo motivo che quando ci si incontra nei corridoi prima delle udienze alla domanda che reciprocamente ci rivolgiamo circa la Corte innanzi alla quale ci apprestiamo a discutere, alzando le braccia in segno sconcolato si risponde: la Seconda Sezione...

Nomofilachia: tra (im)prevedibilità e precedente

DI GIUSEPPE BELCASTRO

(AVVOCATO DEL FORO DI ROMA)

*Ogni sistema giuridico deve avere
dei requisiti minimi per vivere.
Deve essere prevedibile, mutabile, coerente.¹*

1. La questione.

L'autorevole esergo vale a perimetrare un tema assai complesso e appassionante, che intercetta un nucleo fondamentale e di base dell'intero ordinamento.

In un sistema a struttura tendenzialmente rigida, quale quello di *civil law*, è un problema la necessità di individuare il modo in cui la legge, in quanto sistema di norme deliberate e perciò stesso mutabili solo al costo di successivo intervento deliberante², possa *star dietro* alla mutevole realtà che pretende disciplinare. Ed è problema cocente perché è certo che l'obbiettivo dell'*adeguamento* debba esser raggiunto.

Come spesso accade, dal ganglio possono irradiarsi impulsi plurimi e di vasta portata; occorre allora cautela, bilanciamento, ragionevolezza.

Siffatto contesto esalta certamente il ruolo del Giudice, all'incrocio tra diritto, ragione e fatto, e lo rende per questo più esposto al rischio della esondazione.

Il tema ha immediatamente almeno due facce: l'uniformità interpretativa a monte, quella cioè che in qualche modo deve trovare la via nel frantumato e disorganico *labirinto*³ della produzione legislativa e delle

¹ F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale, fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 104.

² Sia esso direttamente promanante dalla funzione legislativa, sia esso invece frutto di giurisdizione costituzionale.

³ V. MANES, *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

sue interpretazioni sovranazionali; quella invece, meno altisonante, ma non meno rilevante, della coerenza *interna* e, soprattutto, della *prevedibilità* del significato delle prescrizioni.

Ed è a questo secondo aspetto che vogliono riferirsi queste poche osservazioni.

2. Legalità formale e interpretazione.

L'illusione che la norma dica già tutto ciò che deve dire è confortevole e talvolta necessaria ed è forse (in questa sede) sterile spingersi sino a discuterne le ragioni e la fondatezza logica⁴.

Ma questo non depotenzia il tema in argomento, anzi ne ravviva gli angoli: esiste un spazio di *lettura* della norma tale che il lettore partecipa in qualche modo primario della genesi del significato⁵. Nella distinzione tra legge e norma, il precetto non vede la luce se non quando il giudice lo *dica*, leggendo appunto la norma e *creando* in quell'attimo il diritto.

E, del resto, non mancano conferme. L'art. 637, c. 3 c.p.p., per fare un solo esempio: le stesse regole positive di valutazione della prova possono condurre a lidi opposti, tanto che deve sancirsi il divieto di *rilettura* in assenza dei *nova*⁶.

Anche in punto di logica empirica è del tutto evidente che ogni interpretazione di un testo contenga in sé un margine di *creazione* con riguardo al significato finale che quel testo assumerà. Quella giuridica non fa eccezione.

Ecco allora che, nel sistema non vincolato al precedente, il rischio di difformità interpretative *gratuite* è in agguato più che altrove.

Ed è proprio nella prospettiva del giudizio di cassazione che la questione assume il maggior peso. Se la Corte esercita la funzione nomofilattica in riferimento alle decisioni d'ogni altro giudice, il minimo pretendibile è che essa esprima letture normative coerenti al suo interno.

Non certo nel senso della statica immobilità delle interpretazioni (col che si attenerrebbe all'altro dei criteri segnalati: la necessaria mutabilità del sistema, il suo *possibile aggiornamento*⁷), quanto invece nella prospettiva di una lettura del dettato normativo così ragionevolmente uniforme da garantire la prevedibilità della portata prescrittiva e sanzionatoria dei precetti e nella individuazione di strumenti che rendano l'*aggiornamento* immediatamente intellegibile e condiviso.

D'altro canto, nella tensione tra "*la dimensione giurisprudenziale del diritto vivente e il principio di legalità formale*"⁸ è in gioco l'altro principio cardine della effettiva conoscibilità della prescrizione.

⁴ Né l'assunto è smentito dal fatto che la stessa norma possa dire per bocca del Giudice cose diverse in tempi diversi: *era errata la prima interpretazione* è la semplice cura per questa patologia.

⁵ Sul punto, illuminante, S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica*, in *Archivio penale*, 2013, 2, ove si snocciola, tra gli altri e con serrato raziocinio, il tema dell'incrocio tra legge, norma e diritto, in una sistematica che rende conto e ragione di quanto l'attività di *collegamento tra norme* abbia funzione generatrice del *giuridico* e, per quanto qui rileva, di quanto l'attività ermeneutica contribuisca oggi a *formare* il diritto.

⁶ Sul tema della *discrezionalità interpretativa*, ma con espresso riferimento alla ragionevolezza del dubbio di cui all'art. 533, c. 1 c.p.p., si veda P. FERRUA, *L'argomentazione nel processo penale: paralogismi e fallacie*, Roma, 2012, ove si evidenzia la possibilità che sul medesimo caso due giudici dotati dei medesimi strumenti cognitivi possano *legittimamente* pervenire a due decisioni opposte.

⁷ Che, anzi, se il diritto, come fenomeno complesso, vive nell'interpretazione storica della norma nell'alveo dei principi fondamentali dell'ordinamento, negare la sua mutabilità è in qualche modo negarne l'essenza.

⁸ G. CANZIO, *Relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2015*, 21, Roma 28 gennaio 2016.

3. Un caso.

Su queste coordinate può giovare allora la menzione di un caso recente, atto a dimostrare, senza margine di dubbio, quanto una deviazione immotivata dalla via della *uniformità* possa incrinare il volto stesso della giurisdizione di legittimità.

Il riferimento è alle sentenze n. 7772/2016, ud. 11.12.2015 e n. 11449/2016, ud. 26.1.2016, emesse entrambi dalla VI sezione penale del Supremo Collegio e, in particolare, ad una specifica questione affrontata nelle due decisioni ed inerente il medesimo punto in diritto a fronte della stessa situazione fattuale.

3.1. La questione: se il quadro indiziario cautelare possa supportarsi su dichiarazioni del collaboratore di giustizia non presenti in atti, ma riprodotte testualmente nei provvedimenti del giudice per le indagini preliminari e del tribunale del riesame, siccome mutate letteralmente da una trascrizione che se ne è avuta in seno alla richiesta di misura cautelare da parte dell'ufficio di procura.

Val bene precisare che le due decisioni non si occupano di casi simili, ma dello stesso caso. Meglio detto: stesso processo, due ricorrenti, unico reato contestato in concorso, identico verbale dello stesso collaboratore di giustizia. Insomma, la stessa questione.

La prima decisione (n. 7772) risponde affermativamente al quesito posto con il motivo di ricorso:

“Il quinto motivo – ... – è infondato ... – non ponendosi alcuna questione circa l’omessa trasmissione di dette dichiarazioni al Tribunale in quanto non trasmesse neanche al G.I.P. emittente –, è corretta la risposta fornita dal Tribunale secondo la quale le pertinenti dichiarazioni del C. erano ricostruibili sulla base di quello che era stato riportato nella richiesta del P.M. e trascritto dal Giudice, senza che alcuna contestazione al riguardo della loro effettiva esistenza fosse stata formulata dalla difesa, anche rispetto alla indubbia facoltà di verifica difensiva mediante la richiesta di copia.”

La seconda decisione (n. 11449) statuisce il principio opposto:

“Ritiene il Collegio, avuto riguardo alla previsione di cui all’art. 291 comma 1, cod. proc. pen., secondo la quale il pubblico ministero presenta al giudice della cautela gli elementi sui quali si fonda la richiesta, e che sono ontologicamente, altro rispetto al contenuto della richiesta che aziona la misura cautelare, di condividere il principio secondo cui, in sede cautelare la prova (indiziaria) riposa sugli atti assunti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria (o, eventualmente, da quelli assunti in una qualsiasi sede processuale), e non dalla trascrizione, non importa se, in concreto, fedele all’atto, che di essa sia fatta nella richiesta del pubblico ministero e, di riflesso, nel provvedimento cautelare con la conseguenza che tali dichiarazioni non sono utilizzabili. ... Conseguo che, essendo state utilizzate ai fini dell’adozione del provvedimento cautelare le dichiarazioni del C. desumendole non dal documento costituito dal relativo atto ma da una riproduzione del contenuto di questo contenuta nella richiesta del Pubblico ministero, l’ordinanza impugnata deve essere annullata, con rinvio...”

Al di là della bontà dell’una o dell’altra delle letture normative (tra le quali è certamente da preferire la seconda, peraltro suffragata da pronunce antecedenti⁹, una delle quali costituisce addirittura “autopreceden-

⁹ Cass. n. 2561/1997, RV 209622, ma, ancora Cass. VI, n. 8940/2010, RV 249723, secondo cui *“in sede cautelare la prova (indiziaria) riposa sugli atti assunti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria (o, eventualmente, da quelli assunti in una qualsiasi sede processuale), e non dalla trascrizione, non importa se, in concreto, fedele all’atto, che di essa sia fatta nella richiesta del p.m. e, di riflesso, nel provvedimento cautelare. Il giudice richiesto di una misura cautelare non può appagarsi di una simile riproduzione “sostanziale” delle fonti probatorie, dato che esso decide sulla base degli “elementi su cui la richiesta si fonda” (art. 291 c.p.p., comma 1), i quali, dunque, non possono che essere altro rispetto alla richiesta stessa. D’altra parte, la difesa deve essere in grado di esprimere le*

te") emerge come la questione sia esattamente quella di comprendere e giustificare come sia possibile che la Suprema Corte¹⁰ decida in maniera diametralmente opposta la stessa questione di diritto a distanza di un mese e sulla base dello stesso materiale¹¹, ma senza esternare minimamente le ragioni del *revirement*.

È appena il caso di sottolineare quanto cospicue siano le conseguenze di un simile incedere sincopato; e non solo in punto di diritto.

Se, infatti, il *prossimo ricorrente* potrà far uso dello strumento dirimente dell'accesso alle Sezioni Unite, il danno, nel caso di specie, è bell'e fatto¹².

E non è solo il problema del *caso concreto*, costituito da una diversa sorte cautelare per due soggetti gravati dallo stesso titolo sulla base del medesimo elemento indiziario (che già questo suscita perplessità specifiche non secondarie); qui viene in gioco la stessa credibilità della giurisdizione di legittimità. Sembra, insomma, quel caso in cui *la torsione del metodo ermeneutico* ha generato *l'indebolimento delle fonti di legittimazione della giurisdizione*¹³.

E, sono sempre parole di Canzio, "... *la qualità della giurisdizione di legittimità rischia di scadere, com'è reso palese dal moltiplicarsi **dei contrasti interni** e dalla scarsa incidenza, sul flusso dei ricorsi, dei pur significativi principi di diritto affermati dalla Corte*".

A complicare ulteriormente il quadro sta il fatto che la decisione della Corte non tarderà ad approdare sul tavolo di chi dovrà affrontare – e non importa ora se da prospettiva accusatoria, difensiva o decisionale – questioni analoghe e che sarà naturalmente portato ad usare ora dell'una ora dell'altra delle impostazioni; il rischio serio di un pregiudizio alla "uniformità interpretativa" è, insomma, evidente.

4. *Revirement* ingiustificato e possibili rimedi.

Sarebbe alquanto agevole obiettare che l'opinione del Collegio giudicante sul ricorso antecedente è stata *semplicemente diversa* dalla linea precedentemente tracciata della Giurisprudenza di legittimità; e così pure dall'opinione del Collegio che ha giudicato il mese successivo.

Ma così dicendo si arriva al cuore del problema, vale a dire, in cosa debba consistere il nucleo portante della decisione e se sia sufficiente un *diverso sentire* rispetto alla norma per legittimare un *revirement* nel principio applicato al caso. Il che, sotto prospettiva opposta, può indicarsi pure con la domanda *quale debba essere la funzione del precedente*. È sufficiente, insomma, che la motivazione esprima una *idea contraria*?

sue deduzioni sull'atto-documento costituente la fonte di prova e non su una rappresentazione di esso, pur se presuntivamente esatta, che ne abbia fatto il giudice. Non deve essere costretta a verificare la corrispondenza alla fonte originaria degli elementi indiziari contenutisticamente rappresentati, essendo suo compito solo quello di contestare, se lo ritiene, il significato e la portata delle fonti di prova, così come documentate al momento della loro acquisizione, ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare".

¹⁰ E, per giunta, la medesima sezione.

¹¹ Ravviva il problema, ci sembra, il fatto che i Procuratori Generali di entrambi i processi avessero invocato l'annullamento sullo specifico motivo, sebbene uno con rinvio, l'altro senza.

¹² Al riguardo è assai interessante segnalare una pronuncia delle Sezioni Unite datata 11.7.2011, n. 15144. In essa, riaffermato il principio innovativo (sancito per la prima volta dalle SS.UU. 30.3.2010, n. 7607) secondo cui la mancata registrazione della sentenza del Tribunale superiore delle acque pubbliche non impedisce la decorrenza del termine per impugnarla (e ciò in diametrale opposizione con la giurisprudenza granitica di legittimità nel ventennio precedente), le Sezioni Unite hanno affrontato il delicatissimo problema della sorte dei ricorsi (non definiti) proposti antecedentemente al *revirement* ora detto e affidati – quanto al termine di proposizione – alla pacifica giurisprudenza precedente. La Corte ha risolto il problema affermando che se il mutamento di giurisprudenza sia improvviso e imprevisto non può di ciò farsi carico a chi, incolpevolmente appunto, abbia confidato sul *diritto vivente* così come era al momento della proposizione del ricorso. Salvo, quindi, il nuovo principio, ma senza pregiudizio per chi aveva fatto retta applicazione di quello precedentemente vigente.

¹³ G. CANZIO, *op. cit.*, 22.

Riconosciuto che nomofilachia non può significare staticità granitica, ma, al contrario, capacità di adeguare ragionevolmente una norma rigida ad un fatto *mutante* nel tempo, resta da individuare quale sia quella soglia di ragionevolezza che possa consentire il mutamento della decisione al mutamento dei fatti essenziali del caso trattato.

Il caso che si è preso in esame, in verità, sfugge a tale griglia: non vi sono distinzioni di sorta in ordine alla *quaestio facti* che rendano sostenibile una lettura opposta nei due casi. Ma lo si è riportato giacché è emblematico di quanto lontano si possa arrivare pur restando formalmente sulla barca della nomofilachia.

Non deve allora stupire più di tanto che si sia prospettato, sulle questioni giuridiche, un *protocollo logico* secco, asciutto e dirimente, tale per cui “*non è necessario rimotivare ogni volta il diritto. Basta dire che la giurisprudenza è contro il motivo o è a favore*” e, quindi, che “*se la Cassazione vuole innovare rispetto ai suoi precedenti ha una sola cosa da fare: rimettere la questione alle Sezioni Unite*”¹⁴.

E tale protocollo, per quanto *prima facie* brutale, avrebbe determinato due soluzioni coerenti per lo stesso caso e determinerebbe soluzioni ragionevolmente coerenti per casi ragionevolmente analoghi quanto a *rationes decidendi*, lasciando, al contempo, aperta la porta ed indicando una via chiara e partecipata per l'*update* sempre possibile.

Il che implica che il mutamento interpretativo del diritto passi per una *trafila* logica e procedurale che lo renda intellegibile e lo giustifichi; ma pure che la richiesta difensiva di tale mutamento debba necessariamente poggiare su *argomenti nuovi* oppure perire.

5. Cenni sulla prospettiva.

Un discorso completo dovrebbe risalire la china e tentare di individuare almeno alcune delle cause della criticità; ma sarebbe tema troppo ampio per essere qui affrontato.

Una nota può esser segnalata, non foss'altro che per il fatto che l'argomento è di quelli agitati con maggior frequenza. I numeri stànano i problemi e la quantità dei ricorsi che la Suprema Corte deve annualmente fronteggiare fa davvero tremare le vene ai polsi; il lavoro interpretativo è certo anche pregiudicato da pure questioni di tempo. Ciò tuttavia spiega, ma non giustifica. Si vuol dire che il problema ha una così vasta portata, per gli interessi in gioco, le conseguenze sul piano pratico-operativo e la sua stessa capacità di incrinare alle fondamenta la funzione giurisdizionale di legittimità, che, nella tutela imprescindibile della stessa funzione di nomofilachia, nessun alibi consente di glissare sul tema. Ampliamento degli organici, migliori coordinamenti funzionali tra sezioni e collegi, dialogo concreto con l'avvocatura e confronto serrato sui temi, forse, potrebbero giovare.

Resta insomma il fatto che la dimensione del problema è indiscutibilmente ampia e la sua soluzione necessaria. La decisione di legittimità, proprio per la sua funzione nomofilattica, non è destinata soltanto al ricorrente: nella serqua delle interpretazioni possibili, i giudici di merito guardano e guarderanno alle decisioni di legittimità come fonte a cui abbeverarsi per motivare le proprie decisioni ed i ricorrenti sceglieranno tra i *principi possibili* quelli più adeguati a sostenere la propria tesi.

E se però tali decisioni e principi hanno volti e cadenze *irragionevolmente* contrastanti tra loro ne risulterà un quadro disomogeneo e conflittuale che rappresenta, ci pare, esattamente il contrario dell'obbiettivo che l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario si proponeva di raggiungere e, al contempo, segna il rischio di *detronizzazione*, come pure di “*profonda e visibile crisi di funzionamento e di identità*” della stessa Corte.

¹⁴ F.M. IACOVIELLO, *op. cit.*, 921.

Insomma, in un sistema a *precedente persuasivo*, la forza del precedente, in coincidenza con la circolarità delle informazioni auspicata dal vertice legislativo¹⁵ e con l'affievolimento storicamente in corso della *divaricazione* dell'accezione dello *stare decisis* nei due sistemi di riferimento, implica la necessità di una maggior cautela e, soprattutto, uno sforzo argomentativo più intenso nell'ipotesi non più infrequente di scostamento interpretativo.

Quale che sia la soluzione che i tempi faranno maturare un dato pare abbastanza chiaro: l'orientamento interpretativo, specie in un sistema privo del vincolo *erga omnes* del precedente, deve poter mutare in maniera fisiologica, ma ciò impone che il mutamento sia osteso, intellegibile e filtrato da procedure atte a garantire l'intervento delle parti interessate proprio nel mentre il *revirement* va concretandosi, non dopo. In questa ottica l'accesso alle Sezioni Unite come rima obbligata del mutamento interpretativo sulla questione di diritto riacquista molto vigore, garantendo, in corsa, la possibilità di interlocuzione su quella questione che, apparendo pacifica *ex ante*, si riveli invece, a detta del Giudice, ancora problematica.

E, su questa stessa via, il dialogo interno alla Corte, nutrito anche dall'apporto dei punti vista in gioco, avrebbe forse maggiori probabilità di confermare gli assunti pregressi o di modificarli, ma a ragion veduta.

Il processo di legittimità a seguito di giudizio di rinvio. I poteri della Corte di Cassazione e l'auspicabile intervento definitivo in questa materia

UNA "LETTURA" ALTERNATIVA DEL "GIUDICATO CAUTELARE" IN CASO DI ANNULLAMENTO DELLA CASSAZIONE IN TERMINI DI QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO.

DI GIUSEPPE CINCIONI
(AVVOCATO DEL FORO DI ROMA)

1. Il giudizio di rinvio e i limiti posti dall'art. 627 c.p.p.

L'art. 627 c.p.p., che disciplina il giudizio di rinvio a seguito di annullamento della Corte Suprema di Cassazione, espressamente prevede al secondo comma che "*il giudice di rinvio decide con gli stessi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata (...)*".

Altresì prescrive al terzo comma che "*il giudice di rinvio si uniforma alla sentenza della Corte di cassazione per ciò che concerne ogni questione di diritto con essa decisa*".

La giurisprudenza di legittimità, a seconda delle ragioni che abbiano condotto all'annullamento, ha individuato un diverso grado di vincolatività del *dictum* emesso nel giudizio rescindente.

¹⁵ Relazione illustrativa del d.lgs. n. 40 del 2006 si afferma, a commento dell'art. 14 sost. dell'art. 388 c.p.c.

In particolare, laddove la sentenza venga annullata per vizio di motivazione, il principio fissato dal terzo comma dell'art. 627 c.p.p. è stato interpretato nel senso che “*il limite impostogli – al giudice del rinvio, ndr – gli vieta semplicemente di ripetere i vizi già censurati e lo obbliga a non fondare la decisione sulle argomentazioni già ritenute incomplete o illogiche*”¹⁶.

Un ulteriore arresto, più recente ed ormai consolidato sino al punto di essere qualificato come *ius receptum*, afferma altresì che “*la Corte di Cassazione risolve una questione di diritto anche quando giudica dell'adempimento dell'obbligo della motivazione ed alla quaestio iuris così giudicata è tenuto ad uniformarsi il giudice del rinvio, così come è tenuto a fare, a mente dell'art. 627 c.p.p., comma 3, in ogni altro caso di annullamento*”¹⁷.

Nell'ipotesi, invece, in cui l'annullamento intervenga per violazione o erronea applicazione della legge penale l'art. 627 c.p.p. non prevede alcun margine di discrezionalità interpretativa in capo al giudice del rinvio, che deve quindi uniformarsi all'interpretazione giuridica offerta dalla Cassazione, applicando la relativa norma nel senso indicato nel giudizio rescindente.

Sul punto, invero, è lecito sostenere la sussistenza della formazione del “giudicato interno”, sì che il principio di diritto affermato con la decisione rescindente assume veste di cosa giudicata, segnando il viatico interpretativo a cui deve uniformarsi il giudice del merito.

Il rigore con il quale è stato interpretato il disposto dell'art.627 c.p.p. trova, infatti, un suo temperamento soltanto in caso di successiva abrogazione - esplicita ovvero implicita - della norma da applicarsi¹⁸.

In detta ipotesi, e solo in detta ipotesi, infatti, il Giudice sarà libero di fornire la propria interpretazione giuridica della *quaestio facti*, non potendo negli altri casi discostarsi dal canone interpretativo fissato con la sentenza di annullamento.

In tal senso, è stato recentemente affermato – con arresto non controverso – che “*l'obbligo del giudice di rinvio di uniformarsi alla sentenza della Corte di Cassazione per quanto riguarda ogni questione di diritto con essa decisa è assoluto ed inderogabile anche quando, a seguito di tale decisione, sia intervenuto un mutamento di giurisprudenza*”¹⁹.

La Corte, in precedenti pronunziamenti²⁰, era giunta sino ad affermare che nemmeno in caso di intervento delle Sezioni Unite che dia luogo ad un mutamento dell'orientamento interpretativo – all'evidenza avverso a quello formatosi nel giudizio rescindente – il giudice del rinvio possa discostarsi dalla sentenza di annullamento, sì che l'unico “rimedio” che il sistema gli offre è quello di adire la Corte Costituzionale ove rinvenga profili di incostituzionalità della norma.

2. Il controllo della Corte sull'applicazione del proprio *dictum*.

I limiti imposti al Giudice del rinvio sembrano tali per cui il successivo controllo della Corte investita da un nuovo ricorso sia “ontologicamente” limitato alla verifica del rispetto del *dictum* del primo giudizio re-

¹⁶ Ex pluribus Cass. Pen., Sez. V, 15.04.1999 n. 4761.

¹⁷ Cass. Pen., Sez. IV, 17.03.2015 n. 20044.

¹⁸ Ex pluribus, Cass. pen., Sez. VI, 5.11.2010, n. 9028.

¹⁹ Massima tratta da Cass. Pen., Sez. I 25.01.2013, n. 4049.

²⁰ Per tutti, Cass. pen., Sez. III, 29.10.1998, n.12947.

scindente, ovvero del "rispetto" o meno da parte del giudice del merito delle indicazioni offertegli dalla Corte con la sentenza di annullamento.

Va allora osservato come lo stesso articolo 627 c.p.p. ponga dei limiti sia rispetto all'ammissibilità di questioni di competenza – I comma – sia alla riproponibilità di questioni di nullità o inammissibilità verificatisi nei precedenti giudizi o nel corso delle indagini preliminari, IV comma sì che eventuali motivi di ricorso su detti temi si palesano come manifestamente inammissibili, essendo in concreto devolvibile nel nuovo giudizio di rinvio esclusivamente la mancata osservanza del *dictum* della Corte in termini di illogicità motivazionale ovvero di violazione del principio di diritto fissato con la sentenza rescindente.

In tale ottica si colloca, del resto, la previsione dell'art. 628 c.p.p. che esplicitamente limita l'impugnabilità della sentenza definitiva del giudizio rescissorio da un lato "*alle questioni non riguardanti i punti già decisi dalla corte di cassazione ovvero per inosservanza della disposizione dell'art.627 co III*".

Fissati, pertanto, i limiti che discendono dal dettato normativo, l'attenzione deve spostarsi in primo luogo sul tema, assai controverso, del caso di annullamento che involga la tenuta motivazionale della sentenza.

La delicatezza della questione discende *in primis* dalla "natura" del giudizio di legittimità alla luce del dettato della lettera E) dell'art.606 c.p.p.

Il tema della illogicità della motivazione è da sempre collocato sul pericoloso "crinale" che separa le inammissibili devoluzioni di merito dall'enunciazione delle doglianze che abbiano riguardo alla tenuta logica dell'ordito motivazione.

Il dato statistico dei ricorsi che si esauriscono con declaratoria di inammissibilità è, del resto, la prima "cartina tornasole" del continuo restringimento – in astratto di per sé non criticabile – che la Corte opera rispetto al perimetro del giudizio di legittimità.

Detto limite va però valutato alla stregua dei non sporadici pronunziamenti con i quali la Corte non si è limitata a segnalare eventuali vuoti, salti logici o contraddizioni del tracciato motivazionale, quanto piuttosto ad interpretare – *rectius* apprezzare – la prova, dando nel corpo della motivazione indicazioni in tal senso.

Sul punto si richiama, a mero titolo esemplificativo, la prima sentenza emessa dalla Cassazione nel procedimento per l'omicidio di Meredith Kercher²¹.

In quell'occasione, invero, nell'annullare la sentenza assolutoria di appello, il giudice di legittimità ebbe addirittura ad individuare una serie di causali alternative del fatto omicidiario, individuando con ciò l'oggetto della successiva verifica probatoria non già in termini di sua omissione, quanto piuttosto nell'ottica di apprezzarne l'ipotizzabile sussistenza²².

Un approccio decisorio di tal fatta – si tratta di un'evidente quanto illegittima e per ciò pericolosa "incursione" nel merito – induce, rispetto al tema che si sta affrontando, delle riflessioni concernenti in primo luogo la sussistenza, o meno, dell'obbligo in capo al giudice del rinvio di adeguarsi a dette indicazioni di merito.

Ove infatti si ritenesse sussistente tale obbligo, ne conseguirebbe che il Giudice di legittimità dell'eventuale secondo giudizio rescindente sarebbe a sua volta vincolato da quella precedente decisione, con la conseguenza che dovrebbe annullare la sentenza del giudice di rinvio che a quella indicazione di merito non si sia attenuto.

²¹ Cass. pen., sez. I, 26.03.2013, n. 26455.

²² L'approccio è stato invero censurato dalla stessa Corte di legittimità nella seconda pronuncia rescindente resa nell'ambito del medesimo procedimento, Cass. pen., Sez. V, 27.3.2015, n. 36080.

È da dirsi che la giurisprudenza più avvertita ha invero “corretto” detta perniciosa deriva, riaffermando che non vi è alcun obbligo in capo al giudice di rinvio di uniformare la propria decisione alle “*valutazioni di fatto eventualmente sfuggite al giudice di legittimità nelle proprie argomentazioni, essendo diversi i piani su cui operano le rispettive valutazioni e non essendo compito della Corte di Cassazione quello di sovrapporre il proprio convincimento a quello del giudice di merito in ordine a tali aspetti*”²³, con la conseguenza che la successiva eventuale verifica di legittimità dovrebbe, allora, limitarsi al rispetto del divieto di perpetuare il contenuto della motivazione già censurata ed a non fondare la decisione sulle argomentazioni già ritenute incomplete o illogiche.

Ne consegue che a più forte ragione il nuovo giudizio rescindente dovrà allora avere come proprio oggetto la verifica della tenuta motivazionale del nuovo provvedimento rescissorio in termini di sua congruità rispetto alle indicazioni che la sentenza di annullamento ha fornito, senza alcuna vincolatività rispetto a quelle di fatto eventualmente in essa contenute.

Su questo aspetto sono peraltro necessarie alcune ulteriori considerazioni.

In alcune pronunzie, infatti, il principio dianzi richiamato trova applicazioni “estremizzate”, che finiscono con il rendere sostanzialmente irrilevante il precedente annullamento.

Deve infatti segnalarsi una non meno pericolosa deriva in seno alla giurisprudenza della Corte, rappresentata da quel filone che si ritiene appagato dalla mera verifica dell’esistenza di un percorso motivazionale diverso da quello del provvedimento annullato.

Invero, nei casi – plurimi nell’esperienza giudiziaria – in cui l’annullamento intervenga in ragione dell’omessa motivazione, ovvero di una motivazione insufficiente o “perplexa” rispetto alle devoluzioni contenute nell’atto di appello ovvero in altri atti difensivi, deve necessariamente essere valutata la sussistenza di una struttura argomentativa che colmi i vuoti motivazionali segnalati dal primo giudizio rescindente, sì che un percorso motivazionale alternativo rispetto a quello annullato, che comunque non tenga conto delle devoluzioni difensive, risulterà comunque in violazione del *dictum* della prima sentenza rescindente.

In tale ottica, infatti, deve considerarsi che il “giudicato interno” non può che estendersi anche alla valutazione operata con la prima sentenza rispetto alla rilevanza delle devoluzioni dell’imputato, sì che la loro pretermissione darebbe luogo proprio alla violazione del viatico segnato dalla Corte.

Se così è, il nuovo giudizio rescindente dovrà allora svolgere, nel caso di annullamento per omessa motivazione, una pregnante verifica rispetto alla sussistenza nel provvedimento reso nel giudizio di rinvio di un ordito motivazionale che dia conto del contenuto devolutivo, onde verificare che il giudice del merito lo abbia compiutamente apprezzato.

Le due prospettive – costituite da un lato dalla necessità di non avallare i superamenti del perimetro di legittimità e dall’altro da quella di non limitare lo scrutinio alla mera non riproposizione dello stesso ordito motivazionale – non sono ovviamente incompatibili, posto che se come si è dianzi evidenziato alla Corte è sottratta qualsivoglia considerazione in fatto, è altrettanto certo che sulla stessa Corte incombe il dovere di verificare il rispetto dell’obbligo di motivazione del giudice del merito rispetto a quel fatto.

È quindi certamente auspicabile che la Corte, nei casi in cui è chiamata a giudicare la corretta applicazione della sentenza di annullamento per vizio della motivazione, operi uno scrutinio volto alla verifica dell’adempimento dell’onere motivazionale su temi segnalati nel primo giudizio rescindente, giungendo al nuovo annullamento della sentenza che, in luogo di dotarsi di un autonomo scrutinio del compendio probatorio,

²³ Cass. pen., Sez. IV, 17.03.2015 n. 20044, cit.

divisi di aver acriticamente recepito le eventuali illegittime incursioni nel fatto della sentenza di annullamento, giacché sarà la stessa Corte, in quel caso, a dover rilevare e sanzionare, ex art.609 c.p.p., la violazione di legge insita in una motivazione di tal fatta.

Del pari, risulteranno da sanzionare anche quelle sentenze che limitino l'adempimento motivazionale ad una struttura semantica diversa da quella del provvedimento annullato, senza tener conto delle indicazioni della Corte sulla rilevanza dei temi devolutivi difensivi.

Certamente meno problematico è il compito della Corte in caso di ricorso che abbia ad oggetto la pretesa violazione del principio di diritto fissato con la primigenia sentenza della Corte.

In tal caso, infatti, si è già posto in luce come l'interpretazione giuridica resa ed indicata dalla Corte non possa essere in nessun caso disattesa dal giudice del merito (se non in caso di interventi abrogativi della norma).

Si è quindi al cospetto di un "giudicato"²⁴ del tutto vincolante.

Autorevolissima dottrina²⁵ pone un limite a questa vincolatività nei casi in cui nel corso del giudizio di rinvio si sia dato luogo alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

Si sostiene, in detta ipotesi, che l'impatto della nuova prova può spiegare sulla ricostruzione del fatto può determinarne un mutamento tale per cui l'originaria qualificazione dello stesso non potrà vincolare il giudice, che al cospetto delle nuove acquisizioni potrà dare al medesimo una diversa qualificazione giuridica. Affermazione, quest'ultima, che non desta particolari perplessità in linea teorica, salva la necessaria penetrazione con i dettami della Corte di Strasburgo sul tema²⁶ che impongono l'effettività della garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa definizione giuridica del fatto, ed escludono comunque la riqualificazione nel caso in cui la stessa comporti una modifica "in peius" del trattamento sanzionatorio e del computo della prescrizione, come recepiti anche dalla giurisprudenza di legittimità in ossequio al principio del giusto processo previsto dall'art. 6 commi 1 e 3, lett. a) e b) della Convenzione.

Detto approccio ne suggerisce allora un altro.

L'esperienza giudiziaria offre all'osservatore situazioni in cui, ragionando *a contrariis*, può darsi luogo ad un ripensamento rispetto all'arresto giurisprudenziale, ormai stratificato, che sancisce la sostanziale irrilevanza nel giudizio di merito delle decisioni della Corte in materia cautelare.

Quella della "*vigenza nel nostro sistema processuale del principio di "impermeabilità" del procedimento principale rispetto agli esiti di quello cautelare*" è ormai (tendenzialmente) consolidata elaborazione della dommatica giurisprudenziale, la quale ne evoca, talvolta, l'avallo del Giudice delle Leggi, espressosi in questi termini nello scrutinio della diversa questione del rapporto tra giudicato cautelare e richiesta di archiviazione²⁷.

Orbene, la situazione processuale che offre lo spunto di riflessione è la seguente: si ponga mente ai casi, non infrequenti invero, in cui la Corte di legittimità, adita in fase cautelare, intervenga sulla qualificazione giuridica del fatto oggetto di scrutinio attraverso l'annullamento dell'ordinanza del tribunale del riesame.

²⁴ Vds., *ex pluribus*, Cass.pen., Sez. III, n.12947/cit., per cui "il principio di diritto affermato dalla sentenza di annullamento, in quanto immodificabile da parte del giudice e sottratto a ulteriori mezzi di impugnazione, acquista autorità di giudicato interno per il caso di specie"

²⁵ F.R. DINACCI, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova, 2002, 97 ss.

²⁶ Corte EDU, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia

²⁷ Corte Cost. 24.04.2009, n. 121 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 405 c.p.p., comma 1 bis, aggiunto dalla L. n. 46 del 2006, n. 46, art. 3.

L'orientamento della Suprema Corte è ormai pacificamente consolidato nel senso che, in carenza di un “*successivo apprezzabile mutamento del fatto*”, è vietato rimettere in discussione le questioni definite per effetto delle pronunce adottate dal giudice di legittimità su ricorso avverso le ordinanze del giudice di merito, così come quelle decise con provvedimenti non impugnati del giudice del riesame o dell'appello incidentale..

Opera in tal caso una preclusione endoprocessuale allo “stato degli atti” in relazione alle questioni dedotte, implicitamente o esplicitamente nelle pregresse valutazioni incidentali *de libertate*, determinata dall'effettivo apprezzamento del merito, in fatto o in diritto, in relazione al materiale probatorio ed all'incolpazione provvisoria.

In forza dell'interpretazione costante dell'art. 627 c.p.p. nel nuovo giudizio rescissorio il Tribunale del riesame non potrà non adeguarsi a quel dictum, essendosi così formato il “giudicato cautelare” sulla qualificazione del fatto oggetto della misura.

Si ponga mente, poi, alle situazioni in cui, esauritosi il procedimento incidentale *de libertate* il Pubblico Ministero fondi l'esercizio dell'azione penale sul materiale investigativo raccolto sino a quel momento, senza ulteriori acquisizioni.

Si valuti altresì il caso, altrettanto non infrequente nella pratica giudiziaria, in cui, in tale evenienza, il processo venga definito nelle forme del giudizio abbreviato.

Si determina, in ipotesi del genere una situazione processuale in cui tra la provvista indiziaria scrutinata nel giudizio incidentale *de libertate* e l'oggetto probatorio da valutarsi nel giudizio di cognizione sussiste totale identità.

Il quesito che si pone in questi casi è, allora, quello della ragionevolezza del principio che sancisce in via assoluta l'autonomia del giudice del merito, descrivendo l'esistenza di “*un rapporto fisiologico tra il procedimento incidentale de libertate ed il procedimento principale, nel senso che solo le determinazioni adottate nel secondo possono influire su quelle del primo procedimento e non viceversa*”²⁸.

Non minerebbe il principio dell'indipendenza di giudizio e, peraltro, non è aliena dal nostro sistema, una soluzione diversa che, in situazioni quale quella rappresentata – giova ripeterlo, assolutamente ricorrenti nella pratica – non condanni il *dictum* della Cassazione all'irrelevanza e non disperda una risorsa relevantissima per il nostro ordinamento quale, appunto, l'intervento, nell'ambito del medesimo procedimento, sulla qualificazione del fatto del giudice al quale viene attribuito il compito nomofilattico.

L'ordinamento conosce, infatti, ipotesi di permeabilità del giudizio principale a quanto delibato dalla Suprema Corte in sede di giudizio incidentale (nella specie, nell'ambito del procedimento cautelare).

Può dirsi, infatti, affermato e maggioritario un indirizzo giurisprudenziale che, sebbene paia operare unicamente *in malam partem*²⁹, sostiene la preclusione alla riproposizione nel giudizio principale, salvo che non siano emersi o dedotti fatti nuovi, di specifiche questioni risolte in rito risolte dalla Corte di legittimità nel procedimento incidentale *de libertate* ovvero di eccezioni sulla validità e utilizzabilità dei mezzi di prova già oggetto di valutazione da parte della Corte di Cassazione nel giudizio cautelare³⁰.

²⁸ Cass.pen., Sez. VI, 28.11.2013 n. 48472, la quale richiama Corte Cost. n. 121 del 2009, cit.

²⁹ Vds. nota seguente.

³⁰ Vds. *ex pluribus*, Cass.pen., Sez. V, 10.2.2016, n. 26809; Cass.pen., Sez. I, 24.4.2012, n.23748; Cass. pen., Sez. I, 1.3.2012, n. 39850: Si tratta, invero, di pronunce nelle quali si afferma la preclusione alla riproposizione nel giudizio principale di merito ed in sede di legittimità delle questioni ed eccezioni difensive di inutilizzabilità di un singolo atto processuale o di un mezzo di prova (nella maggior parte dei casi conversazioni intercettate) ovvero la illegittimità delle procedure di autorizzazione di operazioni di captazione di conversazioni o comunicazioni che siano già state esaminate e respinte.

Avallano, invece, l'assenza di effetto preclusivo e vincolante del giudicato cautelare formatosi in punto di inutilizzabilità di un mezzo

A sostegno di tale impostazione si osserva come sia *"irragionevole ritenere che l'utilizzabilità di una specifica prova possa essere successivamente negata, nell'ambito del medesimo procedimento, nei confronti della stessa parte, poiché, una volta stabilita dal giudice di legittimità, in relazione allo stesso procedimento e nei confronti delle medesime parti, l'utilizzabilità di determinate prove, l'efficienza processuale postula che, in difetto di elementi nuovi, la decisione resa in precedenza sia vincolante"*³¹.

Invero, anche sul punto si confida in un recupero di coerenza da parte della giurisprudenza della Corte a fronte dell'ondivaghezza delle soluzioni proposte che evocano, da un lato, la vincolatività del *dictum* di legittimità laddove si tratti di negare la possibilità di interloquire della inutilizzabilità di atti processuali e mezzi di prova dichiarati utilizzabili nel procedimento incidentale con il vaglio della Cassazione e che, dall'altro, recisamente escludono ogni efficacia condizionante e preclusiva del giudicato cautelare laddove la Corte nel procedimento incidentale *de libertate* abbia, invece, dichiarato l'inutilizzabilità di una prova.

Quella che, tuttavia, almeno l'orientamento prevalente descrive, ed a cui si fa riferimento, è una ipotesi, accettata e pacificamente condivisa, nella quale il giudicato cautelare formatosi con pronuncia della Cassazione esplica un effetto vincolante nel giudizio di merito.

Non osta alla prospettazione proposta il richiamo al principio di indipendenza di giudizio, atteso che la *quaestio facti* evidenziata pone il giudice dell'abbreviato nella medesima situazione in cui si trova il giudice del merito adito ex art. 627 c.p.p., non essendo vincolato dal *dictum* del giudice della cautela, quanto piuttosto dal principio di diritto statuito dalla Corte di Legittimità sulla base del medesimo corredo probatorio.

Non vi è alcun *vulnus*, peraltro, all'indipendenza di giudizio nemmeno sotto altro profilo.

Il giudice del merito, come "signore del fatto" potrà dare sempre una diversa interpretazione del fatto stesso e quindi farne discendere conseguenze giuridiche alternative.

Laddove però, la ricostruzione fattuale risulterà immutata è davvero prima di ogni altra considerazione illogica la dispersione – giova ripeterlo – del patrimonio giurisdizionale acquisito rispetto a quella fattispecie.

È allora auspicabile un intervento della Corte, contestualizzato alla situazione processuale descritta –identità sostanziale ed assoluta del fatto e del relativo materiale probatorio– che difenda il proprio *dictum* e non lo consegna ad una situazione di irragionevole irrilevanza.

di prova nel procedimento principale Cass. pen., Sez. I, 14.6.2012, n. 40301; Sez. V, 16.3.2010, n. 16285; Cass. pen., Sez. VI, 26.4.2007, n.33810; Cass. pen., Sez. IV, 4.12.2006, n. 19331.

³¹ Cass. pen. n. 26809/16, cit.; conformi, oltre a Cass. pen., Sez. I, 23748/12 e 39850/12, cit., anche Cass. pen., Sez. I, 12.10.2011, n. 47655.

Osservazioni critiche sulla redazione in forma semplificata delle sentenze nel processo penale³²

DI GIULIA BONGIORNO
(AVVOCATO DEL FORO DI ROMA)

1. Introduzione.

Il rilievo della motivazione nel nostro sistema processuale si evince agevolmente a partire da un dato storico: per la prima volta nell'Italia pre-unitaria, attraverso la prammatica del 1774 emanata da Ferdinando IV di Borbone, si stabilì, *«per rimuovere quanto più si possa da' giudizi l'arbitrio, ed allontanare dai giudici ogni sospetto di parzialità, che le decisioni fondino non già sulle nude autorità de' dottori... ma sulle leggi espresse del regno o comuni»*³³.

Il testo è risalente, ma i concetti espressi si ripropongono in tutto il loro vigore.

È la motivazione ad allontanare dal Giudice ogni sospetto di parzialità. Non è l'autorità della fonte a conferire autorevolezza alla sentenza, ma la corretta applicazione delle leggi, che può essere ricostruita solo sulla base del percorso logico-argomentativo seguito per giungere alla decisione.

La motivazione della sentenza non solo scrive un pezzo di storia di un altro uomo, ma, pur provenendo ovviamente dal magistrato che la redige, diviene poi autonoma dal suo autore e in un certo senso "superiore" al singolo Giudice, in quanto incarna la funzione giurisdizionale e non l'opinione del redattore.

Questo breve intervento è dunque diretto a difendere la motivazione e a mostrare che, se ci sono tanti processi e il sistema è paralizzato, devono essere individuati altri strumenti per accelerare la definizione del contenzioso arretrato, senza ridurre i gradi di giudizio o rinunciare a segmenti della motivazione.

In Italia gli imputati, sia per la durata dei procedimenti sia per le numerose decisioni (dal cautelare alla Cassazione) che in essi vengono assunte, nonché per l'uso di *internet*, che fornisce una serie cospicua di notizie, acquisiscono una dimestichezza con la motivazione dei provvedimenti e sono normalmente in grado di apprezzare la bontà di una sentenza.

Ciò che l'imputato pretende è la prova che il giudice abbia capito e studiato il processo: la motivazione è esattamente la dimostrazione di tutto questo. Una sentenza infatti può anche non essere condivisibile, ma deve essere sempre precisa.

Puntualità e completezza sono dunque requisiti irrinunciabili di una sentenza che aspiri ad essere percepita come giusta: nulla è più insidioso di una motivazione che non affronta esaustivamente gli argomenti difensivi.

Se la difesa segnala che la scarpa dell'imputato è incompatibile con l'orma dell'assassino, il Giudice non può liquidare tale deduzione come insignificante: in questo modo si commette un errore che potrebbe

³² Il presente articolo corrisponde testo della relazione tenuta dall'autrice nell'ambito della quarta sessione del corso *Motivazione dei provvedimenti e comunicazione tra i gradi di giudizio*, organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura presso la Suprema Corte di Cassazione dal 14 al 16 novembre 2016.

³³ Il testo è riportato in C. SANTORIELLO, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008, 47, nota 13.

compromettere irrimediabilmente il buon esito dell'accertamento fattuale, condannando il sistema-giustizia a seguire una pista destinata all'insuccesso e dunque inutilmente dispendiosa di risorse investigative e argomentative.

Ovviamente la sintesi non è sempre segno di incompletezza, ma è innegabile che essa sottrae munizioni all'arsenale della giustificazione, cosicché l'imputato riceverà più difficilmente risposte alle sue deduzioni.

Le inesattezze in fatto sono molto più nocive degli errori in diritto, perché le disposizioni sono suscettibili di diverse interpretazioni e il margine di opinabilità è comprensibile e, entro certi limiti, accettabile. Invece l'erronea ricostruzione del fatto dimostra che alla base della decisione manca un'analisi accurata.

Inutile negare che difficilmente chi viene condannato accetta la sentenza come giusta. Tuttavia, il senso di avere subito un'ingiustizia si acuisce quando il condannato riscontra questo tipo di imprecisioni nella sentenza. In tal caso, anche se colpevole, si sentirà ingiustamente condannato.

La sentenza di condanna di un colpevole, basata su inesattezze in fatto, non potrà mai esser definita processualmente giusta.

Una conseguenza di ciò è che molto spesso l'avvocato, oltre che difensore dell'imputato, è in un certo senso anche difensore dei giudici, essendo quotidianamente impegnato a distogliere i clienti da tentativi inutili e temerari di attaccare l'accusa e i giudici: da questo punto di vista, è essenziale poter mostrare alla parte che la giurisdizione viene esercitata sulla base di una giustificazione razionalmente comprensibile. Essa dunque, pur non rispondendo ovviamente a criteri scientifici di prevedibilità, non conduce ad esiti arbitrari³⁴.

Quando ci si trova a leggere sentenze costellate da errori in fatto, questo sforzo di dissuasione diventa però particolarmente arduo.

2. La funzione costituzionale della motivazione: tra garanzia per le parti del processo e controllo diffuso sull'esercizio del potere giurisdizionale.

Il nostro ordinamento giuridico è caratterizzato dalla previsione costituzionale dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali. L'art. 111, comma 6, Cost. stabilisce che *«tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati»*.

Si tratta di una garanzia costituzionale che si connota sia soggettivamente, come diritto delle parti alla verifica della correttezza della decisione (c.d. funzione endoprocessuale della motivazione), che oggettivamente, come interesse della collettività al controllo sull'esercizio della funzione giurisdizionale (c.d. controllo diffuso).

Proprio in ragione di questa funzione complessa la motivazione della decisione, in particolare penale, ha una specifica fisionomia normativa tracciata dal codice di procedura penale agli artt. 192, comma 1, e 546, comma 1, lett. e), c.p.p.

L'art. 192, dettando le regole di valutazione della prova, stabilisce che il giudice di merito deve indicare nella motivazione i risultati acquisiti ed i criteri adottati. Ciò significa che il giudice deve spiegare come è passato dall'elemento di prova al risultato di prova (cioè, perché ha ritenuto che un dato fornito da una testi-

³⁴ Questa considerazione non ha valenza universale, poiché in altri ordinamenti giuridici (si pensi ai Paesi di *common law*) l'affidamento del cittadino nella giustizia non presuppone necessariamente la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, ma può dipendere da meccanismi differenti, come ad esempio la rimessione della decisione ad una "giuria di pari".

monianza, da un'intercettazione o da altra fonte di prova, abbia uno specifico significato idoneo a verificare o a contraddire l'ipotesi accusatoria).

In sintesi, deve indicare il dato probatorio, i criteri di valutazione di quest'ultimo (ad esempio, le massime di esperienza) ed il risultato probatorio (che è la prova in senso stretto, cioè la rappresentazione di una circostanza necessaria all'accertamento del fatto).

Tale attività del giudice condensa il primo momento della costruzione della motivazione in fatto (o discorso giustificativo della decisione): l'individuazione dei fatti probatori, cioè dei risultati della valutazione dei dati forniti dalle fonti di prova (testimonianza, intercettazione, ecc.). Questi, infatti, andranno a costituire le premesse della motivazione della decisione.

L'art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. ("Requisiti della sentenza") più compiutamente prescrive che la sentenza contiene, fra l'altro, *«la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie»*.

In sintesi, il modello legale della motivazione si articola nel seguente schema: enunciazione dei fatti probatori (risultati acquisiti) con l'esplicitazione dei criteri adottati (ad esempio, le massime di esperienza) per pervenire al fatto accertato³⁵.

Dunque, il codice di procedura penale detta una chiara struttura normativa della motivazione, che è volta a soddisfare esigenze di precisione e completezza dell'apparato argomentativo destinato a giustificare la decisione.

Questo modello legale della motivazione, come rilevato nelle righe precedenti, deve consentire alle parti del processo (ed anzitutto all'imputato) di poter controllare la correttezza della decisione (eventualmente sperando il mezzo dell'impugnazione).

È evidente, inoltre, che il suddetto schema è ispirato anche dall'esigenza di logicità della motivazione.

La sentenza che non rispetta questo schema legale della giustificazione rischia di proporre una motivazione apparente o apodittica, integrando il vizio di nullità a norma degli artt. 125, comma 3, e 606, comma 1, lett. c), c.p.p.

Tale sarebbe la sentenza che si limitasse a fondare la decisione richiamando solo le fonti di prova o i risultati probatori senza specificare i criteri di valutazione adottati.

Per completezza, bisogna poi osservare che l'obbligo di motivazione è oltremodo stringente nel caso dell'ordinanza cautelare.

L'art. 292 c.p.p. stabilisce che *«l'ordinanza che dispone la misura cautelare contiene, a pena di nullità rilevabile d'ufficio [...] l'esposizione e l'autonoma valutazione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi in fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali essi assumono rilevanza [...]; l'esposizione e l'autonoma valutazione dei motivi per i quali sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa [...]; la valutazione degli elementi a carico e a favore dell'imputato [...]»*.

L'esigenza di questa motivazione complessa - ancor di più nel caso della custodia cautelare in carcere (che richiede l'indicazione anche delle ragioni per le quali le esigenze cautelari non possano essere soddisfatte con altra misura meno afflittiva) - deriva dall'assenza di contraddittorio nel momento di applicazione della misura: in questo momento il GIP dovrebbe avere un ruolo di supplenza della difesa³⁶.

³⁵ Cfr. E. LUPO - E. AMODIO, *Alla ricerca di linee guida affidabili per una motivazione concisa*, in *Giustizia insieme*, 2-3/2009, 84.

³⁶ Così E. LUPO - E. AMODIO, *Alla ricerca di linee guida affidabili per una motivazione concisa*, cit., 86.

È allora evidente che l'esigenza di sinteticità dei provvedimenti giurisdizionali, quanto alla motivazione delle decisioni di merito, potrà essere soddisfatta solo garantendo il rispetto della struttura normativa delle sentenze e delle ordinanze cautelari.

D'altro canto, l'esigenza di economia della giustificazione, sia in fatto che in diritto, è espressa normativamente dal citato art. 546, comma 1, lett. e), c.p.p. prevedendo che la sentenza contenga la «*concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata*».

In altri termini, in questo specifico ambito, la sinteticità non può essere perseguita intaccando il modello legale della motivazione, atteso che esso ha un sostrato costituzionale.

È certamente possibile e auspicabile il miglioramento delle tecniche di redazione della motivazione, che dovrebbero privilegiare la schematicità e la chiarezza della giustificazione della decisione, specie in fatto.

Il giudice del merito deve esaminare compiutamente gli elementi di prova utilizzabili e valutarli secondo i criteri normativi, al fine di farne confluire i risultati in un percorso argomentativo che giustifichi razionalmente la sua decisione. Non deve preoccuparsi di renderla insuperabile dal giudice dell'eventuale impugnazione (cedendo ad argomentazioni non necessarie al discorso giustificativo), ma di fondarla su prove, compiutamente e correttamente valutate, che la rendano corretta e (dunque) legittima.

Il giudizio di fatto e la sua giustificazione devono essere considerati dal giudice di merito come se fossero insindacabili, preoccupandosi di verificare compiutamente l'ipotesi accusatoria e di valutare tutti gli elementi di prova utilizzabili.

3. L'introduzione della sentenza in forma semplificata nel processo penale.

Con riguardo alle modalità di redazione delle motivazioni, sono state avanzate molteplici critiche, che sottolineano la disfunzionalità di tali tendenze rispetto al corretto funzionamento della giustizia penale.

Come è stato autorevolmente rilevato, «*nelle sentenze di merito non è infrequente il caso di motivazioni molto approfondite in diritto che però appaiono lacunose o superficiali nell'accertamento del fatto e/o nella sua giustificazione, incorrendo così in vizi che non possono più essere sanati in sede di legittimità*»³⁷.

Inoltre, va ricordato il rilievo del Presidente Canzio, secondo cui «*la contrazione della forma discorsiva tradizionale della motivazione si rileva infatti, per un verso, compatibile con il principio di ragionevole durata del processo e di efficiente organizzazione del lavoro del magistrato e, per altro verso, in grado di meglio garantire sia la prevedibilità della decisione che l'efficace controllo della stessa in sede di impugnazione*»³⁸.

In sostanza, la semplificazione della motivazione delle decisioni è giudicata favorevolmente nella misura in cui giovi alla chiarezza del discorso giustificativo consentendo di individuare immediatamente la *ratio decidendi*, sia in diritto che, soprattutto, in fatto.

Va sottolineato che non è configurabile un modello generale di motivazione sintetica, ancorato a criteri di natura amministrativa, atteso che sarebbe forte il rischio di violare la struttura normativa della motivazione e gli interessi costituzionali ad essa sottesi.

³⁷ Cfr. E. LUPO - E. AMODIO, *Alla ricerca di linee guida affidabili per una motivazione concisa*, cit., 81.

³⁸ G. CANZIO, *La motivazione della sentenza penale: i vizi della motivazione della sentenza d'appello e il sindacato di legittimità*, Incontro di studio del C.S.M. del 15 settembre 2009, 5.

La redazione in forma semplificata delle sentenze penali presenta dunque molteplici profili di criticità, accentuati nel caso in cui tale paradigma motivazionale sia accolto con riguardo ai giudizi di legittimità.

Dal recente provvedimento del Primo Presidente della Corte di Cassazione si evince che la motivazione semplificata consiste nella spiegazione estremamente sintetica della *ratio decidendi*, «con richiamo dei precedenti conformi in caso di prospettazione di questioni giuridiche già risolte dalla giurisprudenza della Corte»³⁹ e «senza le argomentazioni richieste dalla motivazione di una decisione costituente esercizio della funzione di nomofilachia»⁴⁰.

Sono delineati in questo modo due distinti modelli di motivazione, validi per le sentenze della Suprema Corte: il primo, di carattere ordinario, si applica nel momento in cui la Corte esercita la propria funzione caratteristica, consistente nell'assicurare l'uniformità dell'interpretazione giuridica a livello ordinamentale (c.d. nomofilachia); l'altra, di natura eccezionale, viene in rilievo allorché la decisione del caso di specie possa prescindere dall'enucleazione di un innovativo principio di diritto.

A questo punto, devono essere in primo luogo evidenziate le criticità relative all'adozione di una sentenza in forma semplificata, a prescindere dal grado di giudizio in cui si assume la decisione.

4. Sulla motivazione in forma semplificata della sentenza penale in generale.

In primo luogo, va sottolineato che la motivazione in forma semplificata non rappresenta una novità nel panorama della nostra giurisdizione. Tale istituto è infatti espressamente previsto dalla normativa processuale amministrativa. Al riguardo, devono essere poi prese in considerazione alcune prescrizioni contenute nel codice di procedura civile.

Le disposizioni rilevanti sono le seguenti:

art. 132, comma 2, n. 4 c.p.c., secondo cui la sentenza deve contenere «*la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*»;

art. 118 disp. att. c.p.c., in base al quale «*la motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi*»;

art. 3, comma 2, d. lgs. n. 104/2010, laddove si afferma che «*il giudice e le parti redigono gli atti in maniera sintetica*»;

art. 74 d. lgs. n. 104/2010, in virtù del quale «*nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo ovvero, se del caso, ad un precedente conforme*».

Il codice del processo amministrativo richiama dunque la necessità che i provvedimenti presentino un carattere *sintetico*, adottando il modello della sentenza semplificata nei casi in cui risulti manifesto il tenore della decisione da assumere. Nel sistema processuale amministrativo, la sentenza semplificata si riduce al richiamo all'aspetto ritenuto decisivo, sia esso un profilo giuridico, fattuale o un precedente giurisprudenziale incentrato sulla stessa *ratio decidendi*⁴¹.

³⁹ Decreto n. 84/2016, Prot. 2762/i/2016, del 17 ottobre 2016, p. 3

⁴⁰ Decreto n. 84/2016, Prot. 2762/i/2016, del 17 ottobre 2016, p. 4

⁴¹ Riferimenti generali in E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2016, 968-969.

Non esiste invece nel codice di procedura civile una norma che esplicitamente preveda la motivazione semplificata. Tale testo normativo gioca sull'alternativa tra redazione in forma *succinta* e *concisa*. Infatti, in seguito alla riforma operata dalla legge n. 69 del 2009, l'art. 118 disp. att. c.p.c. stabilisce che, in sentenza, l'esposizione dei fatti e delle ragioni giuridiche debba essere succinta, mentre l'art. 132, comma 2, n. 4 c.p.c. continua a riferirsi alla concisione.

Non si tratta semplicemente di due aggettivi di significato pressoché analogo. Sorge infatti un problema di coordinamento delle disposizioni e di ricostruzione sistematica. Infatti, l'esposizione succinta rappresenta l'elemento caratterizzante dell'ordinanza, ai sensi dell'art. 134, comma 1, c.p.c.: «*L'ordinanza è succintamente motivata*». Dunque, estendere la motivazione succinta alla sentenza (come vuole l'art. 118 disp. att. c.p.c.) significa smarrire un importante e fondamentale criterio discretivo tra sentenza e ordinanza (del resto confermato, appunto per un difetto di coordinamento, dall'art. 132, comma 2, n. 4 c.p.c.)⁴².

L'adozione di un parametro motivazionale semplificato (evocato dal sintagma *esposizione succinta*) comporta dunque il rischio di porre sullo stesso piano provvedimenti giurisdizionali che, nella tradizione del nostro ordinamento processuale, hanno e dovrebbero conservare natura e funzioni distinte: la sentenza e l'ordinanza.

La concisione (ma non il carattere succinto) dell'esposizione è prevista, per quanto riguarda la sentenza, anche in materia penale, per effetto dell'art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p. Nel codice di rito penale si afferma un modello unitario di sentenza, valido tanto per i gradi di merito quanto per il giudizio di legittimità⁴³, sicché l'affermazione di un parametro motivazionale sintetico solo per le sentenze della Corte di Cassazione presenterebbe già da questo punto di vista alcuni profili di criticità.

Per quanto concerne invece il contenuto dell'ordinanza, il codice di procedura penale stabilisce che essa, come la sentenza, è motivata a pena di nullità (art. 125, comma 3, c.p.p.)⁴⁴.

Un primo ostacolo sulla strada dell'ammissibilità della cosiddetta sentenza in forma semplificata è dunque di ordine sistematico: cosa resterebbe della distinzione tra sentenza e ordinanza, se non la diversa intestazione del provvedimento? Una nozione non meramente nominalistica di *sentenza* è però essenziale, quanto meno per individuare, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost. l'ambito di intervento costituzionalmente necessario del giudice di legittimità.

Bisogna poi osservare che proprio gli interventi del legislatore, specialmente con riguardo alla giustizia amministrativa, dimostrano, *a contrario*, che l'ammissibilità della sentenza semplificata nell'ambito del processo penale rappresenta un aspetto problematico, non supportato dal dato testuale delle disposizioni contenute nel codice di rito.

Recentemente le Sezioni Unite Civili si sono espresse su un tema inevitabilmente connesso a quello della motivazione semplificata, vale a dire sulla possibilità che il Giudice riporti nel corpo della sentenza il con-

⁴² Il punto non è pacifico. Parte della dottrina ritiene infatti che *esposizione succinta* e *concisa* siano espressioni indifferentemente utilizzate dal legislatore: cfr. C. RASIA, *Dalla motivazione per relationem alla motivazione c.d. collage*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1, 2016, 204 ss., nota 5.

⁴³ Cfr. art. 615, comma 1, c.p.p.

⁴⁴ Naturalmente un discorso a parte va fatto per quanto riguarda l'ordinanza cautelare, che, come anticipato, deve rispettare *standard* motivazionali assimilabili a quelli stabiliti per la sentenza di condanna. Ciò discende tuttavia sia dalle peculiarità del procedimento cautelare (in cui, ad esempio, il contraddittorio è normalmente posticipato al momento dell'interrogatorio di garanzia) sia dalla particolare tutela accordata ai beni giuridici su cui incide la cautela (*in primis* la libertà personale). Di conseguenza, il provvedimento ex art. 292 c.p.p. rappresenta un'eccezione all'interno della categoria delle ordinanze. Di regola, l'ordinanza rappresenta un *minus* rispetto alla sentenza dal punto di vista dell'analiticità della motivazione.

tenuto di atti di parte. Il tema è particolarmente significativo soprattutto in ambito tributario, posto che, per la complessità tecnica di tale contenzioso, è frequente che la giustificazione della decisione giurisdizionale richiami le deduzioni dell'Agenzia delle Entrate.

La presa di posizione della Corte ha riflessi generali, anche in ambito penale, come mostra il seguente passaggio: «*Se è vero infatti che nessuna sentenza o atto processuale costituisce opera letteraria o comunque artistica, come tale soggetta alla disciplina del diritto d'autore, le considerazioni sopra esposte circa l'insussistenza nel codice di rito di norme, esplicite o implicite, che impongano al giudice l'originalità nei contenuti e nelle modalità espositive delle sentenze o gli vietino di riportare in esse il contenuto di atti di parte devono ritenersi allo stato riferibili esclusivamente alle sentenze e ai provvedimenti giurisdizionali civili e (in virtù del rinvio al codice di procedura civile contenuto nel D.Lgs. n. 546 del 1992, ed in assenza di diverse disposizioni in materia nel suddetto decreto ovvero di incompatibilità con le previsioni di esso) ai provvedimenti giurisdizionali emessi dalle Commissioni tributarie, non, pertanto, ai provvedimenti giurisdizionali emessi dal giudice penale. E ciò non per avere questo giudice valutato che le suddette considerazioni non trovino riscontro nella legislazione processuale penale, ma semplicemente perché, nei limiti della devoluzione occasionata dal ricorso in esame e delle attribuzioni di queste sezioni unite civili, la presente indagine è stata condotta esclusivamente alla stregua del codice processuale civile e della giurisprudenza ad esso riferibile*⁴⁵.

Le Sezioni Unite Civili, per un limite intrinseco di competenza, non si sono pronunciate direttamente sull'ammissibilità di una sentenza penale carente, per così dire, di originalità. Dalla pronuncia sembra però potersi evincere che, in punto di sentenza semplificata, le norme processuali penali rappresentano un discorso a sé stante, perché altrimenti sarebbe stato agevole richiamarle nell'ottica di una ricostruzione sistematica.

5. Sulla motivazione in forma semplificata della sentenza penale di Cassazione.

A questo punto, è possibile rivolgere l'attenzione agli argomenti che evidenziano come l'adozione di sentenze penali in forma semplificata presenti particolari criticità nel contesto del giudizio di legittimità.

È indiscutibile che la Suprema Corte debba fronteggiare annualmente un numero ingente di ricorsi. Il menzionato provvedimento del Primo Presidente riporta che nel 2015 sono stati iscritti 53.539 ricorsi penali. Addirittura, nel primo trimestre del 2016 risulta un aumento di 735 ricorsi rispetto al medesimo periodo dell'anno precedente⁴⁶.

L'evidenza statistica è sufficiente a dimostrare che un intervento politico, in termini di aumento di risorse, è quanto mai indispensabile. Nessun rilievo però può riconoscersi a questi dati allorché si tratti di ridurre le garanzie che connotano un mezzo d'impugnazione costituzionalmente necessario, quale è il ricorso per Cassazione avverso le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale nelle ipotesi di violazione di legge.

In particolare, le comprensibili esigenze organizzative della Suprema Corte non devono incidere negativamente sul principale strumento che l'ordinamento mette a disposizione delle parti e della collettività al fine di controllare la giustificazione della decisione.

Vi sono dunque margini di garanzia che non devono essere ridotti. Negli ultimi tempi si affermano orientamenti che vanno invece nella direzione opposta.

⁴⁵ Cass., SS. UU. Civ., 16 gennaio 2015, n. 642

⁴⁶ V. decreto n. 84/2016, Prot. 2762/i/2016, del 17 ottobre 2016, p. 1

Al riguardo, è significativo che siano state recentemente adottate strategie accelerative che hanno compresso i margini dell'intervento orale delle parti. Indicativa in tal senso è la sentenza delle Sezioni Unite Penali che ha individuato nel procedimento camerale non partecipato la modalità attraverso cui sono trattati i ricorsi in materia di misure cautelari reali⁴⁷.

La discussione rappresenta uno strumento essenziale per la piena articolazione delle difese, anche se essa, nel giudizio di legittimità, assume un valore differente rispetto a quanto avviene nei gradi di merito. Bisogna infatti ricordare che la Corte di Strasburgo ha sì riconosciuto il diritto dell'imputato all'udienza pubblica, ma non nel procedimento dinanzi alla Corte di Cassazione⁴⁸.

Non vi è dubbio che il principale argomento a sostegno dell'adozione di moduli motivazionali semplificati anche in sede di legittimità sia rappresentato dall'esigenza di garantire la ragionevole durata del processo: si tratta ovviamente di un valore avente rilievo costituzionale.

Allo stesso tempo potrebbe invocarsi il criterio di proporzionalità⁴⁹, in base al quale le risorse processuali devono essere impiegate in maniera adeguata alle caratteristiche del caso concreto. Proporzionalità significa in particolar modo che le garanzie (compresa la motivazione) non sono immutabili per qualunque caso si presenti all'attenzione del Giudice, potendo essere somministrate in maniera asimmetrica a seconda delle esigenze di giustizia presenti nella fattispecie. Ciò però implica soltanto che alla maggiore complessità (fattuale e giuridica) della vicenda corrisponde naturalmente un maggiore impiego di risorse, anche in termini di approfondimento motivazionale da parte del Giudice. Resta fermo però un nucleo indefettibile, al di sotto del quale si intaccherebbe il contenuto essenziale del diritto di difendersi in giudizio.

Come è stato rilevato dalle Sezioni Unite Civili, il principio del giusto processo, richiamato anche dall'art. 6 CEDU, non si esplicita nella sola durata ragionevole dello stesso, ma si sostanzia anche in altri valori, quali il diritto di difesa, il diritto al contraddittorio, e, in definitiva, il diritto ad un giudizio⁵⁰. Soprattutto quest'ultimo risulterebbe però compromesso attraverso la compressione della garanzia insita nella motivazione, perché nell'attività della Suprema Corte il giudizio si concentra prevalentemente nel momento della decisione e della sua giustificazione, assumendo come detto il contraddittorio orale un ruolo non paragonabile a quello che gli spetta nei gradi di merito.

È poi proprio il canone di proporzionalità a mostrare le particolari criticità che caratterizzano una sentenza di Cassazione motivata in maniera semplificata. Il giudizio di legittimità, per le sue caratteristiche strutturali, rappresenta infatti una fase processuale in cui il trapianto della motivazione semplificata si traduce in un costo eccessivo in termini di garanzie, alla luce di due fattori: la discrezionalità della decisione di adottare il modello semplificato e l'assenza di un'istanza di controllo delle sentenze di Cassazione.

L'applicazione del modulo motivazionale semplificato è rimessa alla valutazione del Collegio, ma i casi in cui tale decisione è legittima non sono (e non possono) essere individuati attraverso un'elencazione tassativa:

⁴⁷ Cfr. Cass., SS. UU. Penali, 17 dicembre 2015, n. 51207

⁴⁸ Cfr., in tema di misure di prevenzione, CortEDU, sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia; sentenza 8 luglio 2008, Perre e altri c. Italia; sentenza 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia; sentenza 2 febbraio 2010, Leone c. Italia. Sul punto si è pronunciata anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 80 del 25 gennaio 2011, sancendo che *«l'avvenuta introduzione nel procedimento di prevenzione, per effetto della sentenza n. 93 del 2010 di questa Corte, del diritto degli interessati di chiedere la pubblica udienza davanti ai tribunali (giudici di prima istanza) e alle corti di appello (giudici di seconda istanza, ma competenti al riesame anche delle questioni di fatto, se non addirittura essi stessi all'assunzione o riassunzione di prove) è sufficiente a garantire la conformità del nostro ordinamento alla CEDU, senza che occorra estendere il suddetto diritto al giudizio davanti alla Corte di cassazione»*.

⁴⁹ Cfr. C. RASIA, *Dalla motivazione per relationem alla motivazione c.d. collage*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1, 2016, 204 ss., nota 48

⁵⁰ Cfr. Cass., SS. UU. Civ., 22 ottobre 2013, n. 5701

il potere di adottare la motivazione semplificata è dunque intrinsecamente discrezionale.

Si pensi all'individuazione dei ricorsi che, non richiedendo l'esercizio della funzione di nomofilachia, consentirebbero di adottare la sentenza in forma semplificata. L'accertamento di tale requisito involge infatti una complessa attività ermeneutica, che già di per sé dovrebbe riflettersi in un esaustivo impianto motivazionale: l'individuazione del rapporto di analogia tra due casi e, conseguentemente, l'estensione al successivo del principio di diritto enucleato nel precedente rappresentano né più né meno che l'essenza della giurisdizione, sicché l'opzione per la sentenza semplificata fonda su un'operazione intellettuale di estrema sottigliezza. Non si capisce dunque perché essa dovrebbe tradursi in una giustificazione sincopata.

In generale, la motivazione rappresenta il precipitato di un'attività di studio che dovrebbe assorbire la maggior parte delle energie del giudicante. In tal senso, sintetizzare la motivazione è in una certa misura inutile (perché resta la necessità di studiare il caso in ogni suo aspetto fattuale e giuridico) e in pari misura non auspicabile (posto che anche la qualificazione del procedimento in termini di semplicità richiede uno sforzo analitico ed interpretativo, che deve riflettersi nella motivazione ed essere ostensibile alle parti).

La garanzia della decisione collegiale rischia poi di essere poco effettiva, proprio per la lamentata congestione della Corte. È probabile dunque che il modello semplificato sia adottato sulla scorta dell'orientamento del singolo relatore, tenendo conto anche del fatto che la capacità di redigere sentenze in forma sintetica assumerebbe rilievo positivo nella valutazione di professionalità del magistrato.

Inoltre vi è, tra Giudice di merito e di legittimità, una differenza fondamentale che attiene al piano dei controlli. Se il Tribunale o la Corte d'Appello si discostano dai parametri di legittimità della motivazione semplificata, adottandola pur a fronte di un caso particolarmente complesso, la parte trova nell'impugnazione (e in particolare nel ricorso per Cassazione) un adeguato strumento di tutela. Lo stesso ovviamente non vale rispetto alle sentenze della Suprema Corte.

Stante la sua posizione di vertice all'interno del sistema giudiziario, la Corte di Cassazione dovrebbe dunque astenersi dalla semplificazione dell'apparato motivazionale, proprio perché le sue decisioni non sono suscettibili di un controllo ulteriore e rappresentano la massima istanza di garanzia (per giunta, costituzionalmente necessaria) cui la parte può legittimamente aspirare.

La posizione di vertice aggrava dunque la responsabilità del giudicante e rende per certi versi più stringente (e più difficilmente comprimibile) il suo dovere motivazionale⁵¹.

6. Conclusioni.

Vi sono plurime ragioni giuridiche che militano in senso contrario all'ammissibilità di una sentenza penale in forma semplificata, anche con riguardo ai provvedimenti del vertice della giurisdizione ordinaria.

In particolare, la motivazione semplificata rappresenta uno strumento tanto più problematico quanto minore è il controllo che può essere esercitato sulla decisione. Naturalmente il riferimento è al controllo in senso tecnico-processuale, che può concludersi con una riforma (nel caso del gravame di merito) o una rescissione dell'atto. Sul piano a-tecnico, infatti, ogni pronuncia è di per sé rimessa alla verifica delle parti e, se pubblica, della collettività.

⁵¹ Si potrebbe tracciare un confronto con quanto previsto nel caso delle questioni pregiudiziali attinenti all'interpretazione del diritto UE: la Corte di Cassazione, proprio perché Giudice supremo, è soggetta ad un obbligo di rimessione alla Corte di Giustizia che invece non grava sul Giudice di merito. L'obbligo più stringente discende in questo caso proprio dalla posizione di vertice.

Sempre nella prospettiva del controllo, preme poi osservare che la motivazione in forma semplificata, nella misura in cui sincopa il ragionamento, rende più difficilmente accessibile la giustificazione e concede più agevoli scappatoie al Giudice che, ovviamente in casi patologici, si lasci condizionare da interessi estranei al suo ufficio.

Nel complesso dunque è decisamente preferibile, per lo meno con riguardo al giudizio di legittimità, conservare un paradigma motivazionale unitario per tutte le sentenze. Il modello normativo è di per sé già elastico, perché è fisiologico che l'impegno del Giudice sia parametrato alle difficoltà del caso concreto.

Oltre questa naturale distribuzione delle risorse non dovrebbe però procedersi, perché nella tipizzazione di un modulo motivazionale semplificato è insito il pericolo di incentivare e legittimare l'arbitrio del singolo giudicante nella distinzione tra casi semplici e complessi.

Vi è dunque un solo principio direttivo: la sentenza non può mai essere più "semplificata" del caso su cui essa decide. Poiché è impossibile incasellare in schemi aprioristici le questioni semplici accanto a quelle complesse, lo sforzo motivazionale non può essere normativamente predeterminato. Il Giudice dunque non deve potersi appellare ad un modello generale di provvedimento sintetico per giustificare la compressione di una garanzia fondamentale avente rilievo costituzionale.

Decisione di legittimità ed errore di fatto: *Quid juris* in materia di prevenzione?

DI SANDRO FURFARO
(AVVOCATO DEL FORO DI LOCRI)

Le misure di prevenzione costituiscono materia particolarmente viva e soprattutto in talune latitudini giudiziarie del Paese abbondantemente praticata. La prevenzione patrimoniale spesso incombe, sospinta da una sbrigatività delle forme che consente di ottenere risultati che, giusti o meno che siano, soddisfano esigenze sanzionatorie immediate che soltanto il tempo dirà quanto possano rivelarsi criminogene e, quindi, contrarie a quella stessa esigenza di controllo sociale che vorrebbero perseguire. Su tali aspetti tanto ci sarebbe da riflettere se non fosse che, come sovente succede nelle "cose del diritto", le vere o presunte emergenze pare non consentano riflessioni. La storia nazionale ci ha insegnato che ogni emergenza deve, quasi per forza, prescindere dal rispetto del sistema, cosicché, in ricaduta, essa comporta reazione, urto, contrapposizione rispetto a quel sistema, come se proprio a questo, in ultima analisi, sia da imputare la contingenza. Tutto ciò che consegue è evidente: l'aggiramento programmatico delle regole basilari e la costituzione di un diverso ordine di valori che si sviluppa e si afferma con un atteggiamento di grande disinvoltura verso i principi fondamentali. Il sistema scema e le regole equilibratrici dei rapporti che costituiscono lo stato di diritto e la società democratica quasi scompaiono, confuse nel panorama dei più contorti distinguo usati dal mondo togato, del quale – giova ricordarlo – Rabelais scherniva le filastrocche.

Oggi, la prevenzione, soprattutto patrimoniale, è un esempio di ciò. Nata per arginare le infiltrazioni mafiose nell'economia e nelle regole del mercato, essa, attraverso le incongruenze e le contraddizioni che dalla vecchia legge antimafia sono passate senza colpo ferire nell'impianto normativo rassegnato dal d. lgs. n. 159 del 2011, dimostra quotidianamente come il raggiungimento di risultati sanzionatori difficilmente

raggiungibili attraverso il processo penale e le sue regole sia prioritario rispetto a principi, regole e sistema. E poco importa che, nella sostanza, le deficienze e le deviazioni degli strumenti di accertamento determinino ingiustizie: importante è colpire, quasi che la particolare situazione soggettiva degli interessati – alla quale ormai è inopinatamente equiparata anche quella dei terzi incolpevoli o “colpevoli” soltanto di essere aventi causa di individui già pericolosi – giustifichi lo svilimento della tutela garantita dalle disposizioni fondamentali e, con esso, gli stessi criteri oggettivi di accertamento e di controllo imposti dal dettato costituzionale.

Molte sono le questioni che nel procedimento di prevenzione rimangono impermeabili a qualsiasi possibilità interpretativa volta ad allineare le cadenze del procedere ai dettati costituzionali. Si pensi alle deficienze del contraddittorio, al ruolo centrale assunto dal giudice nell’acquisizione della prova e alla natura stessa di essa, molto spesso limitata all’assunzione di notizie e informazioni dagli organi inquirenti, alla questione relativa all’esiguità del tempo previsto per la comparizione all’udienza camerale in rapporto a quello stabilito per la comparizione in udienza degli imputati di reati a citazione diretta, ovvero, con maggiore impatto negativo e senza possibilità di ovviare mediante richieste di rinvio in tal caso, all’altra questione concernente i ristrettissimi margini temporali (dieci giorni) per la proposizione delle impugnazioni anche laddove la complessità degli accertamenti patrimoniali e le ricostruzioni operate nel decreto impongano conoscenze ed approfondimenti imparagonabili rispetto ai tempi previsti nel processo penale per le impugnazioni delle sentenze aventi ad oggetto anche i reati di piccolo cabotaggio. In tali casi l’interpretazione, evidentemente non può incidere e ciò consente di rilevare come, pur in un sistema che si muove sull’attività interpretativa (e, a volte, anche creativa) della giurisprudenza, esistano limiti esegetici imposti dalla “chiusura” delle formule normative utilizzate.

Fermando l’attenzione sulla prevenzione patrimoniale e, quindi, sul sequestro, la confisca e le relative interferenze, il coefficiente di deficienze rispetto ai canoni del “giusto processo” risulta esagerato. Alcuni esempi non guastano. E si ha, dunque, che:

- a) nonostante il sequestro presupponga che gli organi legittimati abbiano avanzato al tribunale competente la proposta di confisca dei beni, l’art. 20 del d. lgs. cit. non soltanto non prevede che la proposta contenga autonoma richiesta di sequestro, ma attribuisce al tribunale il potere di procedere *ex officio* all’adozione della misura cautelare e di disporre all’uopo (art. 19, co. 5 d. lgs. cit.) autonomamente ulteriori indagini, secondo un procedere che determina evidenti problemi di terzietà del giudice che andrà a decidere il merito della proposta di confisca, in quanto, nel sistema della prevenzione, non esiste alcuna norma che sia assimilabile a quella di cui all’art. 34 c.p.p.⁵²;
- b) nonostante costantemente si neghi che in materia possa parlarsi di vera e propria inversione dell’onere della prova sussistendo invece un meno gravoso onere di “alligazione” da parte del proposto o dei terzi cui dovrebbe far seguito l’obbligo del giudice di acquisire la prova, la realtà è ben diversa e l’assolvimento o meno di tale obbligo rimane assolutamente assorbito da quello di motivazione del provvedimento decisorio; cosa che, com’è facile intendere, non incide e non risolve il problema dell’acquisizione di quanto indicato dall’interessato a suo scarico⁵³;

⁵² Le utili indicazioni della Corte costituzionale in tema di incompatibilità endoprocessuale nel processo penale (si vedano Corte cost. 10.4. 2001, n. 108, in *Giur. cost.*, 2001, 711; Id., 21.11. 1997, n. 346, in *Foro it.*, 1998, I, 349; Id., 30.12. 1994, n. 455, *ivi*, 1995, I, 2078; Id., 16.12. 1993, n. 439, *ivi*, 1994, I, 689; Id., 22.4. 1992, n. 186, *ivi*, 1992, I, 1994) risultano *snobbate* nel procedimento di prevenzione dall’autonomia di quest’ultimo rispetto al processo penale. In tema di terzietà del giudice si segnala, però, la recente Cass., Sez. VI, 15.6. 2016, Caliendo, in *www.archiviopenale.it* con nota di chi scrive, secondo la quale “il carattere giurisdizionale dei procedimenti di prevenzione e la natura sostanziale di sentenza che hanno i decreti che li concludono comportano che, in caso di annullamento con rinvio, il giudizio sia rimesso a giudice diverso secondo la previsione di cui all’art. 623, comma 1, lett. c), cod. proc. pen.”.

⁵³ A ben riflettere la conclusione è paradossale, dal momento che, non soltanto così ragionando si supera a piè pari il momento acqui-

c) nonostante sia ormai evidente la natura squisitamente sanzionatoria della confisca – evidente soprattutto nei casi in cui sia il terzo incolpevole a sopportare il peso dell'ablazione dei beni – si afferma ancora l'assimilabilità di essa a quella prevista dall'art. 240 c.p., all'evidente fine di ritenere inapplicabile il principio di irretroattività, dimenticando persino che in tema di misure di sicurezza, la legge penale *"non prevede in alcun modo l'applicazione retroattiva di disposizioni sfavorevoli, limitandosi l'art. 200 c.p. a stabilire che in luogo della misura di sicurezza vigente al momento del fatto si applichi, se diversa, quella vigente al tempo dell'esecuzione, con ciò ribadendo la imprescindibile anteriorità della legge al fatto generativo del potere punitivo dello Stato"*⁵⁴.

In tale complesso panorama di deficienze e approssimazioni, ulteriormente aggravato dall'impossibilità di rilevare in sede di legittimità i vizi motivazionali che spesso affliggono le decisioni di merito⁵⁵, si inserisce il problema che qui si intende dire, costituito dall'assenza di rimedi esperibili nel caso in cui la decisione della Corte di cassazione contenga errori materiali o di fatto dovuti ad errata percezione. In tal caso, nonostante la questione si ponga negli stessi termini nei quali si pone per le sentenze definitive, il deficit percettivo che ha condotto alla decisione di rigetto o alla declaratoria di inammissibilità del ricorso non ha rimedio.

Per costante giurisprudenza, infatti, l'istituto della correzione dell'errore materiale o di fatto (art. 625-bis c.p.p.) non è applicabile in materia di prevenzione patrimoniale perché previsto esclusivamente nei confronti dei provvedimenti definitivi e per l'esistenza nella legislazione di prevenzione di uno strumento *ad hoc*, costituito dalla revoca delle statuizioni, anche patrimoniali, di cui all'art. 7 della L. n. 1423 del 1956⁵⁶.

La conclusione potrebbe essere condivisibile e certamente lo è per i procedimenti iniziati prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 159 del 2011 che, come si sa, ha innovato la materia della prevenzione patrimoniale, intanto estendendo la possibilità di confisca ai soggetti pericolosi diversi dagli originari appartenenti ad associazioni di tipo mafioso, poi, istituendo uno strumento straordinario di revoca della confisca – la revocazione prevista dall'art. 28 – previsto essenzialmente negli stessi casi modulato sullo stesso schema della revisione penale⁵⁷.

L'art. 120 del d. lgs. n. 159, però, ha abrogato l'intera L. n. 1423 del 1956 e, quindi anche l'art. 7, che, con altre norme è previsto rimanga in vigore esclusivamente per i procedimenti nei quali, all'entrata in vigore del decreto, sia già stata formulata proposta di applicazione di misura di prevenzione (art. 117 d. lgs. cit.) e si ha, quindi, che, ferma restando la possibilità di agire con la revoca *ex art. 7* per i provvedimenti emessi dalla Corte di cassazione nei procedimenti già iniziati al momento di entrata in vigore della nuova disciplina, per i provvedimenti successivi non è più possibile agire mediante lo strumento della revoca, né mediante la revocazione *ex art. 28* che, assimilabile come detto alla revisione *ex art. 630 c.p.p.*, è previsto possa essere richiesta esclusivamente all'avverarsi di casi specifici, individuati: nella *"scoperta di prove nuove decisive, so-*

sitivo annullando il senso stesso della alligazione, ma si pretende che la motivazione, che è giustificazione della decisione rispetto a quanto acquisito, giustifichi sul non acquisito, secondo un argomentare che, salvi i casi di irrilevanza della prova (e, nel caso, della alligazione), corrisponde a motivare sul nulla.

⁵⁴ Così V. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"*, in AA.Vv., *La giustizia penale patrimoniale*, a cura di Bargi e Cisterna, I, Torino, 2011, 184.

⁵⁵ Nonostante Corte cost., 9.6. 2015, n. 106 (in *www.cortecost.it*) abbia ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale della limitazione dei vizi deducibili alla sola violazione di legge, il problema rimane aperto. In tema, A. GAITO - S. FURFARO, *Il ricorso per cassazione e il giudizio di legittimità*, in AA.Vv., *Misure di Prevenzione*, a cura di Furfaro, Torino, 2013, 613; S. FURFARO, *Passi significativi verso effettivi controlli e concrete garanzie nel giudizio di prevenzione*, in *Arch. Pen.*, 2016, fasc. 3.

⁵⁶ Si vedano, tra le tante, Cass., Sez. II, 16.9.2015, Saracino, in *Mass. Uff.*, 264658; Cass. Sez. VI, 28.3.2006, Romeo, *ivi*, 234624; Id., 8.10.2009, Cacucci, *ivi*, 245772.

⁵⁷ Sull'istituto nuovo della revocazione, volendo S. FURFARO, *La revocazione della confisca definitiva*, in *Misure di Prevenzione*, cit., 659.

pravvenute alla conclusione del procedimento”; nel caso in cui “*i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca*”; “*quando la decisione sulla confisca sia stata motivata, unicamente o in modo determinante, sulla base di atti riconosciuti falsi, di falsità nel giudizio ovvero di un fatto previsto dalla legge come reato*”.

L'impianto del d. lgs. n. 159 – che, si badi, ha mantenuto l'istituto della revoca, limitandolo, però, alla misura di prevenzione personale (art. 11) – prevedendo, appunto, l'autonomia dell'azione di prevenzione patrimoniale rispetto a quella personale (art. 18) e, come detto, la possibilità di revocazione in casi determinati e tassativi ha finalmente considerato la confisca di prevenzione per ciò che essa effettivamente è: una *misura* che si pone come reazione ad una condotta comunque illecita e che è connotata dalla severità rispetto agli effetti che sono irreversibili e insensibili al decorso del tempo. La confisca di prevenzione, insomma, ha chiaramente cambiato fisionomia. Se in precedenza, essa, correlata alla persistente pericolosità dell'interessato, era misura (*stricto sensu*) preventiva, posto che attraverso di essa si impediva la protrazione di condotte illecite, oggi, piaccia o non, essa ha assunto natura e produce effetti sostanziali che, se non proprio identici, sono prossimi a quelli repressivi, tanto che il provvedimento che la dispone è un provvedimento definitivo e, in quanto tale, revocabile soltanto in presenza di uno dei casi previsti dall'istituto della revocazione.

Questa la situazione, l'abrogazione della L. n. 1423 del 1956 determina che la revoca *ex art. 7 cit.* non possa più essere l'istituto specifico cui fare riferimento anche ai fini di emenda degli errori sul presupposto della revocabilità in ogni tempo dell'ablazione, né può esserlo la revocazione *ex art. 28 cit.* che, come s'è visto, prevede tutt'altro. Ciò vero, si ha che la situazione che nel giudizio penale può dare corso all'istituto di cui all'art. 625-*bis* c.p.p., nel giudizio di prevenzione rimane sfornita di uno strumento consono ad ovviarla, sicché, esemplarmente, nel caso in cui la decisione della Corte di cassazione non abbia considerato affatto alcuno dei motivi di ricorso, ovvero abbia ritenuto di non doversi interessare di un motivo di ricorso sull'erroneo presupposto che la questione con esso dedotta non fosse stata in precedenza proposta con l'impugnazione di merito, l'errore non ha possibilità di essere rilevato ed eventualmente corretto.

Nulla in proposito detta l'art. 27, co. 2, del d.lgs. n. 159 del 2011 – nonostante disponga che “*i provvedimenti che dispongono la confisca dei beni sequestrati, la confisca della cauzione o l'esecuzione sui beni costituiti in garanzia diventano esecutivi con la definitività delle relative pronunce*” – e nulla dice il precedente art. 10 al quale, in tema di impugnazioni l'art. 27 rimanda.

Indubbio che ciò costituisca una chiusura su uno strumento di tutela dei diritti di difesa, di proprietà e di libero godimento dei propri beni, e, in definitiva, del senso stesso della certezza dell'accertamento rispetto alla corrispondenza di esso alla effettività della situazione considerata, *quid juris?*

Per offrire una risposta appagante qualche riflessione si impone. È da sottolineare, infatti, che, se è indubbio che l'intera disciplina positiva delle misure di prevenzione, a far data dalla giurisdizionalizzazione del relativo procedimento, abbia ormai raggiunto uno stadio di specificazione e di compiutezza tale da comporre un complesso *autonomo* di disciplina della materia *differente* (e, quindi, non *speciale*) rispetto al processo penale, nondimeno il richiamo alla disciplina positiva prevista per il procedimento di sorveglianza, per un verso, e la natura stessa della materia trattata (la pericolosità sociale *ante* ma, sovente, *post delictum*), per altro verso, determinano che la materia sia da considerarsi *contigua* a quella penale e che, quest'ultima, costituisca, quindi, la materia di riferimento.

E, dunque, anche a voler far leva sulla indubbia autonomia del procedimento di prevenzione rispetto a quello penale, non si può fare a meno di considerare che la natura del procedimento di prevenzione (che

si può tranquillamente definire procedimento di "*volontaria giurisdizione penale*"⁵⁸), nel caso in cui abbia ad oggetto la confisca si esaurisce con una decisione definitiva che determina esiti che, al pari di quelli penali, non sono suscettibili di essere rimessi in discussione, salve le ipotesi e i limiti contemplati dal rimedio straordinario della revocazione. Si ha, dunque, che le situazioni giuridiche sfavorevoli all'interessato che il provvedimento definitivo di prevenzione patrimoniale determina sono assolutamente assimilabili, quanto a valore, al giudicato penale.

Se ciò è vero, v'è da prendere atto che, pur con i dovuti distinguo, l'equiparazione tra il condannato e la posizione di colui che sopporta gli effetti ablativi non costituisce un'operazione interpretativa *in bonam partem* impossibile. La qual cosa altro non fa che mettere in chiaro la vistosa distonia normativa che si determina, dal momento che soltanto per i provvedimenti di legittimità che rendono definitive le statuizioni di prevenzione patrimoniale, nonostante il valore di giudicato che essi determinano, non è previsto alcun rimedio paragonabile a quello di cui all'art. 625-bis c.p.p.

Tale disposizione, d'altra parte, è del tutto identica, per natura e *ratio*, a quella prevista dall'art. 319-bis c.p.c. e si ha, dunque, che affermata e non discussa la autonomia del sistema delle misure di prevenzione, irragionevolmente, soltanto in tale ambito del sistema, pur coperto da garanzia giurisdizionale, non è previsto il rimedio della correzione dell'errore materiale o di fatto contenuto nel provvedimento pronunciato dalla Corte di cassazione.

Evidente che l'irragionevolezza della segnalata carenza di tutela non sia giustificabile ai sensi dell'art. 3 Cost., l'interpretazione costituzionalmente orientata della norma di cui all'art. 625-bis c.p.p. nel senso della applicabilità di essa sembra essere la conclusione auspicabile, appunto in considerazione degli effetti che provoca la decisione di legittimità sulla confisca (l'irrevocabilità di essa) e della natura della misura ablativa in relazione alla posizione del soggetto che ne sopporta gli effetti.

Diversamente, non rimane che la sollecitazione a sottoporre la carenza di tutela al vaglio di conformità all'art. 3 Cost. dell'art. 625-bis c.p.p. e/o del combinato disposto dagli artt. 10 e 27 d. lgs. n. 159 del 2011. Dell'art. 625-bis c.p.p., nella parte in cui, facendo riferimento esclusivo al condannato, esclude che il soggetto colpito dalla decisione di legittimità che ha reso esecutiva la confisca di prevenzione sia legittimato a proporre ricorso straordinario per errore materiale o di fatto. Degli artt. 10 e 27 del d. lgs. n. 159 del 2011, in quanto non contemplano e quindi escludono che il soggetto colpito dalla decisione di legittimità che ha reso esecutiva la confisca di prevenzione possa proporre alcun rimedio paragonabile al ricorso straordinario per errore materiale o di fatto previsto, per il condannato dall'art. 625-bis c.p.p. e, per la "parte interessata" dall'art. 391-bis c.p.c.

In relazione a tale sollecitazione va ricordato che la giurisprudenza della Corte costituzionale riconduce il principio di ragionevolezza, tanto al principio di uguaglianza – cosicché la norma è irragionevole in quanto apportatrice di irragionevoli discriminazioni –, quanto all'intrinseca incoerenza della disciplina che, anche in assenza di una sostanziale disparità di trattamento, appare contraddittoria e illogica rispetto al contesto normativo⁵⁹.

⁵⁸ Così già P. NUVOLONE, *Il Sistema del Diritto Penale*, Padova, 1975.

⁵⁹ Si vedano in proposito Corte cost., 29 settembre 2000, n. 416 e Id., 23 ottobre 2000, n. 250, entrambe in *www.cortecost.it*.

Confesso che, in tempi lontani, quando si cominciò a parlare anche in Italia di contraddittorio anticipato, mi schierai subito contro in un Convegno che si tenne a Firenze. Giovanni Conso, con quel garbo che gli derivava dall'essere torinese, e dall'essere un gran signore, mi riprese dicendomi: "Come mai lei, che è garantista, è contro una tutela rafforzata della libertà personale?". Erano i tempi in cui ci eravamo tutti innamorati del dibattimento, luogo di formazione della prova, e temevamo ogni inquinamento proveniente dalla fase delle indagini. Non avevamo previsto che i Tribunali avrebbero scritto le sentenze prendendo a base le ordinanze custodiali, che, a loro volta, ricopiano le richieste della Procura della Repubblica. Ma è ciò che è accaduto, anche travisando l'art. 432, secondo cui il fascicolo per il dibattimento deve contenere l'eventuale provvedimento che abbia disposto misure cautelari "in corso di esecuzione".

Per non parlare delle ordinanze dei Tribunali delle libertà e delle Sentenze della Cassazione, in sede di misure cautelari, che condizionano ogni ulteriore decisione. Nelle fasi iniziali del procedimento si gioca non solo lo status libertatis: si dà l'imprinting a tutto ciò che accadrà successivamente. Ed allora ben venga il contraddittorio anticipato, ad una condizione che dovrebbe valere anche con l'attuale normativa: del provvedimento relativo alla libertà dell'imputato, nel fascicolo del dibattimento, deve entrare il solo dispositivo, mentre la motivazione deve restare rigorosamente fuori.

Una proposta. Il giudice dei diritti e delle garanzie

Penso di dire cosa ovvia affermando che la libertà personale, diritto "inviolabile" della persona, è priva di reali tutele giurisdizionali. Le cause sono molte. Il P.M., spesso, effettua lunghe e complesse indagini che si compendiano in migliaia di pagine, mentre il Gip deve decidere in tempi strettissimi affidandosi alla richiesta dell'accusa: tant'è che l'ordinanza è talvolta la fotocopia dell'atto del P.M. Un'altra ragione è che il P.M. e il Gip procedono in sintonia avendo di mira lo sviluppo delle indagini, la ricostruzione dei fatti e la individuazione dei responsabili. Il giudice, perciò, tenderà ad agevolare l'attività del P.M., di cui la custodia cautelare è strumento essenziale: com'è noto, è con il carcere che si realizzano le confessioni, le chiamate in correità, i pentimenti più o meno sinceri.

Perciò, un passaggio indispensabile per una effettiva tutela dell'imputato, e per un giudice terzo e imparziale, è la previsione del *giudice dei diritti e delle garanzie*, che sia e resti estraneo alle vicende delle indagini in corso. Trattasi del Giudice che sarà incaricato di provvedere in merito all'emissione di misure cautelari personali.

Il punto di rottura rispetto all'ordinamento vigente riguarda, in particolare, l'opportunità di attuare il c.d. "contraddittorio anticipato" tra le parti, in un momento antecedente all'esecuzione della misura cautelare personale, consentendo così all'interessato un confronto con il proprio accusatore prima dell'emissione del provvedimento cautelare, in maniera tale da garantire, anche in tale fase, la tutela del pieno diritto di difesa, nel rispetto dei principi sovranazionali di garanzia della persona.

Prevedendo l'instaurazione di un contraddittorio «anticipato» rispetto all'emanazione del provvedimento cautelare, si pone il giudice nella condizione di adottare la propria decisione soltanto dopo avere vagliato anche le ipotesi alternative eventualmente prospettate dalla difesa, tutelando in tal modo pienamente il diritto di difesa del soggetto nei cui confronti potrà essere eseguita la misura cautelare.

È noto che sulla possibilità di attuare il contraddittorio anticipato nel procedimento di applicazione della misura cautelare, la dottrina si interroga da tempo. Si tratta di una scelta che indubbiamente presenta numerose difficoltà sotto il profilo pratico, che può determinare l'aumento di alcuni costi, in termini di impiego di risorse umane e materiali, e che, in particolare, richiede l'adozione di meccanismi volti ad impedire che l'imputato possa sottrarsi al provvedimento del giudice, alterando gli equilibri tra efficienza e garanzie. Ciò nondimeno è una scelta che, al di là di tutto, impone di essere attentamente valutata. Se compito del legislatore e dell'interprete è attuare gli "assiomi garantisti", è opportuno verificare se le difficoltà siano insuperabili e se i costi siano davvero superiori ai benefici che nascono dal rispetto di regole e di valori fondamentali in uno Stato di diritto. Di certo va respinta la tendenza a far dipendere il mantenimento dello *status quo* da mera pigrizia intellettuale o dalla preoccupazione per le novità che impongono un cambiamento, anche dal punto di vista organizzativo o logistico, dei modi di gestire la vicenda cautelare da parte degli operatori del settore, innanzitutto: giudici, pubblici ministeri e avvocati. Semmai, sposato un principio, occorre accertarsi che esso non rimanga o non risulti applicato in modo meramente formale, senza una reale attuazione della garanzia che esso intendeva tutelare. In questo caso, sì, non vale la pena introdurre cambiamenti e riforme che rischiano solo di indebolire la garanzia che ci si preoccupava di irrobustire, svelandone l'ineffettività (così, A. CIAVOLA, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato sottoposto a custodia cautelare*, in *Dir. pen. contemp.*, 2013/1, 132 ss.).

A supporto di questo dibattito rappresenta un sicuro termine di confronto l'esperienza di altri ordinamenti che tali riforme hanno già realizzato, sperimentandone luci ed ombre.

L'esperienza francese. L'ordinamento giuridico francese, già a partire della legge n. 84-576 del 9 luglio 1984 *tendant à renforcer les droits des personnes en matière de placement en détention provisoire et d'exécution d'un mandat de justice*, prevede che la custodia cautelare sia disposta a seguito di un *débat contradictoire* tra il pubblico ministero e il difensore. Tale impostazione, compiuta nel preciso intento di rafforzare le garanzie che accompagnano il collocamento in detenzione provvisoria – una volta introdotta – pur avendo la materia formato oggetto di diversi interventi legislativi, è stata mantenuta anche dalle riforme successive, a conferma del principio secondo cui la funzione difensiva si esplica nel pieno contraddittorio. Il riferimento è, specialmente, alla legge n. 2000-516 del 15 giugno 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, che ha portato alla istituzione del *juge des libertés et de la détention* al quale è stata affidata la competenza a disporre la detenzione provvisoria e la proroga della stessa. Si è trattato di una riforma – da taluni definita – ambiziosa, avente come preciso intento quello di ridurre il ricorso alla detenzione in via cautelare e di rafforzare la presunzione d'innocenza sottraendo il potere di disporre la più grave forma di limitazione della libertà in via provvisoria al giudice istruttore, affidandola ad un organo terzo e imparziale, estraneo all'inchiesta e, dunque, meno condizionato. Il procedimento prevede che, ove ne ricorrano i presupposti, il pubblico ministero formuli la richiesta di applicazione della detenzione provvisoria al giudice istruttore, il quale, se la ritiene fondata (ritenendo, in particolare, sufficienti le obbligazioni derivanti dal c.d. controllo giudiziario), emette un'ordinanza motivata e la trasmette, insieme al *dossier* del procedimento e alla richiesta del pubblico ministero, al *juge des libertés et de la détention*. Alla luce degli elementi del *dossier* e dopo avere, se ritenuto utile, raccolto le osservazioni dell'interessato, il giudice informa quest'ultimo della sua intenzione di disporre la detenzione provvisoria e che egli ha il diritto di richiedere un termine per preparare la difesa. Nel caso in cui il soggetto non eserciti tale diritto, si procede immediatamente al *débat contradictoire*. L'udienza, salvo alcune eccezioni, è pubblica; vi partecipano il pubblico ministero, la persona *mise en examen* e il difensore, nominato d'ufficio o di fiducia. Al termine dell'udienza il giudice decide con ordinanza motivata, la quale, nell'ipotesi in cui è disposta la misura custodiale, deve indicare le ragioni dell'insufficienza del controllo giudiziario (alla stessa stregua dell'ordinanza del giudice istruttore che ha richiesto la misura).

Ove l'indagato o il suo difensore chiedano un termine a difesa, il giudice non può disporre immediatamente la detenzione provvisoria, ma può disporre, con ordinanza motivata inappellabile, che il soggetto venga posto in stato di detenzione per una durata determinata che non può in alcun caso eccedere il termine di quattro giorni feriali. Segue, poi, il *débat contradictoire*, secondo le caratteristiche sopra illustrate.

Per la verità, la riforma ha incontrato le perplessità della dottrina, che ha, sin dall'inizio, segnalato il rischio potesse trattarsi di un'innovazione inutile, incapace di arginare il fenomeno del massiccio ricorso alla custodia cautelare in carcere e di rafforzare la presunzione di innocenza; ma che, soprattutto, non avrebbe offerto maggiori garanzie in termini di imparzialità del giudice, atteso che il *juge des libertés et de la détention* sarebbe stato comunque influenzato dal parere del giudice istruttore. Pesa, in particolare, la limitata conoscenza degli atti da parte del primo, che in mancanza della possibilità di avere i tempi e i modi per giungere ad una visione approfondita e completa della vicenda, nella maggior parte dei casi, c'è la possibilità che finisca con il far affidamento sull'orientamento di chi, invece, l'inchiesta conosce bene. A suscitare le maggiori perplessità sono stati il fatto che il *juge des libertés et de la détention* intervenisse «*en bout de chaîne*» e fosse privo di poteri in materia istruttoria, non potendo sollecitare l'acquisizione di altro materiale probatorio. Il che, unitamente alla mancanza di tempo per una conoscenza approfondita degli atti, ha reso la sua funzione priva di quel significato di garanzia che si voleva perseguire. Ci sarebbe ancora tanto da aggiungere; si pensi, ad esempio, alla denunciata assenza di una reale cultura del controllo, dovuta ad un diffuso *suivisme judiciaire*. Con questo risultato: «*la tentation pour l'acteur de la chaîne judiciaire, qui intervient dans la procédure de confirmer purement et simplement la position de son prédécesseur par confort intellectuel ou par manque de temps*». Quel che però preme qui rilevare è che nel corso del dibattito non è stata avanzata alcuna proposta in ordine alla eliminazione del confronto delle parti davanti al giudice che decide sulla applicazione della misura; al contrario, il punto è stato quello di individuare dei meccanismi che capaci di rendere questo contraddittorio meno artificiale, garantendo un più agevole accesso della difesa al *dossier*, ma soprattutto assicurando un controllo più effettivo da parte del giudice (vedi A. CIAVOLO, *Il rafforzamento delle garanzie dell'indagato*, cit., 142 ss., che il testo riprende ampiamente).

L'esperienza francese non è stata esente da critiche neppure dalla dottrina italiana. Si veda, in particolare, Ennio Amodio: "L'istituto di maggior interesse nella logica di un ampliamento delle garanzie è certamente quello del contraddittorio anticipato secondo il modello francese. A me sembra però che questo nuovo istituto si risolvesse sostanzialmente in una riforma di facciata dal momento che comporta sempre un arresto provvisorio prima che si possa discutere davanti al giudice se sussistono i presupposti per disporre la misura coercitiva. Il bilancio dell'esperienza messo a punto da studiosi e pratici di quel Paese sembra del resto confermare che non si è giunti ad un effettivo arricchimento sul piano delle garanzie" (*Note sul futuribile delle misure cautelari personali*, in Tavola rotonda. *La disciplina delle misure cautelari personali*, in *Legisl. pen.*, 2006, 374).

La strada, evidentemente, è quella di intervenire per aumentare le garanzie toccando gli aspetti critici dell'istituto: non è certo quella di sopprimere un istituto che tutela, ormai più di quello attuale, i diritti di libertà.

L'esperienza spagnola. Il progetto di riforma¹ del codice di procedura penale spagnolo, tuttora ancorato al sistema inquisitorio, presenta importanti novità, segnatamente in materia di misure cautelari: il prospettato procedimento di applicazione delle misure cautelari spagnoli distingue al proprio interno un regime differenziato in base alla tipologia di misura cautelare da applicare.

¹ Denominato "Anteproyecto Lecrim" 2013

La misura custodiale in carcere può, in astratto, essere adottata dal giudice secondo due differenti procedure: quando è dettata da ragioni di urgenza viene assunta senza la previa comparizione dell'indagato, che sarà sentito dopo l'esecuzione della stessa. Il Giudice, all'esito dell'interrogatorio, potrà revocarla; se, invece, non si rileva l'urgenza, il Giudice, prima dell'adozione della misura richiesta, invita il destinatario a presentarsi per rendere l'interrogatorio. All'esito dello stesso il Giudice deciderà se emettere la misura o meno. Al contrario, se l'indagato non si presenta davanti al Giudice a seguito della citazione, senza addurre un legittimo impedimento, l'autorità giudiziaria potrà procedere con l'esecuzione immediata della misura custodiale.

Per l'adozione di misure diverse da quella custodiale in carcere, compresa la misura degli arresti domiciliari, si dovrà dare alla difesa la possibilità di fornire elementi a proprio discarico per mezzo di un atto scritto, ovvero comparendo personalmente. È interessante sottolineare, a tal proposito, come non verrà sentito unicamente l'indagato – come avviene al contrario nel sistema italiano – dovendo il Giudice citare per detta udienza anche le altre parti (inclusa la persona offesa), estendendo quindi il confronto tra le stesse già in una fase preliminare al giudizio, e avendo in tal modo la possibilità di assumere una decisione in ragione di un compendio probatorio più esteso, e formatosi per giunta avanti allo stesso Giudicante. Elemento di novità è la possibilità in capo alla difesa di richiedere l'assunzione di una prova davanti allo stesso Giudice chiamato a emettere o confermare la misura, il quale assumerà le dichiarazioni di eventuali testimoni indicati dalla difesa, nell'ottica di un eventuale ripensamento circa le condizioni di applicabilità della misura in essere.

È innegabile che un tal modo di procedere costituisca un rilevante potenziamento delle garanzie difensive sul versante cautelare, essendo ampiamente esteso il diritto a confrontarsi con il proprio accusatore già in fase di indagini preliminari. Tuttavia, non può sottacersi il rischio rappresentato dall'assumere una prova in una fase di giudizio in cui la difesa non ha a disposizione l'intero fascicolo di indagini; a meno che la validità degli elementi di prova assunti in tale fase del giudizio sia limitata alla materia cautelare, ed il mezzo di prova in questione possa essere riassunto, se eventualmente richiesto dalle parti, durante l'istruttoria dibattimentale.

L'esperienza italiana. Il legislatore italiano, ha da tempo introdotto (con legge n. 234/1997) il contraddittorio anticipato in materia cautelare, all'articolo 289 c.p.p. comma 2, relativamente all'applicazione della misura interdittiva della sospensione dell'esercizio di un pubblico ufficio o servizio: l'esecuzione della misura in oggetto, qualora richiesta dal Pubblico Ministero, nel corso delle indagini preliminari, dovrà necessariamente essere preceduta dall'interrogatorio dell'indagato.

L'attuale disciplina, tuttavia, preclude alla difesa l'accesso alle risultanze delle indagini in vista dell'interrogatorio anticipato: in assenza della *discovery* degli atti d'accusa, come ha avuto modo di osservare la dottrina, viene vanificata la *ratio* dell'istituto stesso, riducendosi ad una mera offerta di considerazioni di ordine logico-giuridico in capo alla difesa e non ad un pieno contraddittorio.

In tema di responsabilità amministrativa degli enti, inoltre, l'applicazione di una misura cautelare nei confronti di una persona giuridica, ove richiesta fuori udienza, deve avvenire dopo l'instaurazione del contraddittorio tra le parti e la celebrazione di un'apposita udienza camerale (a pena di nullità, ai sensi degli artt. 178, lett. b) e c), 179 e 180 e 181 c.p.p., dell'ordinanza pronunciata dal giudice di prime cure), così come espressamente previsto dall'art. 47 d.lg. n. 231 del 2001. Tale ultimo procedimento si caratterizza quindi per una piena esplicitazione del contraddittorio, prodromico alla decisione del giudice sull'applicazione della misura: il contraddittorio si svolge in udienza (senza che sia disposta alcuna misura provvisoria e precautelare), preceduta dalla totale *discovery* degli elementi d'accusa posti a fondamento della richiesta del pubblico ministero, in una situazione nella quale le parti sono quindi realmente in posizione di parità dinanzi al giudice terzo. In questo senso il contraddittorio anticipato non assume solamente una funzione difensiva, ma connota pure il procedimento decisionale del giudice di prime cure e del tribunale del riesame, i quali solo dopo aver sentito le parti contrapposte, sono in grado di pronunciare una vera decisione.

Un'apertura su una forma, sia pure ridotta, di contraddittorio anticipato si è avuta con la sentenza della Corte Costituzionale n. 219 dell'8 giugno 1994 (Pres. CASAVOLA - Rel. CAIANIELLO) che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 24 Cost., l'art. 301 comma 2 c.p.p., nella parte in cui non prevede che, ai fini dell'adozione del provvedimento di rinnovazione della misura cautelare debba essere pienamente sentito il difensore della persona da assoggettare alla misura. Ha osservato la Corte che il diritto di difesa *“potrebbe essere limitato solo in presenza della necessità di evitare l'assoluta compromissione di esigenze prioritarie nella economia del processo, che per loro natura potrebbero risultare vanificate dal contraddittorio anticipato (e salvo sempre il successivo recupero della dialettica processuale attraverso gli strumenti di controllo di volta in volta previsti). È questo il caso dei provvedimenti c.d. «a sorpresa», come l'adozione, per la prima volta, di misure cautelari personali, cui l'indagato potrebbe sottrarsi, qualora ne venisse preavvertito allo scopo di consentire l'esercizio del suo diritto di difesa prima ancora dell'adozione di detti provvedimenti. Ma quando l'indagato sia già assoggettato ad una misura cautelare, come appunto nel caso disciplinato dall'art. 301 cit. che riguarda la rinnovazione del relativo provvedimento, non sussistono ragioni valide per escludere l'esercizio del diritto di difesa mediante l'audizione del difensore da parte del giudice che deve adottare il provvedimento”* (Giurisp. cost., 1994, p. 1824).

L'ordinamento italiano, dunque, contiene consistenti aperture nel senso del contraddittorio anticipato, ed anzi la Corte lo ha elevato a rango di diritto costituzionalmente garantito purché non comprometta le *“esigenze prioritarie nella economia del processo”*.

Del resto, anche l'art. 111 Cost., contiene una precisa indicazione del diritto dell'«*accusato*», e non soltanto dell'«*imputato*», di interrogare e far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, nonché di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa: ciò non comporta, naturalmente, che prima di una misura cautelare abbia luogo un processo nel processo, ma quanto meno che all'accusato sia riconosciuto il diritto di difendersi dal carcere, o da altre misure restrittive della libertà personale.

Sulla scia della Corte Costituzionale che ha individuato un diritto a difendersi preventivamente dalla misura cautelare, sempre che ciò non comporti dei rischi per i fini del processo, è possibile rendere compatibile anche la misura in carcere con il contraddittorio anticipato attraverso il fermo provvisorio dell'indagato, da eseguirsi in strutture detentive ma non carcerarie. Così come in Francia, sarà una scelta della parte chiedere o meno un termine per predisporre la difesa, con la facoltà di accedere agli atti posti a fondamento della richiesta del Pubblico ministero e di produrre le prove a discarico. Naturalmente il procedimento diventa più complesso e costoso, motivo per cui la custodia in carcere deve essere effettivamente limitata ai casi in cui nessun'altra misura appare adeguata, così come dovrebbe essere già ora. Perché, allora, non tornare alla *cauzione* che ha dato buona prova di sé sotto il codice del 1930, ed è uno strumento deflattivo largamente utilizzato negli Stati Uniti?

Questa, dunque, è la proposta: introdurre la figura del giudice dei diritti e delle garanzie, che sia estraneo, e del tutto indifferente alle esigenze degli inquirenti, tra le quali, prima di tutte, quella di utilizzare il carcere come *“dolce tortura”*, ai fini di ottenere confessioni o collaborazioni.

Ciò, tra l'altro, rappresenterà l'occasione per sviluppare e tradurre, nel codice di procedura, una cultura giuridica più attenta al diritto di difesa, nel rispetto di quanto già sancito dai Trattati e dalle Convenzioni Internazionali in tema di giusto processo e di riconoscimento dei diritti fondamentali della persona: sempre che, tuttavia, il procedimento incidentale *de libertate* resti fuori dal fascicolo del dibattimento, patrimonio conoscitivo sconosciuto a chi giudicherà sulla responsabilità penale dell'imputato.

