



Rivista Trimestrale - 4/2015

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



**Le ultime riforme del processo penale:
una prima risposta all'Europa**

Giulio Illuminati

**Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile:
forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche**

Francesco Mucciarelli e Carlo Enrico Paliero

**Mafia e corruzione:
tra confische, commissariamenti e interdittive**

Giuseppe Pignatone

DIRETTORE RESPONSABILE

Francesco Viganò

VICE DIRETTORI

Gian Luigi Gatta - Guglielmo Leo - Luca Luparia

REDAZIONE

Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO

Emilio Dolcini, Novella Galantini, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Silvia Buzzelli, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Elena Maria Catalano, Massimo Ceresa Gastaldo, Cristiano Cupelli, Fabrizio D'Arcangelo, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Roberto Flor, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Antonio Gullo, Roberto E. Kistoris, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Mongillo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Renon, Gioacchino Romeo, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Domenico Pulitanò, Marco Scoletta, Rosaria Sicurella, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Alfio Valsecchi, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che è stato sin dalle origini il direttore delle due riviste, nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico delle riviste coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Peer review

La qualità scientifica dei lavori di più ampio respiro pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori Riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata automaticamente seguendo l'ordine alfabetico dei revisori di ciascuna disciplina pubblicato in calce, in ragione della data e dell'ora in cui ciascun lavoro è pervenuto all'indirizzo e-mail della redazione. Nel caso di impedimento da parte del revisore designato subentra il revisore successivo nell'elenco alfabetico. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Elenco dei revisori

Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni, Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi, Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci, Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini, Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glaucio Giostra, Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti, Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin, Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Paolo Pisa, Prof. Mario Romano, Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Paolo Veneziani

Editore Associazione "Diritto penale contemporaneo", Via Gabrio Serbelloni 1, Milano - C.F. 97714210156
ANNO 2015 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Impaginazione a cura di [Chiara Pavesi](#)

EDITORIALE	In questo numero Francesco Viganò	1
PROCESSO PENALE	Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015 Giorgio Spangher	4
	Una singolare antifrasi: i “nuovi” poteri rescindenti del tribunale della libertà Massimo Ceresa-Gastaldo	8
	Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all’Europa Giulio Illuminati	14
	I rapporti fra processo penale e altri procedimenti nell’unità dell’ordinamento giuridico Stefano Ruggeri	22
	Esistono autentiche forme di “diversione” nell’ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione Benedetta Bertolini	47
EUROPA E SISTEMA PENALE ITALIANO	Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive Marta Bargis	61
	Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l’impatto delle nuove direttive Michele Caianiello	70
	La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale Marcello Daniele	86
	Dalla Corte di giustizia importanti indicazioni esegetiche in relazione alle prime due direttive sui diritti dell’imputato Mitja Gialuz	100
	Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale Francesco Rossi	108

	Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea	130
	Stefano Ruggeri	
IN MATERIA DI CONFISCA	L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro	162
	Stefano Finocchiaro	
	Tecniche di aggressione dei profitti dell'economia fiscalmente infedele: la confisca "penale" tra efficacia preventiva e tutela dei diritti fondamentali	182
	Alberto Marcheselli	
	La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio	207
	Anna Maria Maugeri	
	Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura	231
	Francesco Mazzacuva	
	Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche	246
	Francesco Mucciarelli e Carlo Enrico Paliero	
	Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive	259
	Giuseppe Pignatone	

OBIETTIVO SU...	La prova dell'alterazione alla guida: una comparazione tra Italia e Germania	268
	Roberta Del Monaco	
	«Rivoltarsi nella feccia di Romolo»	285
	Alberto Di Martino	
	La nuova disciplina eurounitaria sul <i>market abuse</i>: tra obblighi di criminalizzazione e <i>ne bis in idem</i>	295
	Francesco Mucciarelli	
	Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio	325
	Domenico Pulitanò	
	Allegria di naufragi: dove va la Corte di cassazione?	333
	Gioacchino Romeo	
GIURISPRUDENZA IN PRIMO PIANO	Attestare stanca	349
	Federico Baffi	
	Un dialogo immaginario con la giurisprudenza tedesca sui confini del dolo	368
	Massimiliano Dova	
	La sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi-Ruby: tra morale e diritto	385
	Gian Luigi Gatta	
	Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?	390
	Francesco Mucciarelli	
	La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomatici"	402
	Simona Raffaele	
	Causazione del fallimento della società 'con dolo o per effetto di operazioni dolose': peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia	429
	Alessandra Rossi	
	Irretroattività sfavorevole e reati d'evento "lungo-latente"	441
	Stefano Zirulia	

EDITORIALE

1

In questo numero
Francesco Viganò

IN QUESTO NUMERO

Francesco Viganò

1.

Il grande protagonista delle prime due sezioni di questo nuovo numero della *Rivista trimestrale* è, ancora una volta, il *processo penale*, sul quale intervengono tra gli altri alcuni dei più illustri esperti nel nostro paese: da Giorgio Spangher a Marta Bargis, Giulio Illuminati, Massimo Ceresa-Gastaldo, Michele Caianiello, Marcello Daniele, Mitja Gialuz, Stefano Ruggeri.

Oggetto delle loro acute e illuminanti analisi sono le riforme legislative che hanno interessato il processo penale negli ultimi anni, molte delle quali ispirate dalla ‘grande’ Europa – in chiave di adeguamento agli standard del processo equo definiti dalla giurisprudenza di Strasburgo – ovvero realizzate in sede di trasposizione di obblighi derivanti da decisioni quadro o direttive dell’Unione europea in materia di cooperazione processuale e di definizione di standard minimi di tutela dei diritti dell’imputato o della vittima. Riforme tutte che stanno meritoriamente modificando a poco a poco il volto del nostro processo penale, ponendo rimedio alle più evidenti inadeguatezze rispetto agli standard europei; senza, tuttavia, essere sinora riuscite ad affrontare con decisione il nodo dell’efficienza complessiva del sistema, che continua tuttora a procedere a un ritmo troppo lento – nonostante l’impegno profuso dai suoi protagonisti – per far fronte allo spaventoso carico dei flussi in entrata, che affliggono ogni livello del sistema giudiziario: dalle porte delle procure della Repubblica, sino a quelle della Corte di cassazione.

2.

Un’intera sezione è poi dedicata al tema della *confisca*, ospite sempre più frequente delle pagine della nostra *Rivista*: uno Zelig dai mille volti, si direbbe, sul quale sempre più paiono scommettere il legislatore e la stessa prassi delle agenzie di *law enforcement* – come ben attesta l’intervento del Procuratore della Repubblica di Roma Giuseppe Pignatone, che siamo particolarmente lieti di ospitare in questo numero –; ma le cui distorsioni applicative non cessano di destare preoccupazioni nella dottrina più attenta, come dimostra il raffinato saggio di Mucciarelli e Paliero sulla questione dell’individuazione del profitto confiscabile nei reati tributari, alla luce della ormai notissima sentenza *Gubert* delle Sezioni Unite.

Vari interventi – tra cui quello di un acuto cultore del diritto tributario, Alberto Marcheselli – sono poi dedicati alla recente (e inquietante) tendenza a utilizzare la confisca, penale e di prevenzione, quale strumento di contrasto all’evasione fiscale e al riciclaggio, oltre che ai fenomeni corruttivi che dilagano nel nostro paese: ben al di là, dunque, dell’ambito della lotta alla grande criminalità organizzata di tipo mafioso, nel quale – ormai quasi trentacinque anni or sono – la confisca dei beni “sproporzionati” ai redditi leciti aveva mosso i primi passi nel nostro ordinamento.

Frammenti, tutti, di un quadro che ancora attende di essere ricomposto dalla dottrina penalistica italiana, che fatica a costruire una teoria generale in grado di dar finalmente conto del ruolo ormai centrale assunto dalla confisca quale strumento di contrasto alla criminalità da profitto nell’ordinamento italiano, e assieme del suo sempre più problematico statuto

3.

costituzionale e convenzionale, al cospetto di principi fondamentali come la presunzione di innocenza e, più in generale, le garanzie dell'equo processo.

Concludono questo numero, che completa la raccolta di tutti i contributi più significativi pubblicati sulla nostra rivista quotidiana nel 2015, una serie di articoli su temi più eterogenei, ma tutti di grande attualità e interesse: dalla sempre difficile (ma oggi nuovamente dimenticata dall'opinione pubblica) situazione delle carceri italiane, su cui torna a richiamare l'attenzione Alberto di Martino; ai difficili problemi posti dalla trasposizione dei nuovi strumenti UE in materia di *market abuse*, con sullo sfondo la spada di Damocle rappresentata dal divieto di *ne bis in idem* europeo, sui quali si sofferma da par suo Francesco Mucciarelli.

E ancora il dilemma – sul quale si sofferma Domenico Pulitanò, e che interessa oggi il nostro paese come ogni società occidentale – se reprimere penalmente il negazionismo e il discorso d'odio, o se fare prevalere in ogni caso la libertà di espressione; le incognite sul futuro della nostra Suprema Corte; la sempre *vexata quaestio* della posizione della sentenza dichiarativa del fallimento nell'economia delle fattispecie di bancarotta; il divieto di applicazione retroattiva della norma penale e modifiche *in peius* della fattispecie in materia di reati d'evento "lungo latente"; e molto altro ancora – tra cui non poteva mancare un'attenta analisi, a firma di Gian Luigi Gatta, di quell'autentica 'chiccha' mediatico-giuridica dell'anno 2015, rappresentata dalla sentenza di assoluzione dell'ex Presidente del Consiglio nella nota vicenda passata alle cronache come *Rubygate*.

PROCESSO PENALE

-
- 4** **Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015**
Giorgio Spangher
-
- 8** **Una singolare antifrasi: i “nuovi” poteri rescindenti del tribunale della libertà**
Massimo Ceresa-Gastaldo
-
- 14** **Le ultime riforme del processo penale: una prima risposta all’Europa**
Giulio Illuminati
-
- 22** **I rapporti fra processo penale e altri procedimenti nell’unità dell’ordinamento giuridico**
Stefano Ruggeri
-
- 47** **Esistono autentiche forme di “diversione” nell’ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione**
Benedetta Bertolini
-

BREVI RIFLESSIONI SISTEMATICHE SULLE MISURE CAUTELARI DOPO LA L. N. 47 DEL 2015

Giorgio Spangher

1.

La recente riforma della custodia cautelare, metabolizzati i frammenti dell'intervento legislativo, si presta a qualche breve riflessione di sistema.

Sono sicuramente almeno quattro le linee politiche e culturali lungo le quali si è sviluppata l'azione riformatrice; peraltro, non separate, ma spesso intersecate tra loro.

Una prima è costituita dallo sviluppo delle indicazioni della Corte costituzionale tese al superamento delle presunzioni, evidenziando in qualche modo un ritorno all'impostazione originaria della disciplina della materia.

Sicuri indici di questo assunto sono costituiti, innanzitutto, dalla nuova formulazione del comma 3 dell'art. 275 c.p.p. dove sono ridotte a tre (artt. 270, 270 bis, 416 bis c.p.) le presunzioni assolute di pericolosità suscettibili di determinare la restrizione inframuraria, fatta salva la dimostrazione della mancanza di esigenze cautelari. Invero, non si assiste ad un completo "ritorno al passato", perché la stagione emergenziale della c.d. sicurezza ha lasciato il segno, com'è noto, anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, attraverso la costruzione della presunzione relativa di pericolosità (C. cost. n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011; n. 110 del 2012; n. 57 del 2013; n. 213 del 2013; n. 232 del 2013; n. 48 del 2015).

Sono riconducibili a questa stessa filosofia della valutazione da parte del giudice della variabilità delle situazioni di pericolosità anche le modifiche all'art. 276, comma 1 *ter*, c.p.p. ed all'art. 284, comma 5 bis, c.p.p. ove si prevede che il giudice, nel valutare la violazione alle prescrizioni del divieto di allontanarsi dal luogo della restrizione, ovvero le implicazioni di una accertata evasione debba tener conto se si tratti o meno di un fatto lieve (il riferimento è alle violazioni e non al fatto per il quale è stata applicata la misura).

Una seconda linea di intervento è costituita dalla scelta – precisa – di evitare il ricorso al carcere quale misura cautelare: si tratta dell'onda lunga della sentenza Cedu Torreggiani, già materializzatasi nella c.d. legislazione svuota-carceri, nel cui contesto si segnalano le modifiche agli artt. 280 e 274, lett. c, c.p.p. (con l'elevazione a cinque anni della soglia della pena massima fissata per i reati ai quali può conseguire l'applicazione del carcere) e la interpolazione del comma 1 bis dell'art. 275 c.p.p. ove si esclude la detenzione carceraria in caso di prognosi di una condanna con pena inferiore a tre anni. Alla stessa filosofia sono ispirate le precedenti modifiche di cui all'art. 275 comma 4 c.p.p. ed all'art. 285 *bis* c.p.p. in tema di detenute madri.

Completano questa filosofia la previsione di un onere specifico di motivazione dell'applicazione del carcere in relazione all'impossibilità di ritenere adeguato a fronteggiare le esigenze cautelari l'applicazione degli arresti domiciliari con le procedure di controllo del braccialetto elettronico (art. 275, comma 3 bis, c.p.p.).

La terza linea dell'intervento de quo è riconducibile all'elaborazione della Commissione Canzio ed, in particolare, alle proposte dei lavori della sottocommissione che si è occupata di questa parte della riforma nel contesto di una più ampia riscrittura del codice di procedura penale (le altre parti riguardavano le indagini preliminari, i riti speciali, le impugnazioni).

L'obiettivo era quello di correggere alcune patologie del sistema anche alla luce di alcune pronunce delle Sezioni unite che non risultavano particolarmente condivise. Invero, non tutte le proposte sono state recepite in sede parlamentare: è stata stralciata dal governo l'ipotizzata modifica dell'art. 104 c.p.p. e non è stata accolta la proposta di abrogazione dei commi 1 bis e 2 ter dell'art. 275 c.p.p.

Sono stati, invece, condivisi dal Parlamento i suggerimenti in tema di attualità, oltre che di concretezza, delle esigenze cautelari (art. 274, comma 1, lett. b e c, c.p.p.), la non decisività della gravità del titolo del reato per il quale si procede, la possibilità del cumulo delle misure cautelari, al di fuori dei casi già previsti dagli artt. 276 e 307 c.p.p., sia nel momento genetico, sia in sede di sostituzione (artt. 275, comma 3 e 299, comma 4, c.p.p.); il netto superamento della possibilità delle motivazioni *per relationem*, richiedendosi una autonoma riflessione giustificativa da parte del giudice (art. 292, comma 2, lett. c e c bis, c.p.p.) e affidando ai poteri di controllo del tribunale della libertà un preciso potere di annullamento (art. 309, comma 9, c.p.p.); la previsione del termine di 10 giorni dal ricevimento degli atti, pena la perdita di efficacia della misura per la decisione anche in caso di annullamento da parte della Cassazione e rinvio al tribunale della libertà (riesame e appello) (art. 311, comma 5 bis, c.p.p.); la fissazione di un termine (tra i 30 e i 45 giorni), a pena di perdita di efficacia della misura, per il deposito della motivazione (art. 309, comma 10, c.p.p.).

L'ultima linea di lettura del provvedimento di riforma ha riguardato gli apporti riformatori introdotti dalle Commissioni Giustizia di Camera e Senato – con indicazioni non sempre coincidenti e in qualche caso divergenti –: al riguardo, si segnalano le previsioni in tema di richiesta da parte dell'imputato del differimento dell'udienza (art. 309, comma 9 bis, c.p.p., escludendosi, invece, l'ipotesi di poteri ufficiosi in materia, ipotizzati in prima lettura (art. 309, comma 9 bis, c.p.p.); il diritto dell'imputato di chiedere con il riesame di poter partecipare personalmente all'udienza (art. 309, commi 6 e 8 bis, c.p.p.); l'estensione delle previsioni del riesame delle misure cautelari personali anche alla procedura di riesame delle misure cautelari reali (art. 324, comma 7, c.p.p.), ma soprattutto sia la disposizione per la quale in caso di perdita di efficacia della misura la stessa non può essere reiterata, fatta salva l'ipotesi in cui sussistano eccezionali esigenze cautelari (art. 309 comma 10, c.p.p.), sia l'esclusione di una ipotesi specifica di responsabilità disciplinare in caso di mancato rispetto dei termini della decisione e della motivazione.

Vanno altresì segnalate, in questo contesto, la marginale modifica della disciplina dell'interrogatorio di garanzia nell'ipotesi di cui all'art. 289 c.p.p., nonché le nuove regole in tema di durata delle misure interdittive (art. 308 c.p.p.).

2.

Componendo il quadro nel quale queste linee di intervento sono confluite, si può affermare che l'elemento centrale, attorno al quale si articola la riforma può essere fatto risalire al rinforzato onere della motivazione sia del provvedimento cautelare (genetico) (art. 292 c.p.p.), sia di quello sottoposto a controllo (art. 309 c.p.p.). Il dato sottende significative implicazioni (anche al di là di quanto potrebbe dedursi in relazione al tema della responsabilità civile del magistrato: arg. ex l. n. 117 del 1988 come integrata dalla l. n. 18 del 2015).

Sotto il primo profilo, confluiscono nell'ordinanza cautelare tutti gli elementi racchiusi negli artt. 272 – 291 c.p.p.: cioè, i presupposti delle misure (indizi, esigenze, ipotesi di reato), la loro scelta, le situazioni escluse, quelle connesse agli sviluppi processuali e comportamentali del soggetto a cui si riferiscono.

Tutti questi elementi devono trovare riscontro nella motivazione dell'ordinanza, che deve essere oggetto di autonoma valutazione da parte del giudice che non potrà più (soltanto) richiamare il contenuto della richiesta del p.m. (o della p.g.), nonché ricopiare gli atti a supporto, ma dovrà "filtrare" i vari elementi nei presupposti fissati dal legislatore.

Questo dato – che si è arricchito nei presupposti e nella loro valutazione – sarà oggetto di controllo, sicuramente da parte del giudice che ha emesso la misura nell'interrogatorio di garanzia ma – se attivato – nel giudizio di riesame (art. 309, comma 9, c.p.p.).

Invero, nel tempo le garanzie difensive in materia cautelare, originariamente incentrate sul riesame (si pensi alla conoscenza degli atti) sono state progressivamente anticipate (arg. ex artt. 293 e 294 c.p.p., ex art. 291 comma 1 c.p.p. in tema di onere del p.m. di trasmettere al giudice gli elementi favorevoli, ex C. cost. n. 192 del 1997 in tema di copia degli atti; ex C. cost. n. 336

del 2008 in tema di diritto alla trasposizione su nastro magnetico delle intercettazioni).

Con questa riforma, significativamente il ruolo del riesame – va ribadito, se il difensore riterrà utile attivarlo – si rafforza, acquistando un “nuovo” ruolo e valenza.

Sono molti gli elementi che concorrono a questa conclusione.

In primo luogo, va sottolineato il diritto dell'imputato – che ne abbia fatto richiesta con il riesame – di partecipare all'udienza (art. 309, commi 6 e 8 *bis*, c.p.p.). Cercando di coordinare questo elemento con quanto disposto dall'art. 101 disp. att. c.p.p. dovrà ritenersi che in caso di mancata richiesta con la domanda di riesame, residuerà il diritto ad essere ascoltato alle condizioni ivi indicate, cioè, dal magistrato di sorveglianza, nel caso in cui il soggetto sia detenuto fuori distretto.

In secondo luogo, si prevede che, sempre l'imputato, possa chiedere il differimento dell'udienza in un arco temporale tra cinque e dieci giorni (art. 309, comma 9 *bis*, c.p.p.). La verosimile integrazione del materiale probatorio da parte della difesa, sia da parte dell'accusa, anche con materiale nuovo ma anche precedente e non depositato rafforzano l'idea che qui si intende sostenere. Per questa ragione l'assunto non è smentito dal fatto che analogo diritto non è conferito al p.m. (che comunque potrà introdurre elementi idonei a contrastare le argomentazioni difensive) ed è stato escluso – nei vari passaggi parlamentari – un potere d'ufficio (inizialmente ipotizzato).

Inoltre, come anticipato, si rafforzano i poteri di controllo del tribunale del riesame sulla motivazione del provvedimento: mirata sui nuovi oneri motivazionali da espletare autonomamente (art. 292, comma 2, lett. c e c *bis*, c.p.p.), con conseguente potere di annullamento, il dato sembra suggerire il riconoscimento di più ampi poteri di sindacato, considerando che le violazioni dell'art. 292 c.p.p., sono già sanzionate, fin dalla l. n. 332 del 1995, con la nullità rilevabile d'ufficio. Fino ad ora marginalizzato in relazione all'affermata possibilità di integrazione delle carenze del provvedimento cautelare, questo dovere officioso potrebbe trovare nuova linfa nel rafforzato ruolo del tribunale del riesame.

Infine, confermando il ruolo della motivazione nella procedura de qua si prevede – con una disposizione, per molti versi asistemica, ma giustificata anche dall'esigenza di correggere prassi debordanti ed incontrollabili – che la motivazione possa essere depositata entro 30 giorni (elevabili a 45 in presenza di una motivazione particolarmente complessa per il numero degli arrestati o la gravità delle imputazioni), pena la perdita di efficacia della misura (art. 309, comma 10, c.p.p.).

Sia in questo caso, sia nelle altre situazioni di perdita di efficacia delle misure, il provvedimento non potrà essere reiterato se non in presenza di motivate eccezionali esigenze cautelari (art. 309, comma 10, c.p.p.).

3.

I dati, seppur sommariamente esposti, consentono di affermare che sotto l'apparente aggiustamento dell'attuale disciplina, si possono prefigurare elementi di significativo rilievo e di possibile sviluppo del ruolo delle cautele e del giudizio di riesame nel sistema processuale che spetterà alle prassi consolidare o congelare.

Invero, per un verso, si tende a circoscrivere il raggio di operatività dello strumento cautelare, rendendone per un verso più stringenti i presupposti e giustificati i provvedimenti, con il carcere concepito come *extrema ratio* e comunque confinato in situazioni connotate dalla necessità; per un altro, si punta a fare del riesame uno strumento di stabilità e solidità del provvedimento restrittivo, considerato che la misura è stata disposta inizialmente senza contraddittorio.

La volontà di avere – in tempi non lunghi – un provvedimento “solido”, ferma restando la ricorribilità per Cassazione, giustificata dalla partecipazione dell'imputato, dai rinnovati poteri di controllo, dall'ampiezza dei termini per l'estrinsecazione di attività difensive, da tempi non ristretti per una motivazione verosimilmente ampia (e autonoma), ancorché legata ad una decisione (dispositivo) confinata nei dieci giorni, non può non innestare alcune ricadute di sistema, prima delle quali le implicazioni sulle richieste di revoca e di sostituzione che il giudice competente (quasi sempre monocratico) dovrà affrontare rispetto al contenuto di una motivazione collegiale sedimentata.

Sembra, invero, prefigurarsi una non impossibile sovrapposizione (e anticipazione, ancorché *rebus sic stantibus*) con il giudizio di responsabilità che, pur nella considerazione prognosti-

ca e proprio per questo, verrebbe anticipato. Invero, nella materia non difettano valutazioni che proiettano, sull'esito processuale, alcuni elementi di valutazione assunti nel momento genetico di applicazione della misura (si vedano, fra le altre, le previsioni di cui agli artt. 274, comma 1, lett. *b*, c.p.p. e 275, commi 2 e 2 *bis*, c.p.p. nonché, in qualche modo, anche il disposto di cui al comma 1 *bis* dell'art. 273 c.p.p. Considerazioni in linea possono essere sviluppate anche in relazione alle ricadute di C. cost. n. 336 del 2008 sull'art. 293 c.p.p., con il diritto alla trasposizione su nastro delle intercettazioni telefoniche.

Questa logica a "trazione anteriore", potrebbe avere significative ricadute in tema di richiesta di riti premiali: richieste di patteggiamento (anche in indagini preliminari), richieste di abbreviato e di messa alla prova (in questo caso tenuto conto dei limiti di pena e della condizione restrittiva personale) nonché, di possibile richiesta, da parte del p.m., dell'immediato custodiale (arg. *ex* art. 453, comma 1 *bis* e 1 *ter*, c.p.p.).

Il rinnovato ruolo della decisione cautelare e del giudizio di riesame, pone problemi in ordine alla incompatibilità del giudice cautelare nel giudizio di rinvio, superando i negativi orientamenti della Cassazione, rafforzati sia dal riconoscimento del termine di dieci giorni per la decisione, sia dal più ampio termine per elaborare le motivazioni (art. 311 comma 5 *bis* c.p.p.). Del resto, a qualche riflessione potrebbe indurre – nonostante la prudenza della Corte costituzionale – la recente dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 671 c.p.p. (C. cost. n. 283 del 2013).

Infine, tutte da scandagliare si presentano le possibili implicazioni sulla procedura *ex* art. 127 c.p.p. del riesame delle recenti decisioni della Corte costituzionale in tema di pubblicità delle procedure camerali (C. cost. n. 109 del 2015).

Considerato che l'attuazione dello strumento del riesame (ed in parte anche l'appello) è rimesso nella disponibilità dell'imputato e del suo difensore, spetterà a loro valutare l'opportunità di sollecitare la verifica del fondamento sotto i vari profili implicati dal provvedimento in esecuzione, ovvero di analizzare – nei tempi e nei modi ritenuti più adeguati – gli altri strumenti di verifica dell'attualità dei presupposti del provvedimento restrittivo.

UNA SINGOLARE ANTIFRASI: I “NUOVI” POTERI RESCINDENTI DEL TRIBUNALE DELLA LIBERTÀ

A proposito dell'interpolazione dell'art. 309, comma 9 c.p.p.
ad opera dell'art. 11 l. 16 aprile 2015, n. 47

Massimo Ceresa-Gastaldo

ABSTRACT

La recentissima modifica dell'art. 309, comma 9 c.p.p. ad opera dell'art. 11 l. 16 aprile 2015, n. 47, sembra ispirata dalla volontà di esigere dal giudice della misura coercitiva maggior rigore nella stesura della motivazione. In realtà, l'innovazione segna solo in apparenza un progresso: facendo ricorso alla tecnica dell'elencazione disgiuntiva tassativa, il legislatore della riforma riduce, anziché ampliare, il potere di annullamento del tribunale della libertà, limitandolo ai soli casi di mancanza della motivazione, o di mancanza dell'autonoma valutazione di esigenze cautelari, indizi ed elementi forniti dalla difesa. Risulta dunque ribadito il potere di “supplenza” del collegio, per differenza, in tutti gli altri casi di motivazione lacunosa (quale quello, assai diffuso, del silenzio sui criteri di scelta della misura). Con la conseguenza, secondo l'Autore, di rendere probabile la censura della Corte costituzionale.

SOMMARIO

1. Un intervento sorprendente. – 2. Motivazione cautelare assente o non “autonoma”. – 3. Motivazione carente: non specifica, incoerente, puramente assertiva, lacunosa. – 4. Il (preteso) potere sostitutivo del collegio *de libertate*. – 5. Ma non si voleva “rafforzare l'obbligo di motivazione”? – 6. Quel che ... è rimasto nella penna del legislatore. – 7. *Breaking point*.

1.

Un intervento sorprendente.

Non è facile comprendere se la recentissima riforma delle impugnazioni cautelari – e, in specie, l'interpolazione dell'art. 309, comma 9 c.p.p. operata dall'art. 11 l. 16 aprile 2015, n. 47 – sia la conseguenza di una intenzionale virata illiberale o, al contrario, l'infelice esito di un malacorto tentativo di intervenire sulla disciplina dei controlli *de libertate* con opposte intenzioni.

Quel che risulta evidente è che il risultato, voluto o meno, dell'operazione è un complessivo, assai netto deterioramento della funzione di controllo critico del riesame: un istituto che, da tempo, soffre di una profonda crisi di identità, essendo ormai percepito diffusamente più come pericoloso strumento di supporto dell'azione cautelare, autolesionisticamente attivato dallo stesso imputato, che quale effettivo presidio contro gli eccessi e gli abusi del potere cautelare; e che, con l'ultima manomissione legislativa – che sancisce definitivamente il ruolo di supplenza del tribunale della libertà di fronte al provvedimento restrittivo non adeguatamente motivato – rischia di venire relegato per sempre nella soffitta delle garanzie fittizie.

La previsione, ora inserita nel comma 9 dell'art. 309 c.p.p., secondo cui *“il tribunale annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'articolo 292, delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa”* produce un singolare effetto antifrastico: enfatizza il potere di annullamento per vizio della motivazione, per mirare in realtà al risultato opposto, ossia quello di ridurre pressoché a zero – appunto definendolo, ricorrendo alla tecnica dell'elencazione disgiuntiva tassativa – l'ambito d'intervento della decisione rescindente.

2.

Motivazione cautelare assente o non “autonoma”.

Che la totale assenza della parte giustificativa dell'ordinanza cautelare dovesse essere sanzionata dal tribunale con la declaratoria di nullità dell'atto, era circostanza pacifica, che persino la più severa giurisprudenza di legittimità non aveva dubbi a riconoscere (tra le altre: Cass., sez. VI, 10 gennaio 2000, Iadadi; Cass., sez. V, 7 dicembre 1999, Molinari; Cass., sez. I, 19 settembre 1997, p.m. in c. Piacenti), e che non pareva davvero necessario che il legislatore si scomodasse a ribadire.

Allo stesso modo, non sembrava così arduo (tanto da richiedere un duplice innesto nell'art. 292 e nell'art. 309 comma 9 c.p.p.) ammettere che la motivazione del giudice non “autonoma” rispetto alla richiesta cautelare formulata dal pubblico ministero si dovesse ritenere inconsistente e, dunque, imponesse l'annullamento del relativo titolo in sede di riesame. Perché possa dirsi esistente una motivazione occorre infatti “che sia riconoscibile un adeguato percorso argomentativo” che permetta di rilevare che il giudice “ha compiuto un effettivo vaglio degli elementi di fatto allegati, spiegando quale valenza dimostrativa essi posseggano e, perciò, quale sia la loro rilevanza ai fini dell'affermazione della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari con riferimento alla posizione di ciascun indagato destinatario della misura” (Cass., sez. VI, 24 maggio 2012, Di Sarno e altro).

L'ormai consolidato orientamento della Corte di cassazione nega che l'obbligo giustificativo del provvedimento sia soddisfatto (non solo quando la motivazione manca “in senso grafico”, ma anche) quando il giudice, limitandosi ad operare un rinvio al contenuto di altro atto del procedimento o a recepirne integralmente il contenuto (come ha affermato Cass., sez. II, 8 ottobre 2008, D'Amore), faccia ricorso a “mere clausole di stile” o all'uso di frasi apodittiche, senza dare contezza alcuna delle ragioni per cui abbia fatto proprio il contenuto dell'atto richiamato ovvero lo abbia considerato coerente rispetto alle sue decisioni” (così, tra le molte, le due decisioni appena richiamate, nonché Cass., sez. III, 15 luglio 2010, Lteri Lulzim; Cass., sez. IV, 14 novembre 2007, Benincasa; Cass., sez. III, 11 ottobre 2007, Verdesan; Cass., sez. IV, 8 luglio 2004, Chisari).

Insomma: il giudice che non facesse altro che riprodurre integralmente nel corpo della propria ordinanza il testo della richiesta cautelare, “senza dare dimostrazione di averne valutato criticamente il contenuto e di averne recepito il tenore perché funzionale alle proprie determinazioni”, emetterebbe un provvedimento invalido, inidoneo a superare il vaglio del

tribunale della libertà (Cass., sez. VI, sent. 24 maggio 2012, Di Sarno e altro, cit.; nello stesso senso Trib. Napoli, ord. 2 dicembre 2011, che, censurando il “copia e incolla” del giudice, aveva riconosciuto come nell’ordinanza cautelare “deve almeno riscontrarsi una sintetica enunciazione delle ragioni di adesione al ragionamento probatorio espresso nella richiesta”).

3.

Motivazione carente: non specifica, incoerente, puramente assertiva, lacunosa.

Meno agevole da individuare era, invece, il perimetro del potere di annullamento a fronte di una motivazione (graficamente esistente e “autonoma”, perché fisicamente presente e non acriticamente “appiattita” sulle ragioni dell’inquirente, ma) comunque viziata, perché ad esempio non specifica in tema di *periculum libertatis*, o incoerente rispetto ai riscontri investigativi, magari diffusamente e minuziosamente esposti ma non analizzati sul piano della effettiva rilevanza, o, ancora, puramente assertiva in ordine alla prognosi di colpevolezza o di punibilità in concreto della condotta contestata, o lacunosa nel dare conto del perché le asserite esigenze non possano essere soddisfatte con misure meno afflittive di quella disposta.

Patologie, queste, non lievi né rare, se persino nella Relazione sull’amministrazione della giustizia per l’anno 2012 del Primo Presidente della Corte di cassazione, Ernesto Lupo, si legge che *“le ordinanze cautelari e i provvedimenti di riesame continuano a essere caratterizzati da assoluto squilibrio tra la parte dedicata alla gravità indiziaria e la motivazione in punto di necessità cautelare, troppo spesso dedicando poche stereotipate parole alla valutazione d’inadeguatezza di misure attenuate, che di fatto continuano ad essere adottate in misura percentuale significativamente ridotta (in particolare per stranieri e indigenti)”*.

Che l’obbligo costituzionale di disporre limitazioni della libertà personale solo con “provvedimento motivato dell’autorità giudiziaria” sia riferito, nell’art. 13 comma 2 Cost., al momento genetico dell’atto coercitivo non può essere revocato in dubbio: vista l’immediata esecutività dell’ordinanza cautelare, che porta alla compromissione del diritto di libertà senza che, prima, si sia potuta realizzare alcuna forma di controllo in contraddittorio (e, dunque, anche l’eventuale integrazione della motivazione carente), non sono concepibili congegni giustificativi differiti, che pongano il soggetto già privato della libertà personale in grado di conoscere le ragioni dell’uso della forza sulla sua persona solo a valle del giudizio di controllo (quando, oltretutto, si è ormai esaurita la possibilità di contestare nel merito quelle ragioni).

Ciò che è del tutto fisiologico nell’appello contro la sentenza penale, dove è proprio l’effetto sospensivo (caratteristica, invero, tipica della decisione impugnata, prima ancora che del mezzo di impugnazione) a consentire la costruzione *in itinere* del provvedimento (che si perfeziona, ed acquista efficacia, appunto, solo al momento dell’irrevocabilità), è invece assolutamente bandito in tema di misure cautelari: ammettere la formazione progressiva della fattispecie (ossia l’integrazione in sede di controllo del titolo originariamente non conforme al modello normativo) significa, qui, accettare l’idea che un atto non ancora perfezionato possa ciò non di meno produrre effetti sulla sfera giuridica del destinatario, nell’attesa di una, oltretutto solo eventuale, occasione successiva in cui l’autorità giudiziaria potrà supplire all’inottemperanza iniziale, che resterà così del tutto priva di sanzione processuale.

Questa, invero, è la tesi che ha dominato in giurisprudenza sin dai primi anni ’80, quando l’istituto del riesame vide la luce e subito generò in sede applicativa una violenta “crisi di rigetto”.

Arrampicandosi, come spesso accade, sugli specchi della natura giuridica del mezzo, definito un gravame proprio per lasciare “mano libera” al collegio della libertà (ma confondendo in realtà il piano della devoluzione cognitiva con quello dei poteri decisori del tribunale, incontrovertibilmente tipici di un giudizio critico sul provvedimento, e non di una autonoma ridefinizione *ex novo* della questione cautelare), e valorizzando strumentalmente l’ambiguo passaggio dell’art. 309, comma 9 c.p.p., secondo cui il tribunale può confermare l’ordinanza coercitiva “per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso”, molte decisioni di legittimità hanno escluso che il collegio della libertà abbia il potere di annullare un’ordinanza cautelare non conforme ai dettami dell’art. 292 c.p.p., quando questa possa essere “salvata” riscrivendone la parte giustificativa (Cass., sez. II, 30 novembre 2011,

p.m. in c. Romano ed altro; Cass., sez. III, 2 febbraio 2011, p.m. in c. D'Agostino; Cass., sez. II, 21 novembre 2006, p.m. in c. Montuori). E questa particolare forma di complementarietà tra le due decisioni (quella controllata e quella di controllo) è stata riconosciuta persino quando le “ragioni diverse” emergono dagli elementi sfavorevoli prodotti dal pubblico ministero solo successivamente all'esercizio dell'azione cautelare, operando nel corso dell'udienza la *discovery* di atti investigativi prima non allegati (Cass., sez. III, 25 giugno 2010, Ricci).

Non sono però mancate riflessioni più attente, rigorosamente orientate a censurare gli atti cautelari privi della necessaria specificità e concretezza in tema di esigenze cautelari e di indizi a sostegno della misura disposta (Cass., sez. VI, 14 giugno 1994 Vagliani), che hanno portato a riconoscere in queste lacune altrettante cause di nullità dell'ordinanza, non “sanabili” dal tribunale in funzione di supplenza dell'organo emittente, e a ribadire che il presupposto del potere di conferma per “ragioni diverse” da quelle espone nel provvedimento impugnato è comunque la effettiva presenza, nell'atto cautelare, di motivate ragioni (Cass., sez. III, 27 ottobre 1995, Camillacci; Cass., sez. II, 8 marzo 1995, Franchi; Cass., sez. V, 15 gennaio 1997, Giorgeri; Cass., sez. IV, 27 novembre 1997, Kass).

4.

Il (preteso) potere sostitutivo del collegio *de libertate*.

Va peraltro ricordato che questo secondo indirizzo interpretativo ha ricevuto l'avallo della stessa Corte costituzionale (C. cost., ord. 6-25 marzo 1996, n. 101), che ha dichiarato manifestamente inammissibile, proprio perché fondata su di una lettura giurisprudenziale non costante, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 309 comma 9 c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3 comma 1 e 24 comma 2 Cost., “nella parte in cui prevede che il tribunale del riesame possa confermare il provvedimento impugnato per ragioni diverse da quelle enunciate nella motivazione dello stesso, anche nell'ipotesi della rilevata nullità per vizio di motivazione del provvedimento”; secondo la Corte questa interpretazione della disposizione codicistica, per quanto prevalente, “non rappresenta una soluzione ermeneutica costante nella giurisprudenza di legittimità”, ove sono individuabili prese di posizione a favore dell'annullamento dell'atto radicalmente invalido per difetto della doverosa motivazione, “non potendosi configurare in capo [al tribunale della libertà] un potere ‘sostitutivo’ quanto all'emissione di un valido provvedimento che potrà, se del caso, essere adottato dal medesimo organo la cui decisione è stata annullata”.

Né l'orientamento del Giudice delle leggi può dirsi oggi mutato, visto che la più recente sentenza n. 270/2014 (C. cost. 18 novembre – 3 dicembre 2014, n. 270) non è entrata nel merito della questione sollevata, in termini analoghi, da due ordinanze del Tribunale del riesame di Brescia (comunque riferita, in entrambe le vicende, all'ipotesi della motivazione integralmente ed acriticamente riproduttiva della richiesta cautelare), essendosi la Corte limitata a riconoscere come, nel caso, la questione relativa alla dedotta nullità dell'atto cautelare per difetto di motivazione non doveva formare oggetto della cognizione del giudice rimettente (il quale, in quanto giudice di rinvio dopo l'annullamento, su ricorso del pubblico ministero, delle ordinanze di riesame, non era più chiamato a fare applicazione delle disposizioni denunciate).

5.

Ma non si voleva “rafforzare l'obbligo di motivazione”?

Se, dunque, un intervento correttivo si rendeva necessario, questo era evidentemente nel segno del rafforzamento della garanzia della motivazione, soprattutto attraverso l'eliminazione di quelle ambiguità dell'enunciato normativo che hanno consentito, come si è visto, la sostanziale obliterazione da parte della giurisprudenza maggioritaria del dovere di motivare, rigorosamente e compiutamente, l'atto coercitivo sin dalla sua adozione.

Questa, del resto, pare essere l'intenzione che ha animato il legislatore, almeno a dare ascolto alle convincenti espressioni di genuino garantismo pronunciate dai proponenti e dai sostenitori dell'intervento normativo, che spiegano come “*la filosofia complessiva*” della riforma sia quella di “*una maggiore responsabilizzazione del giudice cautelare, al quale spetta di dare conto nella motivazione delle scelte compiute. La motivazione del provvedimento cautelare diviene così*”

il perno dell'intero sistema. La ragionevolezza della restrizione della libertà dell'accusato si misura interamente all'interno della giustificazione offerta dal giudice. La motivazione costituisce dunque la garanzia essenziale di tutela della libertà ed un freno all'uso disinvolto della restrizione carceraria prima della condanna definitiva. È necessario perciò offrire una disciplina di controllo del provvedimento cautelare che sia adeguata al maggiore protagonismo cui assurge la giustificazione del provvedimento nel contesto delle modifiche proposte" (così l'on. A. Rossomando, in Camera dei Deputati, XVII legislatura, discussioni, seduta 9 dicembre 2013, n. 134, testo integrale della Relazione in sede di discussione sulle linee generali della p.d.l. n. 631-A ed abbinate).

Parole che riecheggiano quelle pronunciate dal presidente Commissione ministeriale di studio in tema di processo penale, Giovanni Canzio, chiamato ad illustrare alla Commissione Giustizia della Camera i risultati raggiunti sul punto dalla sottocommissione "misure cautelari" coordinata da Giulio Illuminati (presentati poco prima al Ministero della Giustizia, il 22 luglio 2013): *"l'intervento di maggior rilievo è ... quello che parte da una considerazione su come rafforzare l'obbligo di motivazione del provvedimento genetico della misura cautelare attraverso un controllo reale e sostanziale da parte del giudice del riesame. Abbiamo ritenuto che continuare a consentire al giudice del riesame di poter integrare comunque la motivazione carente del giudice che emette la misura, falsi il compito di controllo, di verifica che spetta al tribunale del riesame e, soprattutto, deresponsabilizzi il giudice nella parte in cui deve motivare sugli elementi fondamentali, cioè la gravità indiziaria, le esigenze cautelari e gli elementi forniti dalla difesa che devono essere presi in considerazione"* (Camera dei Deputati, XVII Legislatura, II Commissione, indagine conoscitiva sulle p.d.l. n. C. 631 Ferranti e C. 980 Gozi, seduta 23 ottobre 2013).

6.

Quel che ... è rimasto nella penna del legislatore.

E proprio del "progetto Canzio" è in larga misura tributario l'art. 11 L. 47/2015, inserito dalla II Commissione Giustizia della Camera nel nuovo testo-base adottato, il 24 ottobre 2013, all'indomani della conclusione dell'indagine conoscitiva appena ricordata.

Tuttavia, contrariamente a quanto ci si sarebbe potuto aspettare, alla dichiarata comunanza di vedute non ha fatto seguito altrettanta sintonia sul fronte della traduzione del pensiero in norma.

Il testo "recepito" si differenzia, infatti, da quello di riferimento per un aspetto assai significativo: la proposta di modifica elaborata dalla "Commissione Canzio" prevedeva saggiamente e coerentemente di elidere dalla disposizione il riferimento al potere di conferma "anche per ragioni diverse da quelle indicate nell'ordinanza"; e ciò, com'è chiaro, per dare al potere di annullamento del tribunale massima espansione, sgombrando il campo dagli equivoci generati nei decenni dall'inciso contenuto nell'art. 309, comma 9 c.p.p.

Di questo importante passaggio non si trova invece traccia (né nei lavori parlamentari, né, ovviamente) nella disposizione approvata dal Parlamento, con il sorprendente effetto di cui si diceva in apertura: al di là dei proclami, la novella sancisce il definitivo tramonto nel diritto positivo dell'essenziale garanzia costituzionale, consentendo all'atto coercitivo di venire adottato ed eseguito in violazione dell'art. 292 c.p.p., senza che a ciò consegua (eccettuati i casi di clamorosa assenza o mera "apparenza") alcuna sanzione.

All'ineccepibile asserzione secondo cui *"la centralità della motivazione esige forme di controllo più intense, che portino all'annullamento della misura quando la giustificazione risulti sostanzialmente inadeguata a sorreggerla"* (A. Rossomando, Relazione, cit.), corrisponde dunque curiosamente il risultato opposto: la pedissequa traduzione normativa della tesi giurisprudenziale più lassista in tema di garanzie, che concepisce il tribunale della libertà come organo vassallo della funzione cautelare.

7.

Breaking point.

Forse, però, ha un (inconsapevole) pregio questo "incidente" legislativo.

Forzando così apertamente il rapporto tra la norma codicistica e l'obbligo costituzionale di motivare il ricorso alla coercizione personale il legislatore ha probabilmente raggiunto in que-

sta occasione il *breaking point*, mettendo a nudo l'incompatibilità con i principi fondamentali del teorema della "motivazione integratrice".

Si può dunque ora sperare che, risollecitati sul punto, il Giudici di palazzo della Consulta non abbiano più le remore che nel 1996 impedirono la censura (ipotizzando, come si è ricordato, una possibile lettura alternativa della disposizione, oggi all'evidenza preclusa) e decretino finalmente l'espulsione dalla disciplina cautelare di questo anomalo potere suppletivo, che non è altro che un adempimento tardivo, una intollerabile "sanatoria" dell'inosservanza da parte del giudice procedente del disposto (tanto esigente quanto, oggi, *inutiliter dato*) dell'art. 292 c.p.p.

LE ULTIME RIFORME DEL PROCESSO PENALE: UNA PRIMA RISPOSTA ALL'EUROPA

Testo riveduto della relazione tenuta al convegno internazionale “*Forum procesalista*”
(Università di Salamanca, 20 novembre 2014)

Giulio Illuminati

ABSTRACT

La relazione fa riferimento agli interventi di urgenza del legislatore negli anni 2012-2014, che intendevano porre rimedio ai maggiori punti di contrasto del nostro sistema di giustizia penale con i principi fondamentali più volte enunciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di ragionevole durata del processo e di trattamento dei detenuti. Queste vistose carenze, eccessiva durata dei processi penali e sovraffollamento carcerario, sono strettamente interconnesse, poiché sul numero totale dei detenuti incide in maniera significativa la percentuale di coloro che sono in attesa di giudizio, mentre la custodia in carcere tende a trasformarsi nel surrogato di una pena destinata spesso alla ineffettività. Vengono prese in esame le riforme intese a risolvere, almeno in parte, una situazione diventata intollerabile: dalle modifiche alla disciplina sul risarcimento per eccessiva durata del processo, ai provvedimenti cosiddetti “svuotacarceri”, fino alle nuove norme in tema di sospensione del processo nei confronti degli irreperibili e all'introduzione della messa alla prova come strumento di *diversion*. Le scelte operate vanno nella giusta direzione, ma resta necessario incidere in maniera più decisa sui problemi strutturali della giustizia penale.

1.

La giustizia penale italiana soffre di due principali problemi, in parte connessi fra loro: l'eccessiva durata del processo e il sovraffollamento carcerario. L'Italia è sotto osservazione del Consiglio d'Europa per entrambi i motivi. Nel processo penale, il collegamento fra sovraffollamento ed eccessiva durata si apprezza facilmente ove si consideri che circa il quaranta per cento dei detenuti si trova in stato di custodia cautelare, non essendo ancora intervenuta una condanna definitiva.

Da questa situazione deriva una sostanziale ineffettività della sanzione penale e la conseguente perdita di senso dell'esecuzione della pena, che si indebolisce anche perché ha luogo a molti anni di distanza dalla commissione del reato. Ciò induce inevitabilmente ad attribuire alla carcerazione in corso di giudizio – per scongiurare vuoti di tutela – una funzione sostitutiva della pena, della quale costituisce in via di fatto un'anticipazione, nonostante la proclamazione costituzionale della presunzione di non colpevolezza fino alla condanna definitiva (art. 27 comma 2 Cost.) che la vieterebbe, e nonostante che la custodia in carcere, stando alla lettera della legge, sia consentita soltanto in presenza delle specifiche esigenze cautelari indicate dall'art. 274 c.p.p. Nelle motivazioni dei provvedimenti in materia, lo scopo di anticipare la pena non è mai espressamente menzionato, ma spesso traspare dagli argomenti utilizzati; e non sono poche le disposizioni del codice – specie quelle sopravvenute alla riforma del 1989 – dalle quali si può desumere l'intenzione del legislatore di favorire tale orientamento, anche derogando alle affermazioni di principio che imporrebbero che il carcere preventivo fosse impiegato come *extrema ratio*.

Per uscire dall'*impasse*, da qualche tempo si è ricominciato a parlare della necessità di una nuova riforma organica del codice di procedura penale del 1989, che nei venticinque anni dall'entrata in vigore non ha portato a risultati soddisfacenti in termini di efficienza del processo, ed ha inoltre subito numerose manipolazioni che ne hanno progressivamente sfigurato il disegno originario. Tuttavia, non sembra che allo stato ci siano le condizioni politiche, né i tempi, per mettere mano ad un nuovo codice. Si continua così, in nome dell'emergenza – determinata anche, come diremo, dagli *ultimatum* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo – con interventi estemporanei e frammentari, non sistematici e spesso tecnicamente male coordinati. L'attivismo del legislatore negli ultimi anni è stato comunque notevole, e di questo cercheremo di dar conto.

2.

Come dicevamo, l'Italia è sotto osservazione del Consiglio d'Europa per i difetti strutturali del suo sistema di giustizia penale.

Già nel 2007 il Comitato dei Ministri aveva sollecitato le autorità italiane ad impegnarsi politicamente per risolvere il problema dell'eccessiva durata dei procedimenti – indicato come grave pericolo per lo Stato di diritto consacrato nella Convenzione Europea – invitando ad intraprendere un'azione interdisciplinare allo scopo di tracciare una strategia efficace¹.

L'inefficienza è particolarmente evidente nel processo civile, con le conseguenze negative sull'economia nazionale che è facile immaginare, ma non è meno significativa nella giustizia penale, data la rilevanza dei diritti individuali in gioco. La durata media di un processo penale in Italia è molto vicina a quello che, secondo l'orientamento che emerge dalla giurisprudenza della Corte Europea, è il limite massimo oltre il quale l'inosservanza della durata ragionevole non ha bisogno di essere provata nel caso concreto². Quando la durata supera i tre anni per il giudizio di primo grado, due anni per il giudizio d'appello e un anno per quello di legittimità, la violazione dell'art. 6 n. 1 CEDU tendenzialmente si presume; senza pregiudizio, peraltro, per la possibilità di accertare di volta in volta che un ritardo anche inferiore sia ingiustificato, dovendosi comunque prendere in considerazione i criteri enunciati in via generale dalla Corte: vale a dire la complessità della fattispecie, il comportamento delle parti, il comportamento del giudice del procedimento e delle altre autorità pubbliche coinvolte.

¹ *Interim Resolution CM/ResDH(2007)2 concerning the problem of excessive length of judicial proceedings in Italy*, adottata dal Comitato dei Ministri il 17 febbraio 2007. Analoghe preoccupazioni sono ribadite negli anni successivi con le risoluzioni *CM/ResDH(2009)42* e *CM/ResDH(2010)224*.

² A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, Giuffrè, Milano, 2014, p. 96 s.; M. DE STEFANO, *La lunghezza della durata dei processi in Italia condannata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *www.dirittiuomo.it*. Aderisce in linea di massima alle indicazioni della Corte Europea anche la Corte di cassazione: Cass. civ., sez. I, 29 marzo 2010, n. 7559. *Corte Eur.*, 28 luglio 1999, *Bottazzi c. Italia*.

L'Italia ha subito negli anni un tale numero di condanne per violazione del termine ragionevole, da indurre la Corte Europea a concludere che si trattava di una situazione perdurante per la quale nessun rimedio era stato predisposto³. Come conseguenza, le condanne dell'Italia per questo motivo erano diventate pressoché automatiche, fino all'emanazione della l. 24 marzo 2001, n. 89, che ha introdotto un ricorso interno per il risarcimento per l'eccessiva durata del processo. Ma la stessa legge del 2001 era stata giudicata un rimedio inadeguato dalla Corte⁴, che negli anni successivi è stata investita anche della questione della lentezza della stessa procedura di risarcimento e del ritardo nei pagamenti, questione che ha condotto all'accertamento di nuove violazioni dell'art. 6 n. 1 CEDU⁵.

La legge n. 89 del 2001 è stata successivamente modificata dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha semplificato la procedura di risarcimento, per renderla più veloce, e ha espressamente previsto che si considera rispettato il termine ragionevole se il giudizio viene definito in modo irrevocabile in un tempo non superiore a sei anni; contemporaneamente sono state introdotte nuove cause di inammissibilità della domanda e sono stati fissati parametri automatici per determinare l'entità del risarcimento, allo scopo di ridurre l'aggravio per le casse dello Stato. La situazione, comunque, è ben lontana dall'essere normalizzata, e restano ancora dubbi sulla compatibilità del sistema con i principi enunciati dalla Corte Europea.

Per quanto riguarda il sovraffollamento carcerario, ha fatto molto scalpore la recente sentenza della Corte Europea che ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU, a causa del trattamento «inumano e degradante» al quale erano sottoposti i detenuti: i ricorrenti erano reclusi in celle nelle quali potevano usufruire di soli tre metri quadrati di spazio ciascuno⁶. Per la verità non si trattava della prima pronuncia in tal senso⁷: ma la sentenza citata si è imposta all'attenzione generale ed è finita al centro della discussione politica soprattutto perché ha affermato, applicando la procedura delle sentenze pilota prevista dall'art. 61 del regolamento della Corte⁸, il carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento, ed ha assegnato allo Stato italiano un anno di tempo per predisporre rimedi adeguati allo scopo di diminuire il numero dei detenuti. La Corte invitava a prevedere, in particolare, l'applicazione di pene non privative della libertà personale in alternativa a quelle detentive, e l'adozione di misure per ridurre al minimo l'impiego della custodia cautelare in carcere, chiedendo inoltre allo Stato di istituire un ricorso o un insieme di ricorsi interni effettivi, tali da garantire forme di riparazione adeguate e sufficienti nei casi di sovraffollamento penitenziario che esponessero l'individuo a trattamenti inumani. Per gli effetti dell'art. 46 CEDU la sorveglianza sull'esecuzione della sentenza è demandata al Comitato dei Ministri⁹.

Nella motivazione, la Corte non ha mancato di sottolineare l'alta percentuale, sul totale, di detenuti in attesa di sentenza definitiva. Bisogna peraltro tener conto del fatto che in Italia una parte significativa dei detenuti in custodia cautelare risulta già condannata con sentenza sottoposta ad impugnazione, e perciò non ancora esecutiva. Questo riguarda anche le sentenze di condanna confermate in appello, nei confronti delle quali è stato proposto ricorso per cassazione: nel sistema italiano – a differenza di altri – una condanna non può essere eseguita prima che sia divenuta irrevocabile, perché lo si deve ritenere vietato dal citato art. 27 comma 2 Cost. Inoltre le impugnazioni risultano favorite dalla legge, che prevede condizioni di

³ Corte Eur., 27 marzo 2003, *Scordino c. Italia*.

⁴ Corte Eur. 21 dicembre 2010, *Gaglione e altri c. Italia*.

⁵ Corte Eur., 8 gennaio 2013, *Torreggiani e altri c. Italia*.

⁶ Già nel caso *Sulejmanovic c. Italia*, 16 luglio 2009, la Corte Europea aveva accertato analoga violazione, utilizzando come parametri di riferimento quelli indicati dalle linee guida del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti (CPT), che indicano in 7 metri quadrati la superficie auspicabile di cui ciascun detenuto deve poter disporre all'interno della propria cella. Sebbene non sia possibile, secondo la Corte, fissare in maniera certa e definitiva lo spazio che deve essere riconosciuto a ciascun detenuto ai termini della Convenzione, la mancanza evidente di spazio personale, quando questo è inferiore ai tre metri quadrati, costituisce *in re ipsa* violazione dell'art. 3 CEDU, relativo al divieto di trattamenti inumani e degradanti.

⁷ Articolo introdotto dalla Corte Europea il 21 febbraio 2011.

⁸ Dopo un anno, la decisione del Comitato dei ministri del 5 giugno 2014 ha riconosciuto l'impegno delle autorità italiane per la soluzione del problema e le misure strutturali già adottate, rinviando al giugno 2015 l'esame della questione al fine di una completa valutazione dei progressi ottenuti. Analogo riconoscimento è giunto successivamente dalla Corte Europea, nel dichiarare irricevibili i ricorsi proposti, per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne nel frattempo introdotte (Corte Eur., 16 settembre 2014, *Stella e altri c. Italia*; Corte Eur., 16 settembre 2014, *Resepsi e altri c. Italia*).

⁹ Sulla utilizzazione della norma convenzionale, come interpretata dalla Corte Europea, in qualità di «norma interposta» che dà contenuto agli «obblighi internazionali» evocati dall'art. 117 Cost., si rinvia alle sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 della Corte costituzionale.

ammissibilità molto ampie, e al tempo stesso non sospendono il termine di prescrizione dei reati, che continua a trascorrere a tutto vantaggio dell'imputato: tanto che per le sentenze di condanna l'appello e il ricorso per cassazione rappresentano, nella maggior parte dei casi, un passaggio pressoché obbligato.

Ciò nondimeno, anche a voler disaggregare il dato relativo ai soli detenuti in attesa di primo giudizio, la percentuale di quelli in custodia cautelare resta elevata, ed aumenta sensibilmente nelle circoscrizioni dei grandi uffici giudiziari metropolitani, nei quali il carico di lavoro è molto più elevato: ad evidente riprova del fatto che il sovraffollamento carcerario dipende in misura rilevante dall'eccessiva durata dei processi penali.

3.

Sul piano dell'ordinamento interno, la questione del sovraffollamento è stata portata davanti alla Corte costituzionale, sia pure in maniera indiretta: l'eccezione di illegittimità riguardava l'art. 147 c.p. nella parte in cui non prevede, fra i casi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena, che siano considerate le condizioni in cui la stessa dovrebbe svolgersi. Il riferimento testuale è al divieto di «trattamenti contrari al senso di umanità» di cui all'art. 27 comma 3 Cost.; ma viene denunciata anche la violazione della Convenzione Europea, entrata a far parte dei parametri di costituzionalità per il tramite dell'art. 117 Cost. che impone di osservare gli obblighi internazionali¹⁰. La questione è stata dichiarata inammissibile, in quanto esula dai poteri della Corte costituzionale indicare quale fra le possibili soluzioni normative debba essere adottata; ciò non ha tuttavia impedito alla Corte, richiamando anche gli argomenti sviluppati dalla giurisprudenza europea, di riconoscere l'effettiva sussistenza della violazione denunciata¹¹.

Data la situazione di conclamata urgenza, il governo italiano è intervenuto qualche mese dopo la sentenza Torreggiani con un decreto legge destinato a ridurre subito la popolazione carceraria, conosciuto come «svuota-carceri»¹² (d.l. 1° luglio 2013, n. 78, convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 94). Fra le modifiche più significative sotto il profilo processuale, volte a limitare l'ingresso in carcere, sia degli imputati, sia dei condannati, si segnala la riduzione dei casi di applicabilità della misura cautelare della custodia in carcere, attraverso l'innalzamento del limite di pena previsto, per i delitti che la consentono, da un massimo di quattro anni ad un massimo di cinque anni di reclusione (art. 280 comma 2 c.p.p.). Al tempo stesso, con riferimento alla fase dell'esecuzione, viene ampliata la possibilità di disporre la liberazione anticipata del condannato, che può avere luogo anche prima che lo stesso abbia iniziato a scontare la pena; ed è stata ampliata l'operatività della sospensione dell'ordine di esecuzione delle condanne (art. 656 commi 4-*bis* e 5 c.p.p.).

Successivamente, sempre con decreto legge (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito nella l. 21 febbraio 2014, n. 10, recante «*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*»), oltre ad alcune disposizioni volte ad ampliare l'ambito di applicazione delle misure alternative al carcere e dei benefici penitenziari, sono stati introdotti dei rimedi compensatori come quelli richiesti dalla Corte Europea, con l'istituzione del «Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale» e con la previsione di un nuovo procedimento giurisdizionale, davanti al magistrato di sorveglianza, finalizzato a garantire ai detenuti la possibilità di un ricorso a tutela dei propri diritti. La nuova disciplina è stata poi integrata dal d.l. 26 giugno 2014, n. 92, convertito nella l. 11 agosto 2014, n. 217, che si riferisce precisamente alla riparazione del pregiudizio consistente in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 CEDU, come interpretato dalla Corte Europea. In tale ipotesi, su istanza del detenuto, il magistrato di sorveglianza dispone, a titolo di risarcimento, una riduzione della pena ancora da espiare pari ad un giorno per ogni dieci nei quali il pregiudizio è stato subito; o, se ciò non è possibile, la liquidazione di una somma di 8 euro per ciascuno di tali giorni. La stessa regola vale quando si tratta di custodia cautelare in carcere che non sia detraibile dalla pena da espiare, e l'azione va proposta davanti al tribunale.

Quanto ai provvedimenti che dispongono la custodia cautelare in carcere, la l. n. 10 del

¹⁰ Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279.

¹¹ La denominazione ufficiale è «*Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena*».

¹² Art. 16 comma 2 d.l. 24 novembre 2000 n. 341, convertito nella l. 19 gennaio 2001, n. 4.

2014, di conversione del citato d.l. n. 146 del 2013, ha modificato i presupposti per l'impiego del "braccialetto elettronico" (art. 275-*bis* c.p.p.) allo scopo di incentivare, con l'aiuto sistematico di questo strumento di controllo, l'applicazione degli arresti domiciliari come misura sostitutiva. Occorre evidenziare che l'art. 275-*bis*, che appunto prevede il braccialetto elettronico, era stato introdotto già nel 2000¹³, ma da allora, nell'arco di oltre dieci anni, aveva incontrato una utilizzazione praticamente nulla da parte dei giudici, per varie ragioni, non escluse le difficoltà pratiche nella gestione dello strumento. Infine, sempre con il successivo d.l. n. 92 del 2014, è stato riformulato l'art. 275 comma 2-*bis* c.p.p. per escludere – salvo casi particolari – che il giudice possa applicare la misura della custodia cautelare in carcere quando ritenga che all'esito del giudizio la pena irrogata non sarà superiore a tre anni.

Al di là di questi interventi mirati ed urgenti, inoltre, la disciplina delle misure cautelari continua ad essere oggetto di attenzione del parlamento: un progetto di legge di riforma della materia (approvato dalla Camera dei deputati il 9 gennaio 2014) è attualmente in discussione al Senato. Questa riforma non sarà comunque risolutiva con riferimento ai problemi di sovraccollamento, anche se ne usciranno rafforzate le garanzie individuali. Una immediata riduzione della popolazione carceraria è già stata realizzata con le prime specifiche modifiche legislative menzionate, e nella situazione attuale non sembra possibile ottenere di più, almeno in tempi brevi. Va considerato che nel primo anno la riduzione del numero di detenuti è stata consistente, aggirandosi intorno al quindici per cento del totale¹⁴. Passi ulteriori potranno essere fatti solo cercando di aggredire le cause di fondo dell'inefficienza del sistema.

4.

Contemporaneamente sono state avviate riforme di tipo strutturale, miranti da un lato a modificare il sistema delle pene (specialmente per i reati di minore gravità), dall'altro a ridurre il sovraccarico del processo penale, per migliorarne il rendimento complessivo.

La l. 28 aprile 2014, n. 67, contiene anzitutto (art. 1) una delega al governo per la riforma delle pene detentive non carcerarie, che contempla l'introduzione, tra le pene principali, della reclusione domiciliare e dell'arresto domiciliare, destinati a sostituire automaticamente le pene carcerarie per i reati puniti con la reclusione o l'arresto non superiore nel massimo a tre anni. Nella medesima delega si prevede anche l'introduzione dell'irrelevanza del fatto come causa di non punibilità per i reati per i quali è prevista una pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni. L'art. 2 della legge, a sua volta, delega al governo la riforma dell'intera disciplina sanzionatoria dei reati e la contestuale introduzione di sanzioni amministrative e civili, accompagnata dalla depenalizzazione di una serie di fattispecie incriminatrici e più in generale di tutti i reati – con l'eccezione di alcune materie – per i quali sia prevista la sola pena della multa o dell'ammenda.

Immediatamente applicabili, viceversa, sono gli articoli della l. n. 67 del 2014 (capo II e III) che introducono modifiche al codice di procedura penale.

La modifica più rilevante riguarda l'abolizione della contumacia. Il processo in contumacia era istituito tradizionale nell'ordinamento italiano, sul modello di quello francese, ed era stato mantenuto anche dopo la riforma del codice in senso tendenzialmente accusatorio. La partecipazione dell'imputato al processo, anche se si trova in stato di privazione della libertà personale, non è mai obbligatoria: tanto che l'accompagnamento coattivo dell'imputato in giudizio è consentito solo quando si tratta di assumere una prova – diversa dall'esame – per la quale è necessaria la sua presenza fisica (art. 490 c.p.p.). Pertanto l'imputato può liberamente rinunciare a comparire, o allontanarsi in qualunque momento, e il processo si celebra ugualmente: sotto questo profilo, si tratta di una possibile manifestazione del diritto di difesa.

Resta inviolabile, naturalmente, il diritto di partecipare al processo: espressamente menzionato dall'art. 14 n. 3 lett. d) del Patto internazionale sui diritti civili e politici, esso si deve ritenere implicitamente riconosciuto anche dalla Convenzione Europea, il cui art. 6 prevede per l'accusato una serie di diritti, l'esercizio dei quali presuppone la sua presenza¹⁵. Il problema

¹³ Dalla *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2014* del primo presidente della Corte di cassazione G. Santacroce si ricava che il numero dei detenuti presenti in carcere al 31 dicembre 2014 è passato da 62.536 a 53.263 (p. 109).

¹⁴ Corte Eur., 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*.

¹⁵ Corte Eur., 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*. Fra le decisioni successive, di analogo tenore, oltre a *Sejdovic c. Italia*, cit., si possono menzionare Corte Eur., 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*; Corte Eur., 14 settembre 2006, *Booker c. Italia*; Corte Eur., 12 giugno 2007, *Pititto c. Italia*.

principale, com'è ovvio, è assicurare che l'imputato sia consapevole del processo a suo carico e che la mancata partecipazione dipenda inequivocabilmente da una sua scelta o dall'intenzione di sottrarsi alla giustizia.

Proprio sotto questo profilo la Corte Europea ha ripetutamente censurato il sistema italiano, a partire dal 1985, quindi ancora in epoca precedente all'entrata in vigore del nuovo codice, che tuttavia non ha posto rimedio alla situazione. Pur ammettendo che il riconoscimento del diritto dell'imputato di partecipare al processo non implica un'assoluta inammissibilità di un giudizio *in absentia*, la Corte ha ritenuto insufficienti gli strumenti previsti – spesso fondati su presunzioni prive di base fattuale – per accertare l'effettiva conoscenza da parte dell'imputato dell'esistenza di un procedimento nei suoi confronti¹⁶. Tale conoscenza, secondo la Corte, può essere dimostrata o dall'avvenuta consegna di un avviso ufficiale, che risponda a condizioni di forma e di sostanza che garantiscano l'effettivo esercizio dei diritti; o quanto meno da un comportamento dal quale si possa desumere in modo univoco una qualche conoscenza da parte dell'imputato (come ad esempio se dichiara pubblicamente di non voler partecipare o sfugga ad un tentativo di arresto), tale non essendo il semplice stato di irreperibilità o di latitanza.

La giurisprudenza sopra ricordata lamentava inoltre l'assenza di un rimedio restitutorio, consistente nella celebrazione di un nuovo giudizio che ponga il soggetto, nella misura più ampia possibile, in una condizione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato qualora il suo diritto di partecipare al processo fosse stato rispettato.

La nuova disciplina intende dichiaratamente allinearsi alle indicazioni della Corte Europea, rendendo più rigorosi i presupposti del procedimento in assenza dell'imputato (art. 420-bis c.p.p.). Perché si possa procedere è richiesto che l'imputato non comparso abbia espressamente rinunciato di assistere all'udienza, o che abbia ricevuto personalmente la notificazione dell'avviso dell'udienza: in entrambi i casi si ha la certezza della sua conoscenza del processo.

Tuttavia, il legislatore ha anche elaborato degli indicatori dai quali tale conoscenza si desume, anche se non sempre in maniera inequivocabile. Si procede in assenza quando l'imputato nel corso del procedimento abbia dichiarato o eletto domicilio, sia stato fermato, arrestato o sottoposto a misura cautelare, abbia nominato un difensore di fiducia. Più generici e perciò soggetti a valutazione discrezionale gli altri presupposti: che risulti comunque con certezza che l'imputato è a conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla conoscenza del procedimento o ad atti del medesimo.

La maggiore novità, comunque, è rappresentata dal fatto che se mancano i presupposti per procedere in assenza il processo deve essere sospeso. Se dunque l'imputato è irreperibile e non risulta la sua conoscenza, diretta o indiretta, del procedimento, il giudice rinvia l'udienza e incarica la polizia giudiziaria di ripetere la notificazione dell'avviso: se questa non riesce, dispone la sospensione (art. 420-*quater* c.p.p.). Periodicamente vanno ripetute le ricerche dell'imputato, e solo se si ottiene la prova della conoscenza del procedimento viene fissata una nuova udienza (art. 420-*quinquies* c.p.p.), altrimenti il processo rimane bloccato.

Anche senza entrare nei dettagli, non si può affermare con sicurezza che la ridefinizione dei casi in cui si procede in assenza sia perfettamente in regola con i principi ripetutamente affermati dalla Corte Europea: specialmente quando si ricorre a presunzioni legali che – in particolare se riferite a fatti che possono essere molto risalenti nel tempo – non implicano necessariamente che l'imputato abbia effettiva conoscenza della fase alla quale sarebbe chiamato a partecipare, e comunque gli impongono un onere improprio di tenersi informato sull'andamento della procedura.

Per compensare il rischio che la conoscenza legale non corrisponda in concreto alla conoscenza effettiva del procedimento, è stato introdotto il rimedio *a posteriori* della rescissione del giudicato (art. 625-*ter* c.p.p.). L'imputato condannato in assenza con sentenza irrevocabile è ammesso a provare che l'assenza è stata dovuta ad una incolpevole mancata conoscenza della celebrazione del processo: la Corte di cassazione, investita della richiesta, revoca la sentenza e dispone la trasmissione degli atti al giudice di primo grado. In questo modo si aderisce anche alle raccomandazioni della Corte Europea, che vede nella ripetizione del processo la soluzione preferibile; e contemporaneamente si istituisce una via di ricorso interno che, se non esaurita,

¹⁶ Sul punto v. R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi-M. Bargis, 6ª ed., Cedam, Padova, 2014, p. 746 s.; C. CESARI, sub art. 464-bis, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso-G. Illuminati, 2ª ed., Cedam, Padova, 2015, p. 2124.

rende irricevibile il ricorso a Strasburgo. Restano però dei dubbi sull'onere imposto all'interessato di provare la mancata conoscenza della celebrazione del processo: il che potrebbe rendere difficile, se non impossibile, l'accesso al rimedio.

Va comunque sottolineato che la nuova disciplina, pur avendo l'indubbio risultato di rafforzare le garanzie difensive in un ambito nel quale l'ordinamento presentava le debolezze puntualmente evidenziate dalla giurisprudenza europea, è stata concepita prevalentemente in funzione deflativa. La sospensione del processo nei confronti degli irreperibili, infatti, alleggerisce notevolmente il carico della giustizia penale, poiché mira ad evitare la celebrazione di giudizi inutili, nei confronti di imputati "fantasma", destinati a concludersi con sentenze che non potranno mai essere eseguite. Una migliore distribuzione delle risorse, specie in un sistema improntato all'obbligatorietà dell'azione penale, consente di concentrare l'azione repressiva sui reati che vale la pena perseguire, migliorando il funzionamento complessivo della giustizia, liberata da attività i cui effetti si rivelano meramente virtuali.

5.

Una funzione, al tempo stesso, di riduzione dell'area delle sanzioni penali e di deflazione processuale ha l'introduzione, sempre ad opera della l. n. 67 del 2014 (capo III), della sospensione del procedimento con messa alla prova. In questo modo si applica cioè un programma di trattamento a fini di risocializzazione, il cui esito positivo estingue il reato (artt. 168-*bis*-168-*quater* c.p.); e la cui attivazione già nel corso del procedimento consente una notevole economia processuale, evitando di regola la celebrazione della fase del giudizio.

Prima di essere introdotto nel processo penale ordinario, questo tipo di *diversion* era stato sperimentato per un ventennio nel processo penale minorile, con buoni risultati. Ma le analogie sono molto limitate: nella giustizia minorile l'obiettivo primario resta sempre quello di proteggere lo sviluppo e la crescita del minore in formazione, in ossequio allo spirito dell'art. 31 comma 2 Cost., e perciò la sospensione con messa alla prova può essere disposta d'ufficio dal giudice quando, anche nel corso del giudizio, ritiene di dover valutare la personalità del minore all'esito della prova. Nel caso del processo ordinario, ha rilevanza la volontà dell'imputato – cui spetta esclusivamente di formulare la richiesta di sospensione – manifestata prima dell'apertura dibattimento, che mira a bloccare il processo e ad ottenere l'estinzione del reato.

L'istituto è applicabile per i reati meno gravi, identificati in quelli puniti con pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni e quelli per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio (classi che in parte si sovrappongono); mentre sono escluse alcune categorie di imputati già ripetutamente condannati. In ogni caso la sospensione non può essere concessa più di una volta (art. 168-*bis* c.p.). Anche se la scelta di fondo è ispirata alla moderna tendenza ad evitare le sanzioni detentive, il tipo di reati cui la legge fa riferimento porta a concludere che l'effetto di decarcerizzazione sia pressoché nullo. Si tratta infatti, nella quasi totalità, di casi in cui l'affidamento in prova ai servizi sociali era già previsto in sede di esecuzione della pena, e che non consentono la custodia cautelare in carcere.

Sono stati prospettati dubbi di illegittimità costituzionale, principalmente con riferimento alla presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 comma 2 Cost.¹⁷. L'imputato infatti è tenuto a sottomettersi ad un programma riabilitativo (comprendente fra l'altro il risarcimento del danno e la prestazione di un lavoro di pubblica utilità) che presuppone la colpevolezza, non ancora accertata. Si obietta che la messa alla prova dipende esclusivamente da una scelta volontaria dell'imputato, in vista dei benefici previsti, e che comunque il giudice ha il dovere di pronunciare una sentenza di proscioglimento, se ne riscontra i presupposti. Del resto la durata ragionevole del processo è un valore di rilevanza costituzionale, già perseguito con strumenti analoghi basati sulla volontà delle parti (come ad esempio l'applicazione della pena su richiesta).

La richiesta di sospensione è atto personalissimo dell'imputato, e se viene formulata durante le indagini preliminari è necessario il consenso del pubblico ministero. Deve essere accompagnata da un programma di trattamento concordato con l'ufficio di esecuzione penale esterna, che deve prevedere fra l'altro, e questa è un'importante novità, «le condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa» (art. 484-*bis* comma 4 lett. c) c.p.p.). Il giudice sospende il procedimento se reputa idoneo il programma presentato e ritiene

¹⁷ Dalla *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012* del primo presidente della Corte di cassazione E. Lupo (p. 23).

che l'imputato si asterrà dal commettere ulteriori reati, e può anche modificare o integrare il trattamento (art. 464-*quater* commi 3 e 4 c.p.p.). Al termine del periodo di sospensione, la cui durata non può essere superiore ai due anni, il giudice, se ritiene che la prova abbia avuto esito positivo, dichiara con sentenza estinto il reato; altrimenti dispone che il processo riprenda il suo corso (art. 464-*septies* c.p.p.). In caso di condanna, il periodo di prova va computato nella determinazione della pena da eseguire, in ragione di un giorno di reclusione o di arresto ogni tre giorni di prova (art. 657-*bis* c.p.p.).

In sostanza, analogamente a quanto avviene negli altri procedimenti premiali, l'imputato ottiene un vantaggio – l'estinzione del reato – in cambio di un cospicuo risparmio di tempo e di mezzi da parte dello Stato. Anche in questo caso la semplificazione si risolve in una procedura di tipo prevalentemente burocratico-amministrativo, sebbene formalmente giurisdizionale. La fuga dal processo per i reati bagatellari – che comunque statisticamente sono la maggioranza – si giustifica in nome dell'efficienza complessiva del sistema: ma non è detto che la sospensione con messa alla prova sia necessariamente appetibile dall'imputato, dal momento che per la medesima fascia di reati esistono soluzioni alternative che possono in concreto rivelarsi anche più vantaggiose.

6.

Anche se dietro la spinta della necessità contingente di ottemperare con urgenza alle indicazioni della Corte Europea, il legislatore ha cominciato a muoversi nella giusta direzione. Gli obiettivi di politica penale hanno spesso un andamento pendolare, oscillando fra le esigenze securitarie diffuse nella pubblica opinione e magari indotte o strumentalizzate politicamente e le esigenze di garanzia dei diritti fondamentali, primo fra tutti il rispetto della dignità umana. Come sappiamo, il diritto processuale penale ha precisamente la funzione di trovare il punto di equilibrio fra queste esigenze contrapposte: ma raggiungerlo si rivela difficile se non si traccia con mano ferma una linea di condotta e si continua a procedere senza una bussola rimbalzando da un estremo all'altro.

Non c'è dubbio che la principale necessità sia oggi restituire efficienza ad una macchina della giustizia che si trova costantemente in affanno. Offrire risposte pronte e credibili alla domanda di giustizia è la prima e basilare garanzia da assicurare ai cittadini. Il rispetto di tempi ragionevoli è in grado di rendere meno drammatici anche gli effetti di stigmatizzazione derivanti dal fatto stesso che si proceda penalmente e la inevitabile soggezione alla coercizione (in particolare, ma non solo, alle restrizioni della libertà personale).

Esiste ovviamente un problema di risorse economiche. Le spese per il funzionamento della giustizia rappresentano da sempre una percentuale molto esigua del bilancio dello Stato, mentre sarebbe necessario rendersi conto che si tratta di una spesa tutt'altro che improduttiva, come superficialmente si ritiene (e come in passato è stato affermato persino da un ministro della giustizia).

Al di là di queste scontate considerazioni, occorre prendere atto di alcuni problemi strutturali. Anzitutto il numero crescente delle notizie di reato, che in un sistema improntato all'obbligatorietà dell'azione penale rende difficilmente gestibile il carico complessivo. Sarebbe necessario, a monte, che la legge stabilisse dei criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale, o anche forme di discrezionalità controllata. Ma ancor prima – e su questo come abbiamo visto si stanno muovendo i primi passi – è indispensabile ridurre drasticamente le fattispecie di reato, attualmente stimate intorno all'esorbitante numero di 35.000¹⁸. Va inoltre promossa una migliore organizzazione degli uffici, che raramente sono gestiti con criteri manageriali, sia pure nei limiti delle modeste risorse disponibili.

Sul piano dello svolgimento del processo, infine, l'utilizzazione di modelli alternativi, che sta trovando progressivamente più spazio, può essere proficuamente incentivata. Il punto qui è evitare che la giustizia semplificata si trasformi in giustizia sommaria, mantenendo ferme le garanzie a tutela dei diritti dell'imputato. E probabilmente sarebbe opportuno mettere mano alla disciplina delle impugnazioni, allo scopo di scoraggiarne l'uso meramente dilatorio, magari operando anche sui tempi di prescrizione del reato. Liberare risorse da destinare ai casi di maggiore importanza dev'essere oggi considerato prioritario, anche se non ci si può attendere che sia risolutivo.

¹⁸ Dalla Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012 del primo presidente della Corte di cassazione E. Lupo (p. 23).

I RAPPORTI FRA PROCESSO PENALE E ALTRI PROCEDIMENTI NELL'UNITÀ DELL'ORDINAMENTO GIURIDICO*

Stefano Ruggeri

ABSTRACT

Il problema dei rapporti tra il processo penale e altri procedimenti svela un'area tematica di sconfinata proporzioni, all'interno della quale possono apprezzarsi fenomeni non direttamente riconducibili all'area della pregiudizialità in senso stretto. Un'analisi della tematica rivolta alle fattispecie sostanziali mette così in luce tipologie assai differenziate di collegamenti tra procedimenti emergono dalla struttura delle diverse norme penali, collegamenti che rinviano ora a situazioni giuridiche oggetto di un distinto procedimento penale ora a provvedimenti, interinali o definitivi, di un'altra giurisdizione. L'esame di queste ultime ipotesi mette in luce situazioni di diversa natura, nelle quali l'interesse della legge penale non è necessariamente riferibile al provvedimento dell'altra giurisdizione in quanto tale ma a una pronuncia giurisdizionale quale fonte necessaria di produzione giuridica della situazione giuridica in essa contenuta. Alla luce di queste premesse, il presente scritto prende in esame vari fenomeni proponendo un'indagine interdisciplinare che, muovendo dalle esigenze del diritto penale rispetto alla singola fattispecie, congiunga le prospettive del diritto penale, del diritto processuale civile e del diritto civile.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La cognizione del giudice penale nei rapporti con altri procedimenti. Il processo penale nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico. – 2.1. Le innovazioni del codice del 1988. – 2.1.1. I nuovi rapporti tra giurisdizione penale e azione di parte nell'attuale ordinamento processuale. – 2.1.2. L'inquadramento della pregiudizialità all'interno della giurisdizione penale. I poteri cognitivi del giudice penale e il mantenimento dell'alternativa tra la cognizione incidentale del giudice penale e il rinvio al giudice competente. – 2.2. I profili critici della disciplina codicistica. – 2.2.1. La valenza positiva dell'accertamento penale nei rapporti intergiurisdizionali. Una riflessione critica sull'alternativa tra cognizione incidentale e risoluzione in via principale della questione pregiudiziale. – 2.2.2. Pregiudizialità e collegamento tra procedimenti tramite provvedimento al crocevia tra diritto processuale e diritto sostanziale. – 2.2.2.1. Premessa. – 2.2.2.2. Rapporti intergiurisdizionali e struttura della fattispecie penale. – 2.2.2.3. Vincoli di fattispecie ed evoluzione dei rapporti interordinamentali. – 3. La disciplina dei diversi rapporti tra procedimenti nell'unità dell'ordinamento giuridico. – 3.1. I rapporti tramite mero provvedimento. – 3.2. I rapporti di pregiudizialità. – 3.2.1. La pregiudizialità di stato. – 3.2.2. Le altre questioni civili e amministrative. – 3.2.3. La pregiudizialità penale omogenea. – 3.3. I rapporti tramite provvedimento quale fonte necessaria di accertamento della situazione giuridica rilevante per la norma penale. – 4. Conclusioni.

* Il presente scritto è destinato agli Scritti in onore di Gaetano Silvestri, attualmente in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli.

1.

Premessa.

Il tema dei rapporti fra processo penale e altri procedimenti costituisce una problematica fra le più complesse della giustizia penale, che abbraccia fenomeni assai eterogenei e non riducibili alla sola ipotesi in cui il comportamento criminoso, rilevando in altri rami dell'ordinamento, dà vita a illeciti di diversa natura¹. La tradizionale concezione dei rapporti fra giudizio penale e giudizi extrapenal, all'interno della più ampia tematica delle interferenze fra giurisdizioni, in chiave di vincolo dell'accertamento penale nei confronti dei giudici extrapenal² fornisce così un angolo visuale eccessivamente angusto della problematica. Esso non solo non tiene in considerazione l'esistenza di vincoli di segno opposto, che dalle giurisdizioni diverse da quella penale possono prodursi nei confronti del giudice penale³, ma soprattutto non dà contezza della diversa tipologia di tali vincoli, che possono concernere ora l'oggetto del processo penale ora i fatti materiali accertati in sede penale. D'altra parte, rapporti problematici fra giudizi ben possono instaurarsi anche all'interno della medesima giurisdizione, come ancor oggi può accadere ogniquale volta l'oggetto dell'accertamento penale si estenda a ipotesi che, in quanto dotate di autonoma rilevanza penale, possono formare oggetto di un distinto procedimento penale o costituiscono l'oggetto di un procedimento penale in corso. Sebbene tali situazioni non comportino più la sospensione del processo, in assenza di una disposizione analoga all'art. 18 c.p.p. 1930, esse non per ciò solo hanno cessato di avere rilevanza nell'ordinamento processuale.

Sotto un altro riguardo, l'impostazione tradizionale rivela un approccio ampiamente superato nella parte in cui esalta il momento del vincolo che da un procedimento si riversa sull'altro. Proprio in funzione di tale risultato le previsioni dedicate alla pregiudizialità sono state costruite, nelle codificazioni di procedura penale postunitarie, essenzialmente come ipotesi di sospensione del procedimento penale fino al passaggio in giudicato della decisione extrapenale⁴. A prescindere dal carattere obbligatorio o facoltativo della sospensione, l'attesa del giudicato formale era compensata dal vincolo della decisione extrapenale nei confronti della giurisdizione penale⁵. Significativamente, a simili conclusioni si perveniva in via interpretativa anche in materia di pregiudizialità penale omogenea⁶, sebbene il codice del 1930 non contemplasse una previsione analoga all'art. 21 c.p.p. 1930 che facesse ipotizzare un vincolo di giudicato per la giurisdizione penale. Con ciò trovava peraltro conferma un'impostazione caratterizzata da una disciplina del fenomeno della pregiudizialità in chiave di sospensione del procedimento penale in vista di un vincolo esterno, il che ne giustificava l'inquadramento all'interno della normativa sull'azione penale.

Il diverso inquadramento sistematico della pregiudizialità all'interno della normativa dedicata alla giurisdizione da parte dell'attuale codice di rito è indice di un profondo ripensamento delle tecniche di regolamentazione processuale del fenomeno della pregiudizialità, un ripensamento che ha portato a un significativo contenimento del meccanismo della sospensione. Tale mutamento d'impostazione non potrebbe peraltro essere appieno apprezzato senza considerare il percorso che ha condotto a un drastico ridimensionamento delle ipotesi in cui la cognizione penale soggiace al giudicato formatosi in altri procedimenti, determinando uno svecchiamento della concezione dei rapporti tra procedimenti incentrata sui vincoli di giudicato intercorrenti tra essi. È probabile che il momento d'inizio di tale percorso sia da rintracciare nel superamento della tradizionale interpretazione dei rapporti di pregiudizialità penale omogenea ed è verosimile che un contributo decisivo all'allontanamento da una concezione della pregiudizialità improntata alla vincolatività degli accertamenti da una

¹ M.A. ZUMPARO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, Torino, 2000, 1.

² G. GUARNERI, *Giudizio (Rapporto fra il giudizio civile ed il penale)*, in *Nss. D.I.*, VII, Torino, 1961, 886 ss.

³ M. CHIAVARIO, *Giudizio (rapporti tra giudizi)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 984 s.

⁴ A un risultato analogo conduceva il pur diverso meccanismo dell'imprescindibilità dell'azione penale nei reati di soppressione di stato sotto il codice del 1865, imprescindibilità prevista difatti fino alla decisione definitiva del giudice civile. In proposito cfr. E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 83.

⁵ In proposito, con riguardo alle questioni di stato personale, G. FOSCHINI, *La pregiudizialità nel processo penale*, Milano, 1942, 116 s.; E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 86 s.

⁶ G. FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., 373 ss. e 386 s.; Id., e *La connessione*, Milano, 1952, 77 ss. e 82 s. In termini assai chiari si esprimeva G. LEONE, *Trattato di diritto processuale penale*, III, Napoli, 1961, 315 s., per il quale "un simile grave evento, l'interruzione cioè di un procedimento in attesa dell'esito definitivo di altro procedimento [...], non si spiegherebbe se fosse predisposto non in funzione di una rigorosa situazione di pregiudiziale bensì in funzione di una mera autorità logica".

giurisdizione a un'altra sia venuto dalla teorica del dovere punitivo. In effetti, ai fautori della concezione del dovere punitivo quale oggetto esclusivo dell'accertamento penale è da tributare il merito di avere avviato, sulla falsariga di una giurisprudenza sempre più restia all'idea della vincolatività della cosa giudicata in altri processi penali⁷, una riflessione sulla sospensione del procedimento nei casi di pregiudizialità, che condusse ad attribuire un significato del tutto inedito a tale meccanismo processuale. Da strumento di stasi del procedimento in funzione della formazione del giudicato nella sede pregiudiziale, da cui promanava un vincolo diretto per il giudice penale, la sospensione diveniva così il meccanismo per assicurare al giudice del procedimento pregiudicato un più ampio orizzonte decisorio attraverso i suggerimenti che avrebbero potuto derivare appunto dal "risponso sulla questione pregiudiziale"⁸. Dietro tale cambio d'impostazione stava il chiaro riconoscimento della piena idoneità della giurisdizione penale a conoscere la questione sulla quale interverrà il giudicato nel processo pregiudiziale, la cui valenza nel processo pregiudicato si limitava così a una pura "autorità logica", non lontana da quell'"autorità di fatto" postulata da *Enrico Redenti* con riguardo alla pronuncia non passata in giudicato formale⁹.

L'attuale codice di rito penale ha esteso tale approccio metodologico ai rapporti di pregiudizialità disomogenea con la sola eccezione residua costituita da quelli di stato di famiglia e di cittadinanza. Il che ha prodotto un ulteriore allontanamento dell'inquadramento della pregiudizialità da quell'idea dei rapporti tra procedimenti improntata al vincolo del giudicato che ancora caratterizzava il sistema processuale previgente, elevandosi l'autorità logica del giudicato formatosi nel processo sulla questione pregiudiziale a regola generale dei rapporti tra procedimenti. Ciò ha condotto all'introduzione di una previsione che riconosce alla giurisdizione penale la competenza a conoscere e risolvere ogni questione da cui dipende la decisione penale, salve specifiche eccezioni¹⁰. Tale previsione ha in ragione della sua generica formulazione una portata che palesemente trascende il campo della pregiudizialità, sebbene proprio in quest'ambito possa essere testata la capacità dell'attuale sistema processuale non solo di comportare un effettivo svecchiamento alla tradizionale concezione della pregiudizialità ma anche di fornire una disciplina processuale dei rapporti intergiurisdizionali coerente con le diverse tecniche di strutturazione delle fattispecie sostanziali oggetto dell'accertamento penale.

2.

La cognizione del giudice penale nei rapporti con altri procedimenti. Il processo penale nell'unitarietà dell'ordinamento giuridico.

2.1.

Le innovazioni del codice del 1988.

Il codice del 1988 presenta un assetto processuale profondamente innovativo, come si evince anzitutto dalla collocazione della materia, inserita all'interno del corpo normativo dedicato alla giurisdizione. Del resto quest'opzione sistematica si inserisce in una novità di ancora maggiore portata. In linea con l'impostazione del progetto preliminare del 1978, il codice del 1988 prende avvio con una disciplina riservata alla giurisdizione anziché all'azione penale, discostandosi così dalle codificazioni previgenti che, fedeli al *code d'instruction criminelle*, dedicavano le disposizioni di apertura alla problematica dell'azione a cominciare dalle azioni aventi causa nel reato¹¹. Per analizzare correttamente la problematica dei rapporti tra procedimenti, occorre quindi sinteticamente ripercorre le ragioni che hanno condotto i codificatori del 1988

⁷ Cass., sez. I, 17.6.1963, in *Cass. pen.* 1964, 442 s.; Cass., sez. IV, 12.2.1965, *ivi* 1965, 821.

⁸ In tal senso cfr. M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, I, *Profili istituzionali di diritto processuale*, Milano, 1982, 211 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, IX ed., Milano, 1987, 1087. Analogamente cfr. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano, 1963, 173 nt. 17 e 208; G. LOZZI, *Giudicato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 913 e ID., *Profili di una indagine sui rapporti tra "ne bis in idem" e concorso formale di reati*, Milano, 1974, 11 ss.; G. DE FRANCESCO, *Osservazioni sui limiti della pregiudizialità nell'art. 18 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 328; E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 111 s.

⁹ E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, II, Milano, 1957, 260.

¹⁰ Art. 2 comma 1 c.p.p.

¹¹ E. MARZADURI, sub art. 1, in CHIAVARIO M. (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1991, 60.

a optare per questa soluzione sistematica, del tutto inedita nel panorama delle codificazioni italiane di rito penale.

2.1.1. *Inuovi rapporti tra giurisdizione penale e azione di parte nell'attuale ordinamento processuale.*

La scelta del codice vigente di riservare le previsioni di apertura alla giurisdizione penale riveste un'importanza sistematica che non può essere semplicisticamente ridotta all'esigenza di allineare l'impostazione della codificazione di procedura penale a quella dell'omologo codice di rito civile. L'importanza di tale impostazione va specificamente apprezzata all'interno dell'ordinamento penale anzitutto da un punto di vista storico. Nonostante i previgenti codici di procedura penale condividessero la scelta sistematica di aprire la disciplina processuale con una regolamentazione dedicata all'azione penale, la loro analisi comparatistica mostra una sensibile differenza d'impostazione tra le codificazioni del 1865 e 1913, e il codice del 1930, una differenza apprezzabile già sotto il profilo lessicale, per il fatto che la codificazione del 1930 non riproducesse quel riferimento al legame tra reato e azione penale che aveva caratterizzato le prime codificazioni postunitarie. Tale legame, seppur diversamente qualificato¹², rispecchiava una visione dell'azione penale in termini spiccatamente sostanzialistici¹³. La postulazione di un vincolo di causa-effetto tra reato e azione muoveva dal presupposto che quest'ultima fosse l'"estrinsecazione del diritto per rispondere alla sua già avvenuta violazione"¹⁴, ossia "un prodotto inseparabile dal fatto punibile"¹⁵.

La ricostruzione della dimensione dell'azione sul piano della teoria generale del processo, dovuta al forte impulso della scienza processualciviltistica, determinò una profonda rivisitazione della concezione sostanzialistica dell'azione penale. Sulla scia dell'insegnamento in particolare di *Giuseppe Chiovenda*¹⁶, anche la scienza processualpenalistica prese così consapevolezza della necessità di ricostruire l'azione penale in completa autonomia rispetto alle "situazioni sostanziali generate dalla violazione della norma penale"¹⁷. Significativamente, peraltro, la profonda crisi nella quale versava la concezione sostanzialistica all'epoca di tale codificazione non determinò l'abbandono da parte del codice del 1930 della scelta sistematica di dedicare le disposizioni di apertura del codice alla problematica delle azioni e dell'azione penale *in primis*. Il mantenimento della tradizionale sistematica codicistica non sembra potesse comunque essere giustificato quale mero ossequio alla tradizione da parte del legislatore fascista, che del resto non riproducesse la formula riguardante il legame tra reato e azione¹⁸. In effetti, tale impostazione non può essere apprezzata in maniera "disgiunta da quella configurazione complessiva del processo penale, per cui 'interesse fondamentale' doveva considerarsi il raggiungimento della 'punibilità del colpevole', e cioè, la realizzazione della 'pretesa punitiva dello Stato contro l'imputato'¹⁹. Verosimilmente la scelta di continuare a riservare l'*incipit* del codice di rito all'azione penale rispecchiava dunque l'intento di mettere immediatamente in chiaro che la punizione del reo, quale scopo primario dell'azione del pubblico ministero²⁰, irradiasse l'intera tutela penale.

¹² Ai sensi dell'art. 1 comma 1 c.p.p. 1865, "ogni reato dà luogo ad una azione penale". In termini invertiti ma sostanzialmente analoghi, l'art. 1 comma 1 c.p.p. 1913 statuiva che "l'azione penale sorge dal reato".

¹³ In tal senso E. MARZADURI, sub art. 1, cit., 60 e, più di recente, G. DEAN-R. FONTI, *La giurisdizione penale*, in DEAN G. (a cura di), *I soggetti*, Tomo I del Vol. I, *Soggetti e atti*, in SPANGHER G. (diretto da), *Trattato di procedura penale*, Torino, 2009, 1 s.

¹⁴ A. STOPPATO, sub art. 1, in *Commento al codice di procedura penale*, Torino, 1923, 3. Analogamente cfr. già E. PESSINA, *Sommario di lezioni sul procedimento penale italiano*, II ed., Napoli 1883, 2; E. MASSARI, *La norma penale*, S. Maria Capua Vetere, 1913, 61 s.

¹⁵ A. STOPPATO, sub art. 1, cit., 6.

¹⁶ G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma, 1930, 3 ss.

¹⁷ E. MARZADURI, sub art. 1, cit., 61. Per la verità, la dottrina tedesca aveva già sul finire del secolo XIX propugnato la necessità di ricondurre il concetto di "pretesa punitiva" al diritto di punire, in quanto inutile duplicazione di quest'ultimo, riconoscendone a un tempo la diversità ontologica rispetto all'azione penale. Fondamentale resta al riguardo il contributo di K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, 477 ss. A tale impostazione aderirono in Italia F. GRISPIGNI, *Corso di diritto penale secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1932, 346; E. FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, Torino, 1932, 204. Per J. KOHLER, *Zur Konstruktion des Strafprozesses*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1918, 316 s., sarebbe il giudicato condannatorio a conferire allo Stato lo *ius puniendi*, che non troverebbe quindi il suo fondamento direttamente nell'azione criminosa.

¹⁸ Nello stesso senso E. MARZADURI, sub art. 1, cit., 61.

¹⁹ In tal senso E. MARZADURI, sub art. 1, cit., 61, rifacendosi a V. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, VI ed., Padova, 1934, 55.

²⁰ U. ALOISI, *Manuale pratico di procedura penale*, Milano, 1932, 11.

Una volta abbandonato ogni legame di provenienza diretta dalla violazione della norma penale, l'azione penale si caricò così di una specifica pretesa punitiva, che non dispense neppure quando la scienza penalistica acquisì consapevolezza dell'autonomia dogmatica normativa dell'azione penale dalle categorie del diritto di punire e della pretesa punitiva, quale che ne fosse la relativa consistenza²¹. Del resto, lo stesso fenomeno di astrazione che coinvolse l'azione penale interessò – per quell'estensione della funzione dell'azione all'intera tutela penale – il processo penale complessivamente inteso. L'allontanamento dal diritto sostanziale è palese nella netta svalutazione dell'accertamento del reato all'interno della teoria del dovere punitivo, che ha accompagnato le riflessioni sul giudicato e sull'oggetto della cognizione penale pressoché per tutta la vigenza del codice del 1930²². Ciò determinava peraltro lo svilimento dell'attività giurisdizionale, destinata ad assumere una posizione “strumentale [...] rispetto al conseguimento dei fini della pubblica accusa”²³ e a caricarsi quindi a sua volta di obiettivi repressivi insiti nella verifica del dovere punitivo.

A fronte di un simile fenomeno la scelta sistematica dei codificatori del 1988 rappresenta il palese intento di riabilitare la funzione giurisdizionale svincolandola dagli obiettivi dell'azione del pubblico ministero. E proprio rispetto all'obiettivo di recuperare la “terzietà del giudice, sia che questi intervenga anteriormente al dibattimento, sia che, in esito all'istruzione dibattimentale, emani la decisione”²⁴, e in definitiva la funzione di garanzia della giurisdizione nei confronti dell'individuo e della collettività²⁵, va apprezzata la scelta di collocare la disciplina sui rapporti tra procedimenti nell'alveo della giurisdizione penale.

2.1.2. *L'inquadramento della pregiudizialità all'interno della giurisdizione penale. I poteri cognitivi del giudice penale e il mantenimento dell'alternativa tra la cognizione incidentale del giudice penale e il rinvio al giudice competente.*

Senza dubbio, tale inquadramento sistematico rappresenta il prodotto dell'insoddisfazione da tempo maturata nella scienza processualistica verso l'impostazione tradizionale²⁶ che, disciplinando il fenomeno della pregiudizialità all'interno della normativa concernente l'azione penale²⁷, mostrava di concepire le questioni pregiudiziali quali ostacoli all'esercizio dell'azione penale²⁸, e dunque quali ostacoli all'agire del pubblico ministero finalizzato all'accertamento del dovere punitivo. Ciò “conduceva ad esaurire il significato processuale del fenomeno normativo [della pregiudizialità] nel semplice effetto sospensivo dell'esercizio dell'azione penale”²⁹.

Tale approccio si esponeva a critiche sotto più profili. Anzitutto, rivelava un angolo visuale eccessivamente angusto³⁰, per il fatto che l'effetto sospensivo avrebbe potuto essere apprezzato con riguardo non tanto alla sola azione penale quanto al procedimento penale nella sua interezza³¹. In secondo luogo, instaurava un collegamento necessariamente biunivoco tra pregiudizialità e sospensione del procedimento penale, che rifletteva un trattamento processuale della pregiudizialità costruito attorno al meccanismo della devoluzione al giudice competente

²¹ G. VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942. Nel senso indicato nel testo cfr. E. MARZADURI, sub *art. 1*, cit., 61.

²² La tesi secondo cui oggetto della cognizione penale sarebbe stato non un fatto ma un dovere giuridico, per l'appunto il dovere d'irrogare la sanzione, venne propugnata da gran parte della dottrina dell'epoca. Cfr. E. ALLORIO, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale*, in *Id.*, *L'ordinamento giuridico nel prisma dell'accertamento giudiziale e altri studi*, Milano, 1957, 117 s.; F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Milano, 1956, 146 ss.; G. DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 176 ss.

²³ A.A. DALIA-G. PIERRO, *Giurisdizione penale*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989, 2. Il rilievo è condiviso in prospettiva storica da G. DEAN-R. FONTI, *La giurisdizione penale*, cit., 4.

²⁴ *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U. 24.10.1988 n. 250, suppl. ordinario n. 2, 1.

²⁵ In tal senso M. CHIAVARIO, *La riforma del processo penale*, Torino, 1988, 78 s.

²⁶ Per tutti cfr. G. FOSCHINI, *La pregiudizialità*, cit., 9 s.

²⁷ Cfr. gli artt. 19 e segg. c.p.p. 1930. Nel c.p.p. 1865, invece, esse erano disciplinate negli artt. 32 e 33 nel titolo preliminare all'interno del capo II regolante la competenza.

²⁸ L. LUCCHINI, *Elementi di procedura penale*, III ed., Firenze, 1905, 102.

²⁹ E. MARZADURI, sub *art. 2*, in CHIAVARIO M. (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale*, I, Torino, 1991, 69.

³⁰ In tal senso V. ANDRIOLI, *Appunti di procedura penale*, Napoli, 1965, 341.

³¹ E. MARZADURI, sub *art. 2*, cit., 69.

in vista dell'emanazione di una decisione avente forza di giudicato per il giudice penale³². Tale concezione è stata sottoposta col tempo a profonda revisione critica. La scienza processualistica ha così preso consapevolezza del fatto che la soluzione fondata sulla sospensione del procedimento penale e sulla devoluzione della questione al giudice competente "rappresenta solamente uno dei possibili trattamenti processuali del più complesso fenomeno della pregiudizialità"³³. A ben guardare, la pregiudizialità chiama in causa l'"esigenza di coordinare i poteri del giudice chiamato a decidere con l'autonomia logico-giuridica delle questioni" che "si caratterizzano per l'attitudine a formare materia di separato processo"³⁴, esigenza che può essere coltivata attraverso diverse tecniche processuali. Il carattere della pregiudizialità non viene quindi meno per il fatto che venga adottata una soluzione processuale diversa dalla sospensione del procedimento, dato che natura della questione e trattamento processuale della stessa rappresentano variabili indipendenti.

Tra le possibili soluzioni processuali, la tecnica della cognizione della questione pregiudiziale da parte del giudice penale presenta indubbi vantaggi. In primo luogo, soddisfa l'esigenza di celerità processuale coltivata dall'attuale sistema processuale, esigenza frustrata invece dalla soluzione sospensiva. Essa inoltre consente una cognizione della questione pregiudiziale conforme al metodo di accertamento proprio del procedimento penale e in linea con le finalità proprie dell'accertamento medesimo. Ciò permette di apprezzare il principio di unitarietà della giurisdizione in una luce diversa da quella che ha ispirato la tradizionale concezione della pregiudizialità fondata sui rapporti tra giudicati. Nella sua versione più moderna, in effetti, tale principio "rivendica dall'interno, in favore dell'organo adito, la cognizione incidentale di tutte le questioni costituenti le tappe logico-pregiudiziali dell'*iter* decisorio"³⁵.

È probabile che tali considerazioni abbiano pesato, non meno che l'esigenza di massima semplificazione del procedimento e di celerità del nuovo sistema processuale³⁶, sulla scelta del nuovo codice di disciplinare la materia della pregiudizialità all'interno della normativa concernente la giurisdizione³⁷ e, più specificamente, nella scelta d'introdurre una previsione che per la prima volta stabilisce in termini generali³⁸ la competenza del giudice penale ad accertare ogni questione pregiudiziale, salvo eccezioni normativamente previste. Tra esse vengono usualmente invocate anzitutto le disposizioni degli artt. 3 e 479, disposizioni che, a ben riflettere, nel contemplare solo ipotesi di sospensione facoltativa del procedimento penale, confermano l'idoneità del giudice penale a risolvere ogni questione da cui dipende la decisione penale. Tale assetto si completa mediante la previsione dell'art. 2 comma 2 che, nel finalizzare la cognizione incidentale alle sole esigenze dell'accertamento penale, esclude che essa possa condurre a una decisione sulla questione pregiudiziale in grado di produrre l'efficacia tipica del giudicato.

³² In proposito cfr., per opportuni riferimenti, E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 92.

³³ E. MARZADURI, sub art. 2, cit., 70. Analogamente cfr. G. DI CHIARA, *Processo penale e pregiudizialità*, in AIMONETTO M.G. (a cura di), *Rapporti intergiurisdizionali*, in CHIAVARO M.-MARZADURI E. (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 2002, 10.

³⁴ E. MARZADURI, sub art. 2, cit., 70.

³⁵ L. COMOGGIO, *La pregiudiziale facoltativa nel processo penale tributario: un problema vecchio in un contesto nuovo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1984, 1250 s., le cui riflessioni sono state sviluppate da E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in Enc. dir., VI Agg., Milano, 2002, 917.

³⁶ Secondo E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 913, nonostante il silenzio della legge-delega sul tema della pregiudizialità, dall'esigenza di massima semplificazione del procedimento e di celerità del nuovo sistema processuale si ricavassero "segnali inequivoci della decisa preferenza per una disciplina nella quale fossero oltremodo contenute le occasioni di un arresto dell'*iter* procedimentale".

³⁷ A giudizio di E. MARZADURI, sub art. 2, cit., 70 s., "appare indubbiamente appropriata, la scelta operata dai redattori del nuovo codice con l'inquadramento delle questioni pregiudiziali nel capo sulla giurisdizione, dal momento che i vari livelli di emersione normativa del fenomeno in esame attengono comunque all'individuazione dei poteri riconosciuti al giudice penale in vista decisione e, quindi, dell'esercizio del potere-dovere di *ius dicere*".

³⁸ In verità, il potere di accertamento incidentale del giudice penale era implicitamente riconosciuto, sotto la vigenza del codice del 1930, dall'art. 308 ed è tuttora esplicitamente invocato dall'art. 540 c.p. per le questioni di stato. In proposito cfr. E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 92 s.

2.2.

I profili critici della disciplina codicistica.

Tale impostazione pone interrogativi di non poco conto, che non possono esaurirsi nella verifica dei profili di effettiva innovazione della normativa vigente rispetto alla disciplina contenuta nel codice previgente³⁹. Noteremo che il modo in cui quest'ultima è stata costruita offre non pochi spunti di originalità della nuova disciplina sulla sospensione del procedimento penale, che si distingue dalla previgente soprattutto per avere definitivamente rotto, salvo la sola eccezione delle questioni di stato, il tradizionale legame tra la devoluzione della questione pregiudiziale al giudice competente e l'efficacia di giudicato della decisione extrapenale nei confronti della giurisdizione penale. Ciò nonostante, la disciplina dedicata dall'attuale codice alla materia della pregiudizialità resta ancorata all'alternativa tra la cognizione occasionale del giudice penale e la devoluzione della questione al giudice competente con conseguente sospensione del procedimento penale. Tale alternativa rivela tuttavia una visione eccessivamente angusta della problematica e non è in grado di cogliere la complessità dei legami tra procedimenti, esponendosi a due obiezioni di carattere generale che vanno affrontate preliminarmente all'esame in dettaglio della disciplina positiva.

2.2.1.

La valenza positiva dell'accertamento penale nei rapporti intergiurisdizionali. Una riflessione critica sull'alternativa tra cognizione incidentale e risoluzione in via principale della questione pregiudiziale.

La prima obiezione concerne la pretesa, che sta alla base della scansione tra i due commi dell'art. 2, d'instaurare un collegamento necessario tra cognizione della questione pregiudiziale da parte del giudice penale ed efficacia endoprocedimentale del risultato della cognizione medesima. Si è osservato che l'accertamento incidentale di una questione che rimane estranea all'oggetto del processo rappresenta solo una delle tecniche possibili di trattamento processuale della pregiudizialità⁴⁰ che, se di carattere omogeneo, ben può essere affrontata attraverso la tecnica della riunione dei procedimenti, naturalmente al ricorrere dei presupposti della relativa disciplina⁴¹. Come osserveremo, tale soluzione rappresenta anzi l'unica alternativa praticabile nel caso di pregiudizialità penale omogenea, essendo venuta meno col nuovo codice qualunque possibilità di sospendere il procedimento penale in attesa della definizione del giudizio penale sulla questione pregiudiziale⁴². Il vantaggio di tale opzione rispetto alla tecnica dell'accertamento incidentale sta nel fatto che "l'oggetto dell'accertamento verrà a comprendere la questione pregiudiziale penale"⁴³, con la conseguenza che il giudice potrà "decidere la questione 'pregiudicante' non già con l'efficacia *incidenter tantum*, ma con la stabilità propria dei *decisa in via principale*"⁴⁴.

Il senso di tale distinzione, e con essa della diversa tecnica di trattamento processuale della pregiudizialità, sarebbe peraltro frustrato all'interno della teorica del dovere punitivo⁴⁵. Giusta tale impostazione, la stessa previsione contenuta nell'art. 2 comma 2 c.p.p., che confina l'efficacia della cognizione incidentale all'interno del processo penale, finisce col perdere la propria forza precettiva, dato che la decisione penale sarebbe in ogni caso sprovvista di efficacia positiva. Una simile sia pur paradossale conclusione potrebbe peraltro mantenere una propria plausibilità anche recuperando il contenuto dichiarativo della decisione penale e dunque riabilitando la sua capacità a esprimere l'accertamento del reato; ciò almeno finché

³⁹ Secondo M.A. ZUMPARO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 144, le previsioni contenute nell'attuale codice risponderebbero "più ad un intento di mitigare i rigori della disciplina tradizionale della pregiudizialità, che non all'accoglimento di un ideale nuovo di separazione e di indipendenza negli accertamenti".

⁴⁰ In proposito cfr. E. LEMMO, *Questioni pregiudiziali (diritto processuale penale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXV, 1991, 2 s.

⁴¹ E. MARZADURI, sub art. 2, cit., 70; G. DI CHIARA, *Processo penale e pregiudizialità*, cit., 10.

⁴² E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 918.

⁴³ E. MARZADURI, *op. ult. cit.*, 919.

⁴⁴ G. DI CHIARA, *Processo penale e pregiudizialità*, cit., 10.

⁴⁵ Così, opportunamente, E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 916.

non si definiscano i termini in cui tale accertamento si realizza e soprattutto finché si continui a ritenere che la forza positiva della decisione sia confinata a specifiche manifestazioni, quali quelle che disciplinano l'efficacia riflessa del giudicato penale nei giudizi civili e amministrativi, sul presupposto che la decisione penale, a differenza di quella civile, non sia in grado di esprimere un vincolo "a ogni effetto"⁴⁶.

Tale impostazione – fondata perlopiù sulla base dell'argomento secondo cui nell'ordinamento penale mancherebbe una previsione corrispondente a quella contenuta nell'art. 2909 c.c. – non appare persuasiva. Già *Francesco Carnelutti* aveva notato che tale previsione, per un verso, sotto il profilo soggettivo non estendeva il "fare stato" della sentenza civile più di quanto non facesse l'art. 90 c.p.p. 1930, costituendo l'efficacia nei confronti dei successori, a ben vedere, una forma di efficacia riflessa della decisione, mentre per altro verso risultava monca quanto alla definizione dell'oggetto dell'accertamento civile, che non può essere limitato al solo profilo soggettivo⁴⁷. Ed ancor oggi, se già l'art. 649 c.p.p. esprime la valenza positiva del giudicato penale con riguardo all'accertamento del reato, essa appare chiaramente attestata dall'art. 650 comma 1 c.p.p. che, a ben riflettere, assolve, nonostante la diversa formulazione, al medesimo obiettivo perseguito dall'art. 2909 c.c. In effetti, non è azzardato sostenere che la "forza esecutiva" che la sentenza penale (così come il decreto penale) acquisisce, "salvo che sia diversamente disposto", una volta conseguita l'irrevocabilità formale esprima la generale capacità della decisione penale a produrre *ogni* effetto col giudicato formale⁴⁸, il che non esclude che l'accertamento penale possa valere a diversi e più limitati fini anche in momenti anteriori e nonostante la revocabilità del provvedimento che lo esprime.

C'è tuttavia da dubitare che di una disposizione che una volta per tutte definisca il valore del giudicato penale ci sia un reale bisogno, così come si debba ricercare una formula che scolpisca in termini generali la portata della decisione non definitiva⁴⁹. In effetti, se "non è solo dall'art. 337 comma 2 c.p.c. che scaturisce un'efficacia vincolante della sentenza prima del suo passaggio in giudicato"⁵⁰, allo stesso modo appare incongruo esaltare la rilevanza dell'art. 650 comma 1 c.p.p., che non può attribuire alcunché al giudicato penale che esso già non possieda, né è in grado di fornire risposte esaustive circa il tipo di valore che la decisione penale volta per volta esprime secondo i multiformi schemi legali e ai diversi fini. Del resto, l'indiscutibile ruolo sistematico dell'art. 2909 c.c., la cui portata generale non può essere circoscritta all'interno del solo ordinamento civile⁵¹, non sembra bastare a giustificare la produzione di un vincolo di giudicato per il giudice penale. Se così fosse, esso si produrrebbe anche nelle ipotesi coperte dall'art. 479 c.p.p. – quando è pacifico, come vedremo, il contrario –, e la previsione dell'art. 3 comma 4 c.p.p. risulterebbe del tutto ridondante. Proprio il fatto che il codice di rito penale abbia previsto, in via affatto eccezionale, quest'ipotesi di vincolo per il procedimento penale attesta piuttosto che la generale idoneità del giudicato civile a esportare il relativo accertamento abbisogna di una previsione dell'ordinamento processuale su cui quel vincolo pretende di esercitarsi, che ne autorizzi "in entrata" la realizzazione. Ciò vale ancor più nell'attuale ordinamento processuale penale che, col menzionare specificamente tra le disposizioni di *incipit* del codice di rito l'idoneità della giurisdizione penale a risolvere ogni questione da cui dipende la decisione, "sembra imporre un analogo livello di dettaglio nell'individuazione delle eccezioni alla regola"⁵², che non pare possa essere soddisfatto attraverso la generale previsione dell'art. 2909 c.c.⁵³

Quanto al giudicato penale, le previsioni che specificano le condizioni e i limiti entro cui la decisione penale sulla colpevolezza può esercitare un vincolo nei confronti di altre giuri-

⁴⁶ A simili conclusioni pervengono anche coloro che hanno sostenuto la valenza positiva dell'accertamento penale. Cfr. M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 290 ss.; E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 916 s.

⁴⁷ Cfr. F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta e riflessa del giudicato penale*, in *Id.*, *Questioni sul processo penale*, Bologna 1950, rispettivamente, 90 s. e 96 s.

⁴⁸ S. RUGGERI, *Giudicato penale ed accertamenti non definitivi*, Milano, 2004, 453.

⁴⁹ Non sembrano così conducenti le obiezioni mosse da parte della dottrina processualpenalistica ai tentativi volti a trapiantare nel processo penale le conquiste teoriche ottenute in ambito processualcivile quanto alla valenza degli accertamenti non definitivi, obiezioni fatte discendere dall'assenza, nel sistema processuale penale, di una norma equivalente all'art. 337 comma 2 c.p.c. Cfr. G. DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 153.

⁵⁰ A. PELLEGRINI GRINOVER, *Efficacia e autorità della sentenza penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Liebman*, III, Milano, 1979, 1656.

⁵¹ E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza (ed altri scritti sulla cosa giudicata)*, rist., Milano, 1983, 30.

⁵² E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 923.

⁵³ In senso diverso cfr. M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 187 ss.

sdizioni sono contemplate dallo stesso codice di rito penale, significativamente in immediata successione alla disposizione generale dell'art. 650. Non meno significativo il fatto che tali previsioni contemplino l'idoneità della decisione penale a vincolare le altre giurisdizioni non solo quanto all'accertamento sulla colpevolezza (di segno sia positivo che negativo) ma anche quanto ai "fatti materiali" che sono stati rilevanti ai fini della decisione penale. La circostanza che il vincolo possa coprire anche simili fatti, non solo impone di configurare, nei rapporti intergiurisdizionali, l'oggetto del processo in una prospettiva che non può essere circoscritta ai soli temi dell'imputazione⁵⁴, ma smentisce anche l'idea che l'accertamento incidentale della questione pregiudiziale da parte del giudice penale non possa produrre alcun vincolo nei confronti delle altre giurisdizioni⁵⁵. La generale idoneità dell'accertamento penale a produrre un vincolo quanto alla realtà fattuale proviene così dall'art. 654 c.p.p., il che non esclude che la legge possa prevedere in specifiche ipotesi che la decisione penale sia dotata di una portata vincolante anche sotto il profilo strettamente giuridico, approntando meccanismi che possono ad esempio contemplare una competenza eccezionale del giudice penale a decidere, anziché semplicemente a risolvere in via incidentale, la questione pregiudiziale, in deroga quindi all'art. 2 comma 1 c.p.p.⁵⁶

2.2.2. *Pregiudizialità e collegamento tra procedimenti tramite provvedimento al crocevia tra diritto processuale e diritto sostanziale.*

2.2.2.1. *Premessa.*

Una seconda e più complessa obiezione può essere peraltro mossa all'impostazione codicistica. Essa concerne la capacità dell'alternativa tra la cognizione incidentale del giudice penale e la devoluzione della questione al giudice competente con conseguente sospensione del procedimento penale ad abbracciare la molteplicità dei rapporti tra procedimenti basati su legami apprezzabili a livello di fattispecie sostanziale. L'adozione di una prospettiva che radica i rapporti i procedimenti nella norma penale presenta diversi vantaggi metodologici.

In primo luogo, consente di attenuare le distanze tradizionalmente postulate tra una visione processualistica e una visione sostanzialistica del fenomeno della pregiudizialità. Quale che sia il punto di partenza che si prediliga sul piano della teoria generale del processo, la disciplina sulla pregiudizialità contenuta nel codice di procedura penale – quand'anche modellata sulla classica definizione nei termini spiccatamente processualistici di un "rapporto di dipendenza assoluta", nella misura in cui la questione pregiudiziale deve costituire una "necessaria premessa ovvero un antecedente logico-giuridico essenziale per pervenire alla decisione"⁵⁷ – permette di apprezzare nitidamente una relazione che non sembra esaurirsi in un *prius* logico e cronologico rispetto alla cognizione del giudice penale⁵⁸, ma che affonda le sue radici sul terreno del diritto penale. In effetti, la circostanza che la questione pregiudiziale debba potere formare oggetto di un autonomo procedimento (anche penale) mostra palesemente che il rapporto non si esaurisce a livello di reg giudicande ma trova la propria giustificazione nel modo in cui la fattispecie di reato è costruita. La rilevanza della questione pregiudiziale per la decisione del giudice penale potrà assumere diverse manifestazioni (in termini di elemento costitutivo del reato, di elemento della fattispecie estintiva del reato, ecc.) ma in nessun caso può essere postulata senza la legge penale, che è anzi la fonte della diversa configurazione del nesso di dipendenza per l'accertamento penale. Ciò avvicina, sia pur coi necessari aggiustamenti imposti dalla peculiarità della giurisdizione penale, la definizione di pregiudizialità propria della scienza penalistica a quella dell'ordinamento civile, nel quale la pregiudizialità può essere postulata sul piano processuale solo nella misura in cui sul terreno del diritto sostanziale l'effetto giuri-

⁵⁴ E. MARZADURI, sub art. 2, cit., 80.

⁵⁵ In proposito cfr., per opportuni rilievi, E. MARZADURI, sub art. 2, cit., 79 s.

⁵⁶ Cfr. E. MARZADURI, sub art. 2, cit., 80, il quale richiama le ipotesi contemplate dagli artt. 22 legge 7.1.1929 n. 4 e 24 legge 24.11.1981 n. 689.

⁵⁷ In proposito cfr. G. DI CHIARA, *Processo penale e pregiudizialità*, cit., 9, cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali.

⁵⁸ In una diversa prospettiva cfr., invece, E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 82.

dico di una fattispecie costituisca l'elemento di una distinta fattispecie⁵⁹. Che tale elemento sia costituito, nei rapporti tra procedimenti penali, dal reato non vale a escludere l'esistenza di una pregiudizialità omogenea in senso tecnico, essendo questa la situazione sostanziale che rileva ai fini del nesso di dipendenza con altra fattispecie di natura penale⁶⁰.

In secondo luogo, l'adozione di una prospettiva che riporta i rapporti tra procedimenti al diritto sostanziale permette di apprezzare forme di collegamento non immediatamente riconducibili alla nozione di pregiudizialità. Di tale fenomeno non c'è apparentemente traccia nel codice di rito penale; ciò tuttavia non tanto per via dell'accoglimento di una prospettiva processualistica dei nessi di dipendenza quanto in ragione della previsione della generale capacità della giurisdizione penale a risolvere ogni questione da cui dipende la decisione penale, previsione che, come si è visto, ha determinato la scomparsa di ogni residua ipotesi di rinvio obbligatorio al giudice competente. D'altra parte, l'apprezzamento di tali nessi sostanzialistici non costituisce un fenomeno del tutto recente. Già sotto la vigenza del codice del 1930, Aldo Ghiara aveva osservato l'esistenza di fattispecie penali costruite secondo una tecnica nettamente distinta da quella propria della pregiudizialità, una tecnica che richiama direttamente la decisione di una giurisdizione diversa da quella penale, anziché un elemento apprezzabile potenzialmente anche dal giudice penale⁶¹. Sebbene la circostanza che la stessa fattispecie penale richiedesse l'emanazione del provvedimento extrapenale sembrasse escludere in radice la possibilità di una cognizione incidentale del giudice penale, peraltro, la dottrina processualpenalistica ipotizzò il ricorso alla tecnica del rinvio facoltativo contemplata per le altre questioni pregiudiziali disciplinate dall'art. 20 c.p.p. 1930, con l'unica variante che, a differenza di quanto previsto dall'art. 21 c.p.p. 1930, sarebbe stato il provvedimento extrapenale in quanto tale, anziché il giudicato extrapenale, a vincolare il giudice penale⁶². Per questa via, l'assimilazione di tali ipotesi al fenomeno della pregiudizialità condusse la prevalente giurisprudenza a configurare uno *status* di fallito ai fini dell'accertamento del reato di fallimento⁶³, riconducendo così la problematica alle questioni di stato. Ma è palese che la giurisprudenza modellò, avvalendosi dell'ambigua formulazione dell'art. 19 c.p.p. 1930, un concetto pensato per altri scopi (lo stato delle persone) al fine di conseguire obiettivi eminentemente pratici, quale la sottrazione della competenza al giudice penale e la conseguente sottoposizione della giurisdizione penale al vincolo derivante dal giudicato del procedimento fallimentare.

Tale prospettiva non mutò nella sostanza con l'entrata in vigore del codice del 1988. In effetti, proprio la circostanza che la puntuale definizione dell'art. 3 c.p.p. escludesse il ricorso all'unica disciplina in grado di legare il giudice penale al giudicato di un'altra giurisdizione condusse la prima giurisprudenza a negare l'esistenza di un vincolo della sentenza fallimentare per la giurisdizione penale, in linea con quanto previsto dall'art. 479, disposizione significativamente costruita per disciplinare ipotesi, come quella in esame, non più riconducibili alla pregiudizialità di stato⁶⁴. La possibilità di ricorrere al meccanismo sospensivo contemplato da tale previsione è stata confermata, analogamente a quanto sostenuto sotto il codice del 1930, da una parte della dottrina processualpenalistica sia pur con riguardo alla specifica ipotesi dell'opposizione alla sentenza di fallimento, sul presupposto che anche qui si tratti di una controversia dalla cui risoluzione dipende la decisione penale sull'esistenza del reato⁶⁵.

L'inquadramento di tale fenomeno nell'alveo della pregiudizialità e, sia pur coi dovuti adattamenti, dei meccanismi processuali costruiti per regolamentare la stessa è stato peraltro recentemente contestato da studiosi di diverse discipline giuridiche, i quali hanno spostato l'angolo visuale dalla tecnica processuale di risoluzione della pregiudizialità alla tecnica di costruzione delle fattispecie sostanziali con elementi che richiamano direttamente pronunce o provvedimenti propri di altre giurisdizioni. Ciò ha portato a rivolgere l'attenzione sul diverso modo in cui alcune fattispecie penali sono strutturate rispetto alle ipotesi in cui esse richiamano elementi che, per il fatto di costituire l'oggetto di autonome fattispecie, possono formare

⁵⁹ S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 87 ss.

⁶⁰ Analogamente M.A. ZUMPARO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 2 s. La diversa conclusione cui perviene G. DE LUCA, *I limiti soggettivi*, cit., 202 s., discende dall'accoglimento della teorica del dovere punitivo e dalla conseguente configurazione del giudizio penale come finalizzato all'accertamento di un fatto, anziché di un effetto giuridico.

⁶¹ A. GHIARA, *Accertamento di cause estintive del reato in sede civile e sospensione del processo penale*, in *Giur. it.*, 1968, II, 19.

⁶² E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 90 nt. 68.

⁶³ Cass., sez. IV, 8.3.1982, in *Cass. pen. mass.*, 1983, 952.

⁶⁴ Cass., sez. V, 16.2.1995, Bertoldo, in *Cass. pen.*, 1997, 805.

⁶⁵ E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 927.

oggetto di un giudizio extrapenale senza peraltro escludere la cognizione (in via incidentale o principale) del giudice penale. Si tratta di un approccio estremamente fruttuoso per un corretto inquadramento della problematica dei rapporti intergiurisdizionali.

2.2.2.2. *Rapporti intergiurisdizionali e struttura della fattispecie penale.*

L'origine del fenomeno nella norma penale è stata sottolineata – significamente pressoché in contemporanea – da uno studioso del processo penale e una studiosa del processo civile, pur mediante ricostruzioni non del tutto coincidenti. Così, *Marcello Luigi Busetto* ha puntualmente posto l'accento sul legame di precedenza necessaria diritto sostanziale tra la cognizione penale dei reati fallimentari e la sentenza dichiarativa di fallimento. Si tratta di una prospettiva di grande interesse, sebbene non sia stata ulteriormente definita l'esatta natura di tale collegamento⁶⁶. Una simile esigenza di definizione è stata avvertita da *Maria Angela Zumpano*, la quale ha distinto, con un'esautiva indagine di teoria generale, due forme di rapporti intergiurisdizionali, che si realizzano rispettivamente mediante un collegamento tramite provvedimento e un collegamento tramite effetto, nell'ipotesi di pregiudizialità⁶⁷. Tale inquadramento discende dalla constatazione che in svariate ipotesi normative la legge penale contempla il provvedimento civile quale elemento della fattispecie (criminosa, estintiva, ecc.) non per l'accertamento in esso contenuto ma in quanto tale e in virtù della sua esistenza, il che esclude quindi ogni possibilità di accertamento da parte del giudice penale. Tale impostazione sarebbe corroborata dalla circostanza che i provvedimenti civili possono essere di svariata natura e non avere un contenuto necessariamente o esclusivamente dichiarativo: secondo quanto di volta in volta richiede la legge penale, ben può trattarsi di provvedimenti interinali o cautelari, e persino di natura non giurisdizionale⁶⁸. Inoltre, il fatto che la legge penale possa richiamare il provvedimento civile anche prima del suo passaggio in giudicato formale allontanerebbe definitivamente tale forma di collegamento da quella della pregiudizialità nella quale l'efficacia del provvedimento in un processo appartenente ad altra giurisdizione, lì dove prevista, è sempre condizionata all'irrevocabilità della pronuncia⁶⁹. La peculiare natura di tale collegamento svelerebbe un'efficacia del provvedimento extrapenale assimilabile all'efficacia di fattispecie⁷⁰, che collocherebbe il provvedimento medesimo a livello di mero fatto.

A tali impostazioni va tributato il merito di avere colto una parte importante di questa complessa problematica. A mio avviso, essa non può tuttavia essere compresa appieno senza unire tutti i tasselli che caratterizzano questa forma di collegamento e senza analizzare accuratamente la diversa struttura delle norme penali, evitando così di generalizzare conclusioni valide solo per alcune. A ben guardare, neppure il fenomeno della pregiudizialità in senso tecnico può essere affrontato da una prospettiva esclusivamente processualistica, dato che anche qui solo la norma penale può dire se e in che misura sia ipotizzabile un'efficacia, secondaria o di fattispecie, del provvedimento extrapenale in quanto tale. È quindi al diritto sostanziale che bisogna riandare per cogliere correttamente la portata delle diverse ipotesi, laddove questione logicamente distinta e successiva è e deve rimanere l'adozione dello strumento processuale più adatto per disciplinare le varie situazioni.

È indubitabile che la legge penale in alcune ipotesi richiami provvedimenti di altra giurisdizione e che essi, in quanto tali, rilevino agli effetti della fattispecie penale. Ciò avviene, ad esempio, nelle ipotesi previste dall'art. 388 c.p., significativamente accomunate dal fatto che l'incriminazione è legata alla mancata esecuzione dolosa di un provvedimento purchessia del giudice, quale che ne sia la natura e il contenuto. In simili ipotesi è evidente che il provvedimento rileva in quanto tale, anche quando (come nel caso della condanna) in sé è dotato di un contenuto dichiarativo. Il che non porta tuttavia a concludere, a mio parere, che esso spieghi nel processo penale un'efficacia di fattispecie. Che il provvedimento rilevi quale elemento costitutivo del reato discende dalla struttura della legge penale, che non conferisce al

⁶⁶ M.L. Busetto, *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, Milano, 2000, 34 ss.

⁶⁷ M.A. Zumpano, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, 18 ss.

⁶⁸ M.A. Zumpano, *op. cit.*, 4 ss.

⁶⁹ M.A. Zumpano, *op. cit.*, 92 ss.

⁷⁰ M.A. Zumpano, *op. cit.*, 63 ss.

provvedimento extrapenale alcun effetto così come non lo conferisce a nessun altro elemento della fattispecie criminosa. Né pare che il provvedimento extrapenale possa acquistare da sé una simile efficacia secondaria: riconoscere effetti secondari al fatto-provvedimento implicherebbe il riconoscimento di un'analoga efficacia a ogni altro fatto della fattispecie criminosa, anche di carattere naturalistico. D'altra parte, nei casi di provvedimenti interinali o cautelari ogni distinzione rispetto all'efficacia di giudicato del provvedimento extrapenale che risolve una questione pregiudiziale appare sterile, trattandosi qui di provvedimenti per definizione sprovvisti dell'idoneità a esprimere un accertamento suscettibile di passare in giudicato.

Ancor meno sembra corretto concludere che, nelle ipotesi in cui la legge penale richiama un provvedimento di un'altra giurisdizione in sé espressivo di un accertamento giurisdizionale, esso valga nel processo penale in quanto tale, anziché quale fonte di accertamento. Così nell'ipotesi dell'art. 556 comma 3 c.p., se è vero che la nullità del matrimonio deve essere dichiarata dalla giurisdizione competente e non è dunque surrogabile tramite la cognizione incidentale del giudice penale, è altrettanto evidente che proprio l'effetto della nullità del matrimonio rileva ai fini della fattispecie penale e, per suo tramite, dell'accertamento del giudice penale. Lo stesso può dirsi per il reato d'induzione al matrimonio mediante inganno e per la controversia materia dei reati fallimentari, dove è rispettivamente il risultato dell'annullamento del matrimonio e della dichiarazione di fallimento a rilevare ai fini della fattispecie criminosa. Insomma, quel che rileva agli effetti penali è il risultato effettuale dell'invalidità del matrimonio e della dichiarazione di fallimento, non il vuoto involucro del provvedimento che tale risultato produce. La circostanza che la legge esiga che tale risultato si realizzi mediante un provvedimento extrapenale ingenera l'impressione che quest'ultimo in quanto tale importi agli effetti penali, mentre è chiaro che la competenza del giudice penale è esclusa per un vincolo imposto dal diritto penale.

Ciò suggerisce peraltro di allargare la prospettiva d'indagine, estendendola al diritto sostanziale dell'ordinamento richiamato dalla norma penale. La problematica s'interseca, a mio giudizio, con una tematica da tempo arata dagli studiosi di diritto penale, che concerne la rilevanza degli elementi normativi della fattispecie penale⁷¹. A ben guardare, per le considerazioni surriportate, se di elemento o fatto della fattispecie penale si tratta, esso è costituito non dal provvedimento extrapenale fonte di accertamento ma dal risultato di tale accertamento ovvero dalla situazione giuridica costituita dal provvedimento medesimo. La prospettiva è, a quanto consta, finora inedita nella scienza penalistica, che non ha finora esteso l'indagine alle ipotesi in cui l'elemento normativo è costituito, per il modo in cui la fattispecie penale è strutturata, da una situazione giuridica accertata attraverso un provvedimento extrapenale, e conseguentemente ai rapporti tra l'accertamento extrapenale e le situazioni sostanziali tramite esso prodottesi. La circostanza che il diritto sostanziale di altri rami dell'ordinamento giuridico non sia chiamato in causa dalle indagini finora condotte su questa problematica si deve probabilmente allo studio settoriale e parziale dei problemi giuridici e alle distanze che tuttora s'impongono tra le discipline sostanzialistiche e processualistiche, sia civile che penale, anche in una materia, come questa, che pur richiederebbe un'indagine trasversale fondata su uno scambio di conoscenze giuridiche.

Insomma, sotto le spoglie di un collegamento tra provvedimento extrapenale e procedimento penale si evidenzia una relazione nitidamente apprezzabile tra diritto extrapenale e norma penale. Di un simile fenomeno aveva già avuto lucida intuizione ottant'anni fa *Salvatore Satta*, il quale – nell'ambito di una radicale contestazione della teorica degli effetti secondari e dunque della valenza fattuale della sentenza in altri procedimenti, anche della stessa giurisdizione – riconobbe che i fatti rilevanti per la fattispecie oggetto del diverso procedimento sono le modificazioni giuridiche prodotte dalla sentenza, non la sentenza in quanto tale⁷². “Qui è proprio il nodo del problema” – sottolineava *Satta* – “e nello stesso tempo la sua soluzione: la sentenza è e resterà sempre lo strumento che produce la modificazione del mondo giuridico, la quale si trascina con sé, per la complessità stessa dei rapporti che mettevano capo a quel mondo, tutta una serie di conseguenze che integrano in un certo senso la modificazione, ma che con la sentenza non hanno assolutamente nulla a che fare”⁷³. Né tali argomentazioni pare

⁷¹ In proposito cfr., per tutti, l'approfondita indagine di L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Milano, 2004.

⁷² S. SATTA, *Gli effetti secondari della sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1934, 257.

⁷³ S. SATTA, *op. ult. cit.*, 257.

perdano la loro validità nelle ipotesi in cui il provvedimento richiamato dalla norma penale sia di natura dichiarativa o di condanna, anziché di natura costitutiva⁷⁴. Anche in tali casi la circostanza che la legge penale richieda che la situazione sostanziale sia il risultato necessario di un accertamento da parte della giurisdizione competente fa sì che la norma sostanziale di tale ordinamento raggiunga la propria concretizzazione, sul piano giuridico, solo attraverso il provvedimento extrapenale.

Alla luce di ciò, neppure la configurazione del provvedimento richiamato dalla norma penale in chiave strumentale rispetto alla situazione sostanziale d'interesse ai fini penali appare del tutto adeguata a spiegare la complessità del fenomeno in esame. Tale impostazione, sottovalutando il ruolo della pronuncia giurisdizionale, sembra incorrere nel rischio opposto a quello cui si espone la tesi del collegamento tramite mero provvedimento. Il corretto inquadramento del ruolo del provvedimento, che quale fonte di accertamento è richiamato dalla norma penale, rappresenta il presupposto necessario per cogliere le differenze tra le ipotesi in questione e la pregiudizialità in senso tecnico nell'ambito della più ampia cornice dei rapporti tra procedimenti che hanno origine nella fattispecie penale. In effetti, una volta riconosciuto che in talune ipotesi la norma penale richiama un provvedimento di un'altra giurisdizione non in sé ma quale fonte di accertamento, la più consistente differenza tra tale fenomeno e la pregiudizialità sta nel fatto che quest'ultima ricorre quando la norma penale ingloba un elemento normativo costituente l'effetto di una fattispecie appartenente a un altro ramo dell'ordinamento, che può formare oggetto di un giudizio extrapenale o per il quale è in corso un giudizio nella sede competente, mentre nella classe dei rapporti in esame la fattispecie penale è costruita in modo tale che rende l'accertamento extrapenale l'indispensabile fonte di produzione giuridica della situazione giuridica rilevante agli effetti penali.

2.2.2.3. *Vincoli di fattispecie ed evoluzione dei rapporti interordinamentali.*

In definitiva, è la norma penale a veicolare il rapporto con la fattispecie sostanziale appartenente ad altro ramo dell'ordinamento giuridico, modellando il conseguente rapporto tra accertamento extrapenale e poteri di cognizione del giudice penale. Ciò consente peraltro di cogliere un importante profilo della problematica che accomuna i casi di pregiudizialità in senso tecnico e le ipotesi da ultimo considerate, ossia la rilevanza, per volontà della stessa legge penale, della situazione giuridica oggetto della fattispecie sostanziale extrapenale. Essa sembra suggerire l'adozione di una più ampia prospettiva rispetto a quella tradizionale, all'interno della quale la dipendenza della decisione penale dall'accertamento di un elemento normativo appartenente a un ordinamento extrapenale andrà comunque diversamente apprezzata a seconda che la norma penale esiga o meno il provvedimento della sede competente. In quest'ottica non pare azzardato sostenere che il vincolo discendente dal giudicato extrapenale contemplato dalla normativa processuale e il vincolo derivante dalla decisione di un'altra giurisdizione, richiesta dalla normativa penale quale fonte necessaria di accertamento di una data situazione giuridica, riflettano non tanto la diversità tra due distinte categorie di rapporti intergiurisdizionali quanto la diversa maturazione dei rapporti interordinamentali all'interno del medesimo sistema giuridico, che ben può essere apprezzata anche in prospettiva storica.

Emblematica la vicenda dei reati fallimentari, che a partire dal codice di commercio del 1882 hanno inglobato nelle relative fattispecie la dichiarazione di fallimento emessa dal tribunale competente⁷⁵. Sul piano processuale la formulazione indiscutibilmente ambigua dell'art. 19 c.p.p. 1930, nella misura in cui elevava un indefinito "stato delle persone" a motivo di sospensione obbligatoria del processo penale, diede adito, come si è accennato, a una progressiva opera di riempimento interpretativo di tale concetto con situazioni, quale quella del preteso *status* di fallito, difficilmente assimilabili allo stato di famiglia⁷⁶. La condivisione di tale linea esegetica ad opera delle Sezioni Unite⁷⁷ contribuì in forma decisiva al suo rafforzamento nella giurisprudenza successiva fino agli ultimi anni di vigenza del codice del 1930 ma non

⁷⁴ Al riguardo cfr. M.A. ZUPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 66 spec. nt. 66.

⁷⁵ In proposito cfr. M.A. ZUPANO, *op. cit.*, 19 nt. 3.

⁷⁶ Al riguardo cfr. E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 88 s., cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁷⁷ Cass., Sez. Un., 29.11.1958, Amantini, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, 624.

per ciò riuscì a smorzare l'insoddisfazione che la relativa soluzione processuale progressivamente alimentava. D'altra canto, i recenti tentativi teorici di allontanare tale collegamento dall'ambito della pregiudizialità, valorizzando la portata del provvedimento richiamato dalla norma penale, riflettono la consapevolezza dell'inadeguatezza della vigente disciplina processuale. In effetti, il codice del 1988, pur non consentendo la riproposizione dell'antica tesi della pregiudizialità di stato, non fornisce una regolamentazione effettivamente innovativa di tale collegamento che, se inquadrato nell'alveo della pregiudizialità, conduce a due soluzioni ugualmente insoddisfacenti in quanto poco rispettose della tecnica normativa adoperata in simili ipotesi dal legislatore penale: la cognizione incidentale del giudice penale in forza della regola generale dell'art. 2, ovvero il rinvio al giudice competente, al ricorrere delle condizioni previste dall'art. 479, al solo fine di ottenere un responso giudiziale liberamente valutabile dal giudice penale⁷⁸.

La recente presa di posizione delle Sezioni Unite, che nel rovesciare l'antico precedente del 1959 hanno respinto l'inquadramento di tale collegamento tra procedimento nell'alveo della pregiudizialità⁷⁹, manifesta un indubbio disagio nei confronti delle risposte fornite dalla vigente normativa processuale. Tale disagio è in buona misura condivisibile; ciò tuttavia non implica necessariamente che il provvedimento del tribunale fallimentare valga nella struttura dei reati fallimentari in quanto fatto giuridico e non in forza dell'accertamento che esso esprime, conclusione che, a mio parere, discende da un errore anzitutto storico d'inquadramento della problematica. In effetti, la circostanza che il codice di commercio del 1882 avesse incluso la dichiarazione di fallimento nella struttura dei reati fallimentari, se costituì un indubbio segnale della volontà del legislatore dell'epoca di escludere ogni possibilità di accertamento incidentale da parte del giudice penale del dissesto dell'imprenditore, richiesto dalla legislazione anteriore⁸⁰, non sembra avesse escluso l'interesse delle legge penale per tale accertamento quale indispensabile presupposto della pronuncia del giudice extrapenale. Ciò è provato in modo eloquente dall'evoluzione giurisprudenziale che ha condotto a ricorrere alla tecnica del rinvio obbligatorio al giudice competente, evoluzione che, al di là della correttezza del riferimento alla pregiudizialità di stato personale, ha testimoniato il perdurante interesse per l'accertamento della situazione giuridica costituita tramite la pronuncia del giudice fallimentare, non per il mero fatto dell'emanazione della dichiarazione di fallimento. La circostanza che la decisione del giudice fallimentare costituisca per la norma penale una fonte necessaria di produzione di tale situazione soggettiva ha indotto a concludere che l'efficacia, secondaria o di fattispecie, discenda dal diritto processuale dell'altra giurisdizione. Ma questo è un caso in cui l'osmosi tra diritto sostanziale e diritto processuale è tale che non si può negare che l'effetto sorga dal primo e si realizzi tramite il contributo del secondo, come puntualmente sottolineato dalla dottrina penalistica, che ha messo in luce la rilevanza non del provvedimento in sé ma dell'"insolvenza in quanto giuridicamente accertata"⁸¹.

Le osservazioni fin qui condotte consentono quindi di apprezzare in una prospettiva unitaria i rapporti intergiurisdizionali che trovano il loro fondamento nella fattispecie penale. Nelle pagine a seguire la presente indagine si concentrerà quindi sulle possibili alternative processuali che si profilano per disciplinare i vari nessi tra procedimenti, alla luce delle soluzioni offerte dalla normativa processuale penale, sulla base della seguente tripartizione: a) i rapporti nei quali la norma penale richiama quale elemento normativo il mero provvedimento di un'altra giurisdizione; b) i rapporti nei quali la norma penale richiama una situazione giuridica oggetto di una fattispecie pregiudiziale; c) i rapporti tra norma penale e diritto sostanziale extrapenale nei quali il provvedimento giurisdizionale della sede di competente si pone quale fonte necessaria di produzione giuridica.

⁷⁸ M.A. ZUMPARO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 29 s. Già sotto la vigenza del codice del 1930, del resto, E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 109 – pur proponendo, come si visto, il ricorso alla disciplina contenuta nell'art. 29 c.p.p. 1930 – sottolineava lucidamente che “per arrivare ad ipotizzare la facile risoluzione di una controversia, è necessario aver prima stabilito se la medesima è astrattamente risolubile in sede penale: infatti, solo in caso di risposta affermativa, avrà un senso indagare sulla complessità o meno della soluzione, nonché, a ben vedere, più in generale, sull'opportunità o meno della stessa sospensione”.

⁷⁹ Cass., Sez. Un., 28.2.2008, Niccoli, CED 2008/239398-9.

⁸⁰ In proposito si rinvia a U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, 47 ss.

⁸¹ A. PAGLIARO, *Riflessioni sulla riforma dei reati fallimentari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1989, 857.

3. La disciplina dei diversi rapporti tra procedimenti nell'unità dell'ordinamento giuridico.

3.1. *I rapporti tramite provvedimento.*

Le prime situazioni da considerare secondo la tripartizione surriportata concernono i rapporti tra procedimenti nei quali la norma penale richiama quale elemento normativo il mero provvedimento di un'altra giurisdizione. Si tratta di un collegamento che, come si è visto, ricorre ogniquale volta la legge penale non esiga nulla di più che la mera esistenza di un provvedimento di un'altra giurisdizione. Poiché peraltro l'esistenza del provvedimento rappresenta la condizione indispensabile perché la fattispecie penale possa dirsi integrata, non potendo essere integrata dalla pendenza del procedimento che all'emanazione del provvedimento richiesto, non parrebbe ipotizzabile un rapporto tra procedimenti ma tra procedimento penale e provvedimento extrapenale⁸². Un rapporto tra procedimenti sembra possa comunque realizzarsi per il fatto che “per gli atti del processo vige la regola dell'autocontrollo, nel senso che le imperfezioni vengono valutate e se del caso corrette all'interno della medesima struttura processuale”, con la conseguenza che “anche la questione del regime giuridico spettante al provvedimento difforme dallo schema legale dovrà misurarsi con questo sistema”⁸³. Il quale, a ben vedere, non tanto “attribuisce efficacia anche a provvedimenti imperfetti, finché non siano rimossi nei modi e alle condizioni di volta in volta specificamente previste”⁸⁴, quanto esclude che possa essere postulata pressoché ogni imperfezione⁸⁵ finché essa non sia stata giudizialmente dichiarata tale nell'ambito del relativo procedimento.

La circostanza che le invalidità possano essere rilevate solo nell'ambito e attraverso il processo consente di affrontare due questioni che, seppur legate, vanno esaminate separatamente. La prima concerne la possibilità per il giudice penale di sindacare incidentalmente la validità del provvedimento al fine di disporne l'eventuale disapplicazione agli effetti penali. Escludendo che differenze di regime possano essere tracciate tra le invalidità sul filo della distinzione tra legalità formale e controllo di merito del provvedimento, la risposta positiva all'interrogativo presupporrebbe una coincidenza di parametri di valutazione della validità degli atti giuridici tra ordinamento processuali diversi e soprattutto la possibilità di rilevare le invalidità dei provvedimenti giudiziali al di fuori del sistema delle impugnazioni. Ciò finirebbe tuttavia per rinnegare la stessa natura delle invalidità processuali, quali vizi che vivono e possono essere dichiarati solo all'interno del processo d'origine⁸⁶. La seconda questione attiene alle conseguenze nel processo penale della dichiarazione d'invalidità ottenuta in sede extrapenale. L'assenza di una sia pur scarsa regolamentazione processuale del fenomeno in esame ha condotto la giurisprudenza ad adottare soluzioni diversificate per situazioni tipologicamente simili, cosa in sé difficilmente tollerabile⁸⁷. Così, mentre si è ritenuto che la revoca del provvedimento del giudice civile che concerna l'affidamento di minori o prescriva misure cautelari incida sulla fattispecie dell'art. 388 comma 2 c.p. escludendo il reato⁸⁸, la soluzione opposta è stata adottata nel caso di annullamento, modifica o revoca della sentenza civile ai sensi del comma 1 dello stesso articolo, nel senso che tali vicende non escluderebbero in sé la responsabilità penale⁸⁹. Tuttavia, “sostenere che il collegamento tra i due processi nasce e si esaurisce all'atto dell'emanazione equivale a pensare che il legislatore accordi rilievo a quel dato provvedimento, non come portatore di certi valori, ma in quanto espressione di un mero potere fino a se stesso”⁹⁰. Ciò non implica peraltro che a fronte di una contestazione della validità del provvedimento in

⁸² M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, 70.

⁸³ M.A. ZUMPANO, *op. cit.*, 71 s.

⁸⁴ M.A. ZUMPANO, *op. cit.*, 72.

⁸⁵ L'unica eccezione sembra consistere nell'inesistenza del provvedimento dell'altra giurisdizione, che in quanto tale non abbisogna di alcuna dichiarazione e quindi ben può essere rilevata dal giudice di un'altra giurisdizione. In proposito cfr. M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 72 ss. spec. 77.

⁸⁶ Al riguardo, puntualmente, M.A. ZUMPANO, *op. cit.*, 85 ss.

⁸⁷ M.A. ZUMPANO, *op. cit.*, 104.

⁸⁸ Cass., sez. VI, 11.3.1994, Bono, in *Cass. pen.*, 1995, 2563.

⁸⁹ Cass., sez. I, 16.4.1971, Fumu, in *Foro nap.*, 1972, II, 44.

⁹⁰ M.A. ZUMPANO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, 117.

sede impugnatoria il giudice penale debba o possa far ricorso allo strumento della sospensione del procedimento. In effetti, proprio il ruolo che il provvedimento gioca nell'ambito della fattispecie penale nelle ipotesi in esame, unitamente alla struttura del sistema processuale d'invalidazione dello stesso, non consente d'ipotizzare la sussistenza di una controversia dalla cui risoluzione dipende la decisione penale ai sensi dell'art. 479⁹¹. La cognizione del giudice penale non sembra dunque subire alcuna limitazione finché il provvedimento non venga invalidato nell'ambito del procedimento nel quale è stato emanato e, appena ciò avvenga, anche con decisione a sua volta impugnabile o revocabile⁹², il giudice penale dovrà concludere il procedimento con una decisione *ex art.* 129.

Su un piano distinto si colloca la preoccupazione legata alla violazione del diritto di difesa nei confronti dell'imputato che non abbia avuto la possibilità di partecipare al giudizio extrapenale che ha condotto all'emanazione del provvedimento medesimo. Si tratta di una preoccupazione probabilmente priva di fondamento⁹³ e significativamente non ricorrente nella prassi, non tanto sulla base dell'argomento che rispetto al terzo imputato nel processo penale il provvedimento extrapenale è inefficace quanto per il fatto che la norma penale null'altro esige che la pura esistenza oggettiva del provvedimento⁹⁴. Noteremo che questo profilo differenzia nettamente il regime delle ipotesi in esame rispetto a quelle in cui il provvedimento dell'altra giurisdizione è sì richiamato dalla legge penale ma quale fonte di necessaria produzione normativa.

3.2. *I rapporti di pregiudizialità.*

La seconda classe di rapporti tra procedimenti concerne i casi in cui la norma penale richiama una situazione giuridica dal cui accertamento dipende la decisione penale. Non necessariamente deve trattarsi, come vedremo, della decisione concernente l'esistenza del reato e la responsabilità penale dell'imputato. Essenziale è invece che si tratti di una situazione giuridica dotata di una sua autonomia al punto da potere formare l'oggetto di un autonomo procedimento, il che non conduce peraltro a sostenere che nell'attuale assetto del rapporto tra giurisdizioni e procedimenti la soluzione rappresentata dalla cognizione in via principale con conseguente sospensione del procedimento penale costituisca la soluzione necessariamente preferenziale. Si è osservato che tale soluzione processuale non è esente da rischi sul piano della ragionevole durata del procedimento penale e che la scelta di concentrare la cognizione presso il giudice penale non implica necessariamente un accertamento in via incidentale della questione pregiudiziale. D'altra parte, se è discutibile che la cognizione incidentale non produca alcun risultato vincolante in altri procedimenti, non si può oggi più affermare che gli inconvenienti della sospensione siano necessariamente compensati dalla vincolatività per il giudice penale dell'accertamento ottenuto nella sede processuale esterna.

Nelle pagine a seguire l'indagine si concentrerà sulla disciplina processuale della pregiudizialità contenuta nel codice del 1988, evidenziando i cambiamenti intervenuti nella regolamentazione della materia e soprattutto la diversa tipologia delle situazioni disciplinate dagli artt. 3 e 479. La ricerca affronterà inoltre le soluzioni che, pur in assenza di una regolamentazione esplicita, la normativa processuale offre per disciplinare le ipotesi, tutt'ora esistenti, di pregiudizialità penale omogenea.

3.2.1. *La pregiudizialità di stato.*

Discostandosi dall'inquadramento generale della materia contenuto nel codice previgente, caratterizzato dalla scansione tra questioni di stato personale (art. 19) e altre questioni *pregiudiziali*

⁹¹ M.A. ZUMPARO, *op. cit.*, 118 ss.

⁹² M.A. ZUMPARO, *op. cit.*, 120.

⁹³ M.L. Busetto, *Giudice penale*, cit., 83 s.

⁹⁴ In questa prospettiva si può condividere la conclusione della stessa M.A. ZUMPARO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 98, la quale esclude che possa porsi un problema di limiti soggettivi perché il provvedimento "nel contesto della fattispecie si trova sullo stesso piano degli altri fatti giuridici che rilevano allo scopo comune della produzione dell'effetto considerato".

diziali civili e amministrative (art. 20), il codice del 1988 ha formalmente inquadrato nell'alveo della pregiudizialità le sole questioni di stato di cui all'art. 3. Analizzeremo nel prosieguo del presente studio se e in che misura l'utilizzo per le questioni disciplinate dall'art. 479 di una denominazione in sé vaga, che non chiama in causa specificamente l'area delle pregiudizialità, riflette un'opzione legislativa effettivamente innovativa rispetto alla codificazione previgente. Da verificare è ora, con specifico riguardo alle questioni di stato, se ed entro che limiti i profili d'indubbia originalità dell'attuale disciplina si "accompagna[no] al mantenimento di soluzioni tradizionali"⁹⁵.

Innovativa è anzitutto la tipizzazione di specifiche forme di pregiudizialità di stato. Le ragioni che avevano sospinto i codificatori del 1930 a prevedere l'indefinita categoria dello stato personale, fondate sull'irragionevolezza delle limitazioni della disciplina precedente legate alle questioni di filiazione di un infante⁹⁶, condussero, come si è notato, a una tale dilatazione del concetto di "stato" da allontanarlo da quelle situazioni che "costituivano sicuro campo di applicazione di questo tipo di pregiudizialità"⁹⁷. Probabilmente proprio la costruzione nella prevalente giurisprudenza della figura di uno *status* dell'imprenditore fallito alimentò una crescente insoddisfazione verso una soluzione che finiva col "sottovalutare il particolare collegamento che deve sussistere tra la persona in quanto tale e le situazioni soggettive atte a dar luogo alle questioni di stato di persone"⁹⁸. Al recupero di tale collegamento mira la restrizione, operata dal codice del 1988, della disciplina dell'art. 3 ai soli *status* di famiglia e di cittadinanza, con la conseguenza che nessuno spazio rimane oggi pertanto per la riproposizione della tesi dello stato di fallito.

Al ridimensionamento del concetto di stato personale fa da contrappunto un ampliamento del rapporto di dipendenza, che non concerne più la decisione sull'esistenza del reato ma la decisione penale genericamente intesa, formula che consente di ricorrere al meccanismo sospensivo in ogni ipotesi in cui dalla risoluzione della questione di stato dipenda un qualunque punto della decisione, ivi compresa la qualificazione giuridica del fatto e la sussistenza di un elemento circostanziale⁹⁹. Non per ciò solo si può tuttavia dire che il nuovo codice abbia potenziato, contrariamente alle esigenze di celerità poste alla base dell'attuale sistema processuale, il fenomeno della sospensione del procedimento penale rispetto alla disciplina previgente. In effetti, la pur diversa formula utilizzata dalla legislazione del 1930 "esistenza di un reato" si era prestata a letture estensive che avevano condotto la dottrina ad abbracciare, fin dalla entrata in vigore del codice, una visione del reato nella quale "acquistano rilievo anche le 'condizioni' necessarie perché un determinato fatto sia e rimanga punibile"¹⁰⁰, così da includere l'accertamento delle condizioni obiettive di punibilità e delle cause di esenzione da pena¹⁰¹ e di estinzione del reato¹⁰², se non anche accertamenti di diverso segno, quali quelli concernenti il *nomen iuris* o le circostanze idonee a modificare il titolo del reato¹⁰³.

Sul piano della dinamica processuale il meccanismo della sospensione incontra precisi limiti nella normativa vigente. La prima limitazione discende dal fatto che non in ogni fase e grado del procedimento si può ricorrere alla sospensione, come invece avveniva sotto la codificazione previgente. Essa non può essere disposta nel corso delle indagini preliminari, non solo per via del riferimento al "processo"¹⁰⁴ ma soprattutto per l'inquadramento della pregiudizialità nell'ambito della problematica che concerne i poteri cognitivi del giudice penale. Il che implica che solo la giurisdizione incardinata con l'instaurazione del processo possa valutare la necessità di rinviare al giudice competente la risoluzione della questione pregiudiziale, il cui nesso di dipendenza logico-giuridica va sì apprezzato rispetto a un qualunque punto della decisione ma pur sempre della decisione su un'imputazione già formalizzata. Ciò esclude che

⁹⁵ E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 919.

⁹⁶ Cfr. A. ROCCO, *Relazione del Ministro guardasigilli al progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale*, in *Lavori Preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VII, Roma, 1930, 12.

⁹⁷ E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 920, confermando con ciò le conclusioni raggiunte in *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 88 s.

⁹⁸ E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 920.

⁹⁹ E. MARZADURI, *op. ult. loc. cit.*

¹⁰⁰ E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 90.

¹⁰¹ V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed., vol. I, a cura di CONSO G., Torino, 1968, 341.

¹⁰² A. GHIARA, *Accertamento di cause estintive del reato*, cit., 14 ss.

¹⁰³ G. LEONE, *Trattato*, I, cit., 324.

¹⁰⁴ In proposito E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 920.

non solo il pubblico ministero ma anche il giudice per le indagini preliminari possa avvalersi, nella fase preliminare, dello strumento della sospensione del procedimento, ma non per questo esclude la rilevanza della pregiudizialità in sé, che andrà risolta incidentalmente ai fini della decisione sull'esercizio dell'azione penale e delle molteplici decisioni che il giudice può dovere prendere nel corso delle indagini preliminari. Quanto alle fasi successive alla formulazione dell'imputazione, la possibilità per il giudice dell'udienza preliminare di ricorrere alla sospensione del procedimento presuppone che il nesso di dipendenza possa essere apprezzato nei riguardi di un punto della decisione che rientri fra le questioni che formano oggetto del giudizio della relativa fase¹⁰⁵. L'utilizzo dello strumento della sospensione in udienza preliminare appare comunque sconsigliabile perché sproporzionato, specie in considerazione della durata della sospensione¹⁰⁶, rispetto alla decisione di questa fase. Peraltro, il ricorso alla sospensione lascia impregiudicata la possibilità di compimento di atti urgenti che, se di carattere probatorio, richiedono una procedura *ad hoc*, laddove in udienza preliminare sia l'incidente probatorio sia l'assunzione delle prove *ex art. 422* sono soggetti a precisi limiti funzionali. Quanto ai giudizi d'impugnazione, sembra si possa escludere la possibilità di ricorrere alla sospensione nel corso del procedimento in cassazione, non solo in ragione dei limiti funzionali dello stesso¹⁰⁷ ma anche in considerazione del fatto che avverso l'ordinanza sospensiva deve essere garantito proprio il ricorso in cassazione!

La seconda limitazione del potere sospensivo attiene ai suoi presupposti, ben più stringenti rispetto a quelli previsti dalla codificazione del 1930. A fronte delle proposte di chi, contestando la necessità di un disaccordo tra le parti¹⁰⁸, aveva interpretato la "controversia", prevista dall'art. 19 c.p.p. 1930, in chiave di dubbio oggettivo sull'esistenza di una questione sullo stato personale, sul presupposto che nella materia indisponibile delle questioni di stato la questione potesse essere apprezzata dal giudice civile anche in caso d'inerzia o acquiescenza degli interessati¹⁰⁹, il codice del 1988 ha riferito alla "questione" la valutazione circa la tecnica di risoluzione della "controversia" sullo stato di famiglia o di cittadinanza. Sebbene tale circostanza sembri avvalorare una lettura oggettivistica della previsione, la considerazione del fondamentale ruolo che nell'attuale sistema processuale rivestano le parti fa sì che non si possa prescindere dall'atteggiamento concretamente assunto dagli interessati e quindi dall'esistenza di una concreta situazione di conflittualità sullo stato personale¹¹⁰. Ciò non significa che la legge abbia trascurato, ai fini della delicata questione circa la sospensione o meno del processo penale, l'esigenza di selezionare, tra le controversie esistenti, quelle sulle quali sussista una situazione tale da poter fondatamente ipotizzare una questione di stato¹¹¹. Tale esigenza è stata coltivata attraverso il requisito alla serietà, significativamente oggi riferito alla questione in quanto tale, il che consente al giudice penale di valutare la necessità della sospensione a fronte di effettivo dubbio sullo stato, al fine di evitare sospensioni in presenza di controversie artificiose o temerarie¹¹². Semmai, sembra si possa oggi dubitare della necessità di tale requisito aggiuntivo che, se nel codice del 1930 permetteva al giudice penale di valutare la fondatezza della controversia sullo stato ai fini del ricorso allo strumento allora obbligatorio della sospensione, nell'attuale sistema processuale impone una verifica che il giudice è comunque tenuto a inserire in un complessivo bilanciamento tra interessi confliggenti, nel quale, come vedremo, risiede la premessa necessaria per l'esercizio del potere discrezionale di sospensione.

Il ricorso alla sospensione è oggi peraltro condizionato alla pendenza di un procedimento sulla questione di stato. Si tratta di un requisito già inserito nel progetto preliminare del 1977 e certo ben più esigente rispetto a quello dell'"esistenza" della controversia, previsto dal codice del 1930. In effetti, sebbene alla dottrina dell'epoca non fosse rimasta estranea l'esigenza di consentire al giudice penale di valutare la proponibilità dell'azione civile¹¹³, l'attribuzione al pubblico ministero del potere di promuovere, oltre che proseguire, il giudizio conduceva a

¹⁰⁵ Tale non è, ad esempio, come si è notato, l'imputabilità.

¹⁰⁶ L'assenza, nella fattispecie dell'art. 3, di una previsione analoga a quella dell'ultimo comma dell'art. 479 porta a concludere che la sospensione duri fino al passaggio in giudicato della decisione extrapenale.

¹⁰⁷ In proposito E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 920.

¹⁰⁸ In tal senso era invece orientata la giurisprudenza. Cfr., per tutte, Cass., sez. II, 31.3.1965, Lanciotti, in *Cass. pen. mass.*, 1966, 116.

¹⁰⁹ G. FOSCHINI, *La connessione*, cit., 98.

¹¹⁰ E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 920 s.

¹¹¹ In proposito cfr. già E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 95.

¹¹² Sulla necessità d'impedire tali rischi cfr. E. MARZADURI, *op. ult. cit.*, 95.

¹¹³ G. FOSCHINI, *La connessione*, cit., 99.

escludere che il giudice penale potesse richiedere l'avvenuto esercizio dell'azione civile¹¹⁴, il che comportava il rischio di sospensioni disposte "al buio". La disciplina attuale mira a far fronte a un simile inconveniente prescrivendo che l'azione civile sia già stata esercitata. La pendenza del processo civile si determina secondo le regole stabilite dalla normativa prescritta per i diversi procedimenti¹¹⁵, ma alla sospensione non sembra si possa ricorrere nell'ipotesi in cui in sede civile sia pendente il giudizio sull'impugnazione straordinaria dato che il giudicato civile si pone, per l'eccezionale caso delle questioni stato, quale fonte di produzione normativa nel caso concreto, producendo un vincolo che il giudice penale è tenuto a rispettare finché non intervenga una decisione che lo travolga¹¹⁶.

La sussistenza di tali requisiti, a differenza di quanto avveniva sotto il codice del 1930, non impone comunque al giudice penale di optare per il rinvio della questione di stato al giudice competente. Si tratta certamente della novità più consistente della disciplina del 1988, che introduce una "prospettiva di contemperamento tra interessi prima negata"¹¹⁷. Ciò porta a escludere che al giudice penale sia stata riconosciuta una generica facoltà di sospensione, tale da consentirgli l'esercizio di un "potere illimitato sulla gestione dei meccanismi sospensivi"¹¹⁸. Piuttosto, al giudice penale è stato affidato il delicato compito di bilanciare i vantaggi conseguibili attraverso il rinvio alla sede competente col sacrificio delle esigenze del processo penale, prime fra tutte quella della celerità processuale che impone un'attenta considerazione, tra l'altro, dello stadio di avanzamento del procedimento extrapenale pendente¹¹⁹. D'altra parte, si è osservato poc'anzi che una logica di bilanciamento è suggerita anche dalla valutazione della serietà della questione, che impone al giudice penale di soppesare i vantaggi della cognizione incidentale e i disagi del rinvio alla sede competente alla luce del grado di fondatezza della controversia sulla questione di stato.

Analogamente a quanto constatato sotto la disciplina del 1930, anche nell'attuale sistema processuale la *ratio* del rinvio alla sede competente non può consistere nella particolare gravità delle questioni di stato personale, "per la risoluzione delle quali le leggi civili esigono cautele e stabiliscono regole speciali"¹²⁰. Sulla falsariga dell'art. 308 c.p.p. 1930, l'art. 193 c.p.p. ribadisce "l'operatività davanti al giudice penale delle limitazioni che le leggi civili prevedono relativamente alla prova delle questioni di stato"¹²¹. Ancor oggi la ragion d'essere della sospensione del procedimento è usualmente ricercata nell'interesse della legge processuale alla risoluzione della questione di stato da parte del giudice competente con una decisione avente forza di giudicato. Si tratta di un interesse di sicuro rilievo nel contesto della fattispecie di cui all'art. 3 c.p.p. che, analogamente a quanto prescriveva l'art. 21 c.p.p. 1930, codifica l'efficacia nel procedimento penale del giudicato civile sulla questione di stato, un'efficacia che s'impone sul giudizio penale anche nell'ipotesi in cui il giudice non opti per il rinvio alla sede competente¹²². Non si può tuttavia trascurare il fatto che la previsione si trova oggi inserita in un sistema processuale che, a differenza di quello previgente, si è discostato dalla tradizionale funzionalizzazione della sospensione del procedimento al conseguimento di una decisione con vincolo di giudicato per il procedimento penale. Del resto, anche a prescindere dalla sospensione del procedimento penale, la sottomissione del giudice penale al vincolo del giudicato proveniente da altre giurisdizioni rappresenta ormai un fenomeno del tutto eccezionale e certo l'introduzione dell'art. 238-bis, quali che siano le considerazioni che si vogliano trarre sul merito di questa previsione, ha fornito un contributo decisivo all'affermazione di una concezione della rilevanza dei provvedimenti decisori in altri procedimenti non limitata all'efficacia del giudicato.

A ben guardare, nella fattispecie dell'art. 3 c.p.p., a differenza di quanto avveniva in quella dell'art. 19 c.p.p. 1930, il conseguimento di una decisione con efficacia di giudicato non pare costituire l'interesse prevalente della legge processuale, come palesemente si evince dal carattere discrezionale della sospensione. In una visione unitaria dell'ordinamento ciò significa

¹¹⁴ E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 94.

¹¹⁵ E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 921.

¹¹⁶ In senso diverso, sotto il codice del 1930, cfr. M. CHIAVARIO, *La sospensione del processo penale*, Milano, 1967, 106 s.; E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 94.

¹¹⁷ E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 921.

¹¹⁸ Analogamente E. MARZADURI, *op. ult. ult. cit.*

¹¹⁹ E. MARZADURI, *op. ult. ult. cit.*

¹²⁰ Cfr. A. ROCCO, *Relazione del Ministro guardasigilli al progetto preliminare*, cit., 12.

¹²¹ Così, puntualmente, E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 86.

¹²² Al riguardo E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 922.

che la norma penale, nell'inglobare lo *status* quale elemento della fattispecie sostanziale, non impone l'accertamento nella sede competente, rilasciando alla giurisdizione penale l'adozione della tecnica cognitiva più idonea nel concreto alla risoluzione della questione di stato. E tra le delicate valutazioni che il giudice penale è chiamato a operare si pone, una volta superata una visione assoluta del giudicato di stato¹²³, la considerazione dell'idoneità del giudicato extrapenale a vincolare i soggetti coinvolti nel processo penale, una considerazione agevolata dalla circostanza che la disciplina vigente, esigendo la pendenza del giudizio extrapenale, consente di appurare la direzione soggettiva del futuro giudicato civile. Laddove il giudicato extrapenale si sia già formato, tale verifica costituisce un punto fondamentale della decisione tra il rinvio alla sede competente e la cognizione incidentale. Peraltro, la circostanza che il vincolo del giudicato civile si spieghi nei confronti del "procedimento penale" va apprezzata unitamente alla scelta legislativa di escludere la sospensione dall'ambito applicativo della fase preliminare, col risultato che sia il giudice per le indagini preliminari sia il pubblico ministero dovranno verificare l'esistenza di un nesso di dipendenza, rispettivamente, delle decisioni che caratterizzano le indagini preliminari e delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale dall'accertamento extrapenale anche sotto il profilo soggettivo.

3.2.2. *Le altre questioni civili e amministrative.*

Si è rilevato che la codificazione del 1988 – allontanandosi dall'impostazione del codice previgente e al fine di operare una netta delimitazione delle ipotesi di arresto del procedimento penale – ha formalmente inquadrato le sole questioni di stato di famiglia e di cittadinanza nell'alveo della pregiudizialità. Sebbene in sede di redazione del progetto definitivo del codice del 1988 fosse stata avanzata la proposta di sopprimere ogni ulteriore ipotesi sospensiva relativa a questioni di competenza di altre giurisdizioni, i redattori dell'attuale codice – sulla scorta di una scelta sistematica proposta nel progetto preliminare del 1977¹²⁴ – inserirono un'apposita previsione per disciplinare la sospensione discrezionale del solo dibattimento a fronte di *altre* questioni di natura civile o amministrative, non definite se non negativamente per il fatto di essere ontologicamente diverse da quelle di stato. Né la clausola iniziale di salvezza dell'art. 479 c.p.p. né la collocazione sistematica di tale disposizione né la vaga definizione delle questioni in essa regolamentate costituiscono tuttavia argomenti decisivi per escludere la rilevanza della relativa disciplina sul piano della pregiudizialità in senso stretto, rilevanza che ben può essere postulata in considerazione dell'espresso riferimento testuale al nesso di dipendenza della decisione penale dalla risoluzione della questione civile o amministrativa.

D'altra parte, tale disposizione – costruita quale contraltare della previsione sulle questioni di stato – si rivela a essa accomunata in ragione del carattere discrezionale della sospensione che, non escludendo la cognizione del giudice penale, rende difficile ipotizzare, come si è constatato, un autentico rapporto di regola-eccezione con l'art. 2 con riferimento ad entrambe le fattispecie processuali. Piuttosto, se un simile rapporto si vuol postulare, esso concerne quelle ipotesi legislative che contemplano una competenza esclusiva del giudice penale a decidere la questione pregiudiziale, il che non lascia dunque alcuno spazio alla sospensione, sicché oggi rispetto ad esse, più che alla previsione dell'art. 3, andrebbero tracciati i limiti applicativi dell'art. 479¹²⁵.

Nonostante l'apparente portata onnicomprensiva, la previsione in esame presenta elementi – in parte ereditati dalla disciplina del codice previgente, in parte frutto di una precisa scelta legislativa dell'attuale codificazione – volti a circoscrivere il potere di sospensione del procedimento penale in maniera ben più consistente rispetto a quanto si è constatato per la pregiudizialità di stato. La stessa collocazione della disposizione all'interno della disciplina sul dibattimento costituisce il primo segnale della scelta di contenimento del meccanismo sospensivo, cui si può ricorrere solo per le risoluzioni della decisione dibattimentale. Tale limitazione è peraltro legata alla scelta di delimitare ulteriormente l'ambito applicativo della disposizione alle

¹²³ In proposito cfr. E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 87 nt. 46 e *Questioni pregiudiziali* 2002, cit., 923, sulla scorta dell'impostazione di G. PUGLIESE, *Giudicato civile: b) diritto vigente*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, 1969, 889.

¹²⁴ Per un accenno cfr. E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 102 nt. 157.

¹²⁵ Al riguardo cfr. per puntuali riferimenti ancora di grande attualità, E. MARZADURI, *op. ult. cit.*, 102 s.

sole questioni dalla cui risoluzione dipende non qualunque decisione penale ma la decisione sull'esistenza del reato, sul presupposto che il giudizio dell'udienza preliminare non verta sulla responsabilità penale ma sulla meritevolezza dell'instaurazione del dibattimento. Sebbene una simile impostazione si esponga al rilievo critico che la decisione sulla meritevolezza del dibattimento va calibrata rispetto alle *chance* di successo dell'imputazione, si è osservato a proposito della pregiudizialità di stato che il ricorso alla sospensione non appare comunque consono alla struttura e alle decisioni dell'udienza preliminare. Discorso diverso andrebbe condotto per il giudizio abbreviato, per il quale l'interesse al rinvio alla sede competente può essere apprezzato in misura non meno consistente che per il giudizio dibattimentale, sebbene il rinvio generale alle disposizioni previste per l'udienza preliminare (art. 441 comma 1) non lasci spazio per il ricorso alla soluzione sospensiva¹²⁶.

Quanto alla natura della decisione penale alla quale la controversia civile o amministrativa è legata da vincolo di dipendenza, il riferimento all'esistenza del reato esclude che alla sospensione si possa ricorrere per decisioni dibattimentali non legate alla prova del *Tatbestand*, secondo quanto esposto nel corso della presente indagine. Non con altrettanta certezza si può escludere il meccanismo sospensivo per quelle decisioni incidentali che possono essere adottate durante la fase dibattimentale e che si caratterizzano per la risoluzione in chiave prognostica del tema della colpevolezza, sebbene i disagi dello strumento sospensivo siano ben poco conciliabili con l'esigenza d'immediatezza che connota decisioni come quella cautelare. Quanto al giudizio di merito, la delimitazione all'area della decisione sull'esistenza del reato non appare apportare significativi elementi di novità rispetto all'ambito della decisione sull'esistenza di un reato, quale prevista dall'art. 20 c.p.p. 1930¹²⁷. Rispetto a quanto avviene per la pregiudizialità di stato, il nesso di dipendenza non può quindi essere ipotizzato per questioni (come quella concernente la qualificazione giuridica del fatto) che non attengono all'esistenza del reato, formula che comunque va intesa in un'accezione che non guarda solo agli elementi costitutivi del reato ma a tutte le condizioni dalla cui sussistenza dipende la punibilità¹²⁸.

Ulteriori profili segnano la delimitazione dell'area della sospensione del procedimento penale rispetto sia alla disciplina previgente che all'attuale regolamentazione in tema di pregiudizialità di stato. Così, la "non facile risolubilità", prevista dall'art. 20 c.p.p. 1930, si è tradotta nella più esigente condizione della "particolare complessità" della controversia, requisito volto a escludere la cognizione incidentale del giudice penale. Analogamente all'art. 3 e a differenza di quanto prescriveva l'art. 20 c.p.p. 1930, la previsione in esame subordina poi la sospensione alla pendenza di un procedimento davanti alla giurisdizione extrapenale. Diversamente da quel che richiede l'art. 3, peraltro, la legge prescrive qui che si tratti della giurisdizione competente, precisazione che, pur senza autorizzare un sindacato sulla competenza da parte del giudice penale, sembra comunque richiedere che le parti abbiano "riassunto il processo davanti al giudice la cui competenza è stata affermata in termini vincolanti"¹²⁹. Infine, a differenza di quanto avviene per la pregiudizialità di stato, per la quale la legge richiede l'applicazione da parte del giudice penale delle regole probatorie del processo civile, l'art. 479 rilascia al giudice penale la valutazione delle limitazioni civili di prova al fine di ricorrere o meno allo strumento sospensivo. Raccogliendo i suggerimenti proposti da parte della dottrina sotto la disciplina previgente¹³⁰, il codice del 1988 ha riferito tali limitazioni alla controversia non di un "diritto" ma genericamente di una "posizione soggettiva", formula che consente quindi senza alcuna difficoltà ermeneutica di ricorrere alla sospensione del procedimento anche nelle ipotesi in cui la questione pregiudiziale concerne interessi legittimi¹³¹. La limitazione in questione non sembra comunque giustificarsi in forza delle difformità dei sistemi probatori, dato che, se così fosse, "si sarebbe costretti ad escludere quasi completamente la possibilità di devoluzione al giudice civile"¹³². Più proficuo appare riferire dunque la limitazione al regime previsto in sede extrapenale alla prova della posizione giuridica controversa, "nel rispetto delle caratteristiche

¹²⁶ In quest'ottica, un'evidente disparità si realizza nei riguardi delle sia pur eccezionali ipotesi di prosecuzione del giudizio dibattimentale con le forme del giudizio abbreviato.

¹²⁷ In proposito E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 924.

¹²⁸ E. MARZADURI, *op. ult. cit.*, 924 nt. 81.

¹²⁹ In tal senso E. MARZADURI, *op. ult. cit.*, 924.

¹³⁰ M. CHIAVARO, *La sospensione*, cit., 97; E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 103 s.

¹³¹ G. DI CHIARA, *Processo penale e pregiudizialità*, cit., 23.

¹³² In tal senso E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 1987, cit., 106.

dinamiche e dei limiti funzionali di impiego che contraddistinguono i mezzi di prova ammissibili¹³³.

La sussistenza di tali requisiti – analogamente a quanto previsto dall'art. 3 dell'attuale codice e dall'art. 20 c.p.p. 1930 – non impone al giudice penale la sospensione del procedimento penale, costituendo piuttosto la base della valutazione discrezionale che l'organo giudicante è chiamato a compiere per decidere se ricorrere allo strumento della sospensione. Anche l'art. 479 richiede al giudice penale un delicato bilanciamento tra valori contrapposti, che non può non assumere quale punto di partenza il sacrificio che la sospensione provoca sul piano della celerità del procedimento penale in corso. Si tratta di un'esigenza di fondamentale rilievo anche nella fattispecie in esame, come attestato non solo dalla previsione della pendenza del giudizio extrapenale ma, più specificamente, dalla facoltà, riconosciuta al giudice penale, di revocare (anche d'ufficio) la sospensione laddove il giudizio extrapenale non venga concluso entro un anno (art. 479 comma 3)¹³⁴.

A differenza di quanto previsto dall'art. 3 e dall'art. 21 c.p.p. 1930, peraltro, la sospensione del procedimento penale per le questioni di cui all'art. 479 non trova la propria giustificazione nell'esigenza che nella sede competente venga emessa una decisione avente forza di giudicato per il giudizio penale. In assenza di una specifica norma che, al di là della generica previsione dell'art. 2909 c.c., contempli l'efficacia del giudicato civile in sede penale, ciò porta a escludere che in tali ipotesi il giudice penale subisca il vincolo dell'accertamento civile o amministrativo. Il che non implica che l'accertamento extrapenale sia sprovvisto di rilevanza per il giudizio penale, ovvero sia dotato di una mera efficacia di fatto, cosicché il giudice penale sia libero di valutarlo "alla stregua di ogni altro materiale utile sul piano probatorio"¹³⁵. A fronte di un giudicato già formato in sede extrapenale, il giudice penale dovrà anzitutto inserire il relativo accertamento nella valutazione sull'opportunità della sospensione del procedimento. Sul piano motivazionale, poi, se si può arrivare a escludere l'obbligo di motivare la decisione conforme del giudice penale in tutti i casi in cui nel procedimento penale non siano "emerse [...] prospettazioni diverse"¹³⁶, non può avvenire il contrario, anzi sembra legittimo gravare il giudice penale di un obbligo di motivazione aggravata nel caso in cui decida di discostarsi dall'accertamento del giudice competente¹³⁷.

Anche una simile conclusione appare tuttavia poco appagante. In effetti, esonerare il giudice penale da qualunque obbligo motivazionale nell'ipotesi in cui non si discosti dal verdetto del giudice extrapenale può significare attribuire all'accertamento di un'altra giurisdizione un'efficacia persino superiore al vincolo di giudicato previsto dalla legislazione previgente. Mentre il codice del 1930 subordinava la vincolatività nel processo penale dell'accertamento civile o amministrativo nelle ipotesi di cui all'art. 20 c.p.p. 1930 alla circostanza che la controversia fosse stata decisa "fra le stesse persone" e all'assenza di limiti legali alla prova del diritto oggetto della controversia, l'art. 479 autorizza il giudice penale a utilizzare quale prova la decisione extrapenale senza considerare tra quali soggetti sia stata emessa. Il che espone la disposizione alle stesse critiche mosse nei confronti dell'art. 238-bis per il fatto di non prestare alcuna attenzione al profilo soggettivo che sta alla base di un autentico contraddittorio¹³⁸. Non meno rilevante il profilo attinente al rispetto dei limiti probatori previsti dalla legge civile per la prova della posizione giuridica controversa, profilo configurato dalla legge processuale quale

¹³³ Così E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 924, sulla scorta dell'impostazione di L. COMOLIO, *La pregiudiziale facoltativa*, cit., 1273 s.

¹³⁴ Tale previsione sembra a primo acchito porsi in contrasto col requisito della particolare complessità della controversia. Peraltro, il giudice penale deve inserire nella valutazione sull'opportunità della sospensione la considerazione dell'idoneità del giudizio extrapenale a concludersi in tale termine (in tal senso G. DI CHIARA, *Processo penale e pregiudizialità*, cit., 25). Ciò non porta tuttavia a concludere che il giudice penale non possa ricorrere alla sospensione laddove non possa inizialmente formulare alcuna valutazione circa la tempistica del giudizio extrapenale [analogamente E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali* (2002), cit., 925]. A ben vedere, si tratta di requisiti che operano su piani differenti e soprattutto in momenti diversi dell'iter procedimentale. Mentre la mancanza di complessità della controversia esclude radicalmente la sospensione del procedimento penale, il mancato rispetto del termine annuale obbliga in realtà il giudice penale a riconsiderare la valutazione iniziale, non a revocare la sospensione. Il che implica che essa possa essere anche mantenuta laddove il giudice penale ritenga prevalenti i vantaggi conseguibili tramite il risultato decisorio che si otterrà nella sede competente, purché naturalmente l'organo giudicante motivi adeguatamente sul punto.

¹³⁵ In tal senso, invece, la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, 1988, cit., 9.

¹³⁶ M.L. Busetto, *Giudice penale*, cit., 34 ss.

¹³⁷ Anche la *Relazione al testo definitivo del codice di procedura penale*, in G.U. 24.10.1988 n. 250, suppl. ordinario n. 2, 165, aveva rimarcato l'esigenza di una congrua motivazione in tale ipotesi.

¹³⁸ Al riguardo, tra i tanti, M.L. Busetto, *Giudice penale*, cit., 91 nt. 106; E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali* (2002), cit., 926.

limite al potere di sospensione, ma non al potere di utilizzo della decisione extrapenale che ha deciso con forza di giudicato una questione pregiudiziale. Ciò comporta il rischio che l'art. 21 c.p.p. 1930 mirava a prevenire, potendo così "rientrare per via traversa nel processo penale quelle limitazioni probatorie che si vollero escludere"¹³⁹.

3.2.3. *La pregiudizialità penale omogenea.*

Si è osservato che, a differenza di quanto previsto nel campo della pregiudizialità civile e amministrativa, il codice del 1988 non contempla alcuna ipotesi di sospensione del procedimento penale per la risoluzione di questioni pregiudiziali di natura penale. Proprio in ragione di ciò la giurisprudenza di legittimità è arrivata a ipotizzare l'abnormità del provvedimento del giudice penale che si avvalga dello strumento sospensivo¹⁴⁰.

D'altronde, una così radicale conclusione non può trovare la propria giustificazione nell'ineidoneità del giudicato penale a produrre effetti vincolanti nei confronti di altri giudici penali, dato che pur in assenza di un simile vincolo la codificazione del 1930 aveva comunque consentito il ricorso al meccanismo sospensivo. Nella fattispecie dell'art. 18 c.p.p. 1930 la sospensione rappresentava una delle due possibili conclusioni di una delicata valutazione nella quale il giudice penale era chiamato a soppesare i rischi per la celerità del procedimento e i vantaggi conseguibili in termini di riduzione del pericolo di contrasto fra giudicati. Nell'esaltare l'idoneità del giudice penale a risolvere ogni questione da cui dipende la decisione penale, l'attuale codice, pur conducendo alla configurazione anche della pregiudizialità di stato in termini di sospensione discrezionale, ha dato esclusiva rilevanza all'esigenza di celerità processuale senza lasciare alcuno spazio a un bilanciamento tra valori contrapposti e dunque alla possibilità di un meccanismo volto a prevenire il problema del conflitto fra giudicati penali¹⁴¹, che solo può trovare soluzione a processi conclusi e nei limiti tracciati dall'art. 630 lett. a. Non si può dunque non concordare con *Enrico Marzaduri* sul fatto che "la considerazione della pregiudizialità penale accanto a quella civile ed amministrativa nel disposto dell'art. 479 avrebbe probabilmente assicurato una soluzione più equilibrata al problema"¹⁴². Oltre a ciò, la soluzione adottata può ingenerare un considerevole *deficit* sul piano del contraddittorio: la completa separazione dei giudizi penali avrebbe "imposto di riconoscere un adeguato livello di intervento nel procedimento pregiudiziale a chi era imputato solo nel procedimento pregiudicato"¹⁴³.

Le preoccupazioni legate alla tutela del contraddittorio – inevitabili nell'ipotesi in cui il giudice penale decida di risolvere incidentalmente la questione pregiudiziale di natura penale – possono invece attenuarsi nel caso in cui il giudice penale opti per la riunione dei procedimenti sul presupposto della sussistenza di un'ipotesi di connessione. Una soluzione equilibrata pare anzi rappresentare la proposta di ricondurre integralmente ogni ipotesi di pregiudizialità omogenea nell'alveo della connessione: i costi per la speditezza del procedimento non sarebbero eccessivi e di certo sarebbero ampiamente compensati dai vantaggi in termini di coerenza tra gli accertamenti penali¹⁴⁴.

3.3. *I rapporti tramite provvedimento quale fonte necessaria di accertamento della situazione giuridica rilevante per la norma penale.*

L'ultima classe di rapporti tra procedimenti concerne i casi in cui la norma penale richiama sì il provvedimento di un'altra giurisdizione, ma esso importa non in sé bensì quale accertamento della situazione giuridica rilevante per l'integrazione della fattispecie penale. Si è osser-

¹³⁹ In tal senso A. Rocco, *Relazione del Ministro guardasigilli sul progetto definitivo di un nuovo codice di procedura penale*, in *Lavori Preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, X, Roma 1930, 11.

¹⁴⁰ Cass., sez. III, 28.10.1994, Crescini, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, 679. In proposito cfr. E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 918.

¹⁴¹ Al riguardo cfr. E. MARZADURI, *op. ult. cit.*, 918.

¹⁴² E. MARZADURI, sub art. 2, cit., 74 s.

¹⁴³ In tal senso, puntualmente, E. MARZADURI, *Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 918.

¹⁴⁴ E. MARZADURI, *op. ult. cit.*, 919.

vato che sotto le spoglie di una relazione tra procedimenti il collegamento in esame permette di apprezzare un peculiarissimo rapporto tra norma penale e diritto sostanziale extrapenale, caratterizzato dal fatto che qui il provvedimento giurisdizionale della sede di competente si pone quale fonte necessaria di produzione giuridica. Ciò esclude in radice che la fattispecie penale possa considerarsi integrata, quale che sia la configurazione dell'accertamento ottenuto sul piano extrapenale, finché non sia intervenuta la pronuncia richiesta dalla norma penale. Ragionevolmente l'art. 238 legge fall. prescrive così che l'azione penale possa essere esercitata dopo la comunicazione della sentenza dichiarativa di fallimento¹⁴⁵.

Rispetto a quanto rilevato a proposito dei collegamenti tramite mero provvedimento, almeno due differenze possono qui essere apprezzate. La prima differenza concerne le conseguenze nel processo penale dell'instaurazione nella sede competente di un procedimento volto a ottenere una declaratoria d'invalidità della decisione rilevante per la fattispecie penale. Qui l'attenzione per l'accertamento contenuto nel provvedimento extrapenale può portare a configurare la contestazione sulla sua validità alla stregua di una controversia dalla cui risoluzione dipende la decisione penale. Il peculiare ruolo della decisione extrapenale, quale fonte necessaria di produzione giuridica, non deve peraltro far ritenere che a fronte di una contestazione della validità la sospensione discrezionale rappresenti uno strumento inadeguato e che il legislatore debba costruire una fattispecie che obblighi il giudice penale ad attendere l'esito del giudizio extrapenale. In effetti, se la norma penale esige la sussistenza di un valido provvedimento di un'altra giurisdizione e la legge processuale esclude che il giudice penale possa risolvere la questione concernente la validità della pronuncia, nessuna norma esclude che il giudice penale possa deliberare sulla fondatezza della contestazione concernente la validità dell'accertamento extrapenale, che come regola generale deve rimanere, finché non venga invalidato, quale base del ragionamento del giudizio penale.

In questa prospettiva il meccanismo sospensivo dell'art. 479 sembra fornire la base per una simile valutazione, consentendo al giudice penale di valutare, al fine di esercitare o meno il potere di sospensione del procedimento, le *chance* della contestazione in atto della validità della decisione extrapenale¹⁴⁶. Il che non implica che, una volta emesso il provvedimento in sede extrapenale, il giudice penale sia anche nella fattispecie legittimato a valutarlo liberamente alla stregua di ogni altro mezzo di prova. La circostanza che l'art. 479 non imponga un'efficacia di giudicato non esclude che il vincolo decisorio del provvedimento dell'altra giurisdizione discenda dalla stessa legge penale.

Anche un simile vincolo – è questo il secondo elemento di distinzione – incontra naturalmente precisi limiti attinenti al rispetto del diritto di difesa degli imputati del procedimento penale. In effetti, la rilevanza del provvedimento extrapenale in forza dell'accertamento in esso contenuto impone la massima attenzione per il diritto al contraddittorio nel procedimento che ha condotto a tale provvedimento da parte degli imputati del giudizio penale. Qui non è possibile invocare la rilevanza del provvedimento extrapenale in quanto tale, né rispetto a coloro nei cui confronti il contraddittorio non si è realizzato appare plausibile ipotizzare l'inesistenza della decisione¹⁴⁷, della quale solo pare possa essere tagliata soggettivamente l'efficacia, analogamente a quanto si è riconosciuto per il giudicato di stato a dispetto della tradizionale visione dello stesso in termini di efficacia *erga omnes*.

¹⁴⁵ Né tale conclusione appare inficiata dalla previsione contenuta nel comma 2 dello stesso art. 238 legge fall., che richiede la compresenza di gravi motivi e dell'avvenuta o contestuale proposizione della domanda volta a ottenere la dichiarazione di fallimento.

¹⁴⁶ Ciò sembra coincidere, quanto alla disciplina del processo penale, con la prospettiva seguita da E. MARZADURI [*Questioni pregiudiziali*, 2002, cit., 927], il quale, inquadrando il collegamento col giudizio fallimentare nell'alveo della pregiudizialità, ha proposto il ricorso alla sospensione del procedimento in attesa della risoluzione del "controversia" costituita dal giudizio sull'opposizione alla dichiarazione di fallimento. Peraltro, nella ricostruzione di quest'Autore la sospensione è in funzione di un provvedimento che il giudice penale dovrebbe recepire in quanto tale, e non per la situazione oggetto della controversia, il che sembra difficilmente conciliabile con la circostanza che l'art. 479 richieda il passaggio in giudicato della decisione extrapenale con cui viene decisa la questione pregiudiziale. In effetti, se non si può escludere che legge valorizzi provvedimenti non definitivi per l'accertamento in essi contenuto, l'attesa del giudicato formale di un provvedimento di carattere decisorio è sempre in funzione della stabilizzazione della situazione giuridica accertata. Del resto, una volta accettata l'applicabilità alla fattispecie dell'art. 479, bisogna riconoscere che la stessa lettera dell'art. 479 mostra l'interesse della legge processuale non per il provvedimento in sé ma per la "questione [...] decisa con sentenza passata in giudicato".

¹⁴⁷ In tal senso, invece, M.A. ZUMPAÑO, *Rapporti tra processo civile e processo penale*, cit., 96 ss.

4.

Conclusioni.

Il problema dei rapporti tra il processo penale e altri procedimenti svela un'area tematica di sconfinata proporzioni, all'interno della quale possono apprezzarsi fenomeni non direttamente riconducibili all'area della pregiudizialità in senso stretto. In effetti, forme tipologicamente differenziate di collegamenti tra procedimenti emergono dalla struttura delle diverse fattispecie penali, che rinviano ora a situazioni giuridiche oggetto di un distinto procedimento ora a provvedimenti, interinali o definitivi, di un'altra giurisdizione. L'analisi di queste ultime ipotesi mette in luce situazioni di diversa natura, nelle quali l'interesse della legge penale non è necessariamente riferibile al provvedimento dell'altra giurisdizione in quanto tale bensì a una pronuncia giurisdizionale quale fonte necessaria di produzione giuridica della situazione giuridica in essa contenuta. Ciò fa emergere un fenomeno che può essere compiutamente apprezzato solo attraverso un'indagine interdisciplinare che, muovendo dalle esigenze del diritto penale rispetto alla singola fattispecie, congiunga le prospettive del diritto penale, del diritto processuale civile e del diritto civile. In questo contesto, l'analisi critica delle soluzioni approntate dal diritto processuale penale perviene a risultati diversi a seconda della differente natura dei nessi tra procedimenti fondati su rapporti sostanziali di fattispecie.

ESISTONO AUTENTICHE FORME DI “DIVERSIONE” NELL’ORDINAMENTO PROCESSUALE ITALIANO? PRIMI SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE

Benedetta Bertolini

ABSTRACT

Con la diversione si intendono sottrarre al procedimento penale quei reati per i quali il processo, nella sua forma classica, viene ritenuto superfluo, se non dannoso. Ciò non significa che lo Stato rinuncia a reagire al reato in assoluto, ma che esso viene affrontato in maniera diversa, tramite modalità informali *tese a raggiungere i medesimi obiettivi di prevenzione, recupero e reinserimento sociale propri della giustizia formale*. L’ordinamento austriaco ne ha predisposto una disciplina particolarmente dettagliata. Alla luce di questa si compie una prima analisi del tessuto normativo italiano, allo scopo di verificare se istituti che vengono spesso presentati come vicini alla diversione abbiano davvero le caratteristiche che la contraddistinguono, arrivando a conclusioni perlopiù critiche. Il mancato pieno accoglimento delle alternative al processo nel nostro ordinamento sarebbe dovuto soprattutto alla “barriera all’ingresso” costituita dall’obbligatorietà dell’azione penale, barriera che tuttavia potrebbe non doversi considerare realmente ostativa.

SOMMARIO

1. Paradigmi della diversione in generale. – 2. L’esempio della diversione in Austria. – 3. Figure assimilabili alla diversione nell’ordinamento italiano. – 3.1. Istituti di giustizia minorile. – 3.2. La messa alla prova per adulti. – 4. Considerazioni finali.

1.

Paradigmi della diversione in generale.

Si sta consolidando anche in Italia il termine di derivazione statunitense “diversione”¹. Esso in prima approssimazione indica qualsiasi reazione statuale all’illecito che non consista nella celebrazione del processo penale. In forza della diversione, «reati meno gravi, commessi da soggetti considerati poco pericolosi, vengono estromessi dal processo e risolti al di fuori della giustizia penale, tramite modalità informali»². Si tratta in altre parole di alternative, non alla pena, bensì al processo.

Lesigenza, percepita a partire dagli anni ’70, di percorsi appunto *diversi* da quello tradizionale ha condotto in numerosi ordinamenti alla creazione di discipline normative *ad hoc*, nella convinzione di potere perseguire altrettanto e anzi più efficacemente gli scopi generali del sistema penale³, raggiungendo allo stesso tempo anche importanti obiettivi ulteriori.

Tra questi, una sentita necessità di umanizzazione della giustizia ha suggerito l’ampliamento delle forme di reazione penale, facendo sì che «l’intervento penale in generale retroceda un poco dal suo principio repressivo e tendenzialmente “distruittivo”, del “colpo e contraccolpo”, a favore di una ricostruzione positiva della pace sociale»⁴. Si è potuto così parlare di «pluralismo giudiziario statale»⁵.

Tutto ciò avveniva contemporaneamente alla diffusione del paradigma della giustizia riparativa (o “*restorative justice*”⁶), che sperimentava l’importanza della partecipazione attiva del reo a momenti di riparazione del danno e a processi di ricostruzione della relazione con la vittima. Alla persona offesa dal reato, che il processo classico aveva sempre lasciato per lo più ai margini della vicenda, veniva in questo modo per la prima volta riservato un ruolo centrale, anzitutto di ascolto e comprensione rispetto al male subito, e di rielaborazione dello stesso in seconda battuta. Simile prospettiva ben si conciliava con la predisposizione di modalità informali di risposta al reato, e costituì un punto di incontro fecondo fra i due movimenti di riforma della giustizia, nonché un incentivo per lo sviluppo di esperienze di diversione in numerosi ordinamenti.

Il più importante apporto scientifico a contribuire allo sviluppo della diversione fu tuttavia la teoria di stampo sociologico e criminologico del “*labeling approach*”⁷. Con questo termine si intese descrivere «la particolare interazione che, una volta verificatosi il primo fatto-reato (devianza primaria), si instaura fra l’individuo e le istituzioni», ossia «una forma di “etichettamento” che l’ordinamento predispone nei suoi confronti con l’imposizione di un processo pubblico»⁸. L’immagine che tramite un processo il reo acquisisce di se stesso sarebbe una causa importante di un suo successivo comportamento antiggiuridico, sulla base dell’assunto che «un soggetto etichettato come delinquente tende ad agire in conformità alle aspettative della condizione deviante»⁹.

Con la diversificazione delle risposte propriamente procedurali al reato si è voluto tendere alla realizzazione del principio dell’intervento penale quale *extrema ratio*. Solo indirettamente

¹ Di *diversion* si parlò a livello istituzionale la prima volta nella relazione finale presentata dalla *President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice*, istituita dal presidente americano Lyndon B. Johnson; cfr. *PRESIDENT’S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE, Task Force Report: Juvenile Delinquency and Youth Crime*, Washington, D.C., 1967, 9. Il termine prendeva quindi piede nella discussione scientifica soprattutto con E. M. LEMERT, *Instead of Court. Diversion in juvenile justice*, Washington, 1971.

² M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, in *Perspektiven der Diversion in Österreich, Interdisziplinäre Tagung vom 27 bis 29 April 1994 in Innsbruck*, Schriftreihe des Bundesministeriums für Justiz, 1995, 126; tutte le traduzioni sono a cura dell’autrice.

³ Cfr. per tutti M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion*, cit., 141, che esprime la convinzione per cui in determinati casi «*Strafverfahren und formelle Sanktionierung einer neuerlichen Deliktsbegehung [...] sogar eher fördern*», ovvero il procedimento e la sanzione formale piuttosto tenderebbero a incentivare la commissione di nuovi reati.

⁴ R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, in *Diversion – Ein anderer Umgang mit Straftaten*, a cura di R. MIKLAU – H. V. SCHROLL, Vienna, 1999, 32.

⁵ G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003, 20.

⁶ Viene definito riparativo ogni procedimento in cui «la vittima, il reo e/o altri soggetti o membri della comunità lesi da un reato partecipano attivamente insieme alla risoluzione della questione emersa dall’illecito, spesso con l’aiuto di un terzo equo e imparziale» in C. MAZZUCATO, *Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale, spunti di riflessione tratti dall’esperienza e dalle linee guida internazionali*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale “conciliativa”, il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di L. PICOTTI – G. SPANGHER, Milano, 2002, 91; per un’ampia panoramica sul tema, cfr. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, cit.

⁷ Cfr. per tutti F. TANNENBAUM, *Crime and the community*, New York, 1951, 16 ss.

⁸ F. RUGGIERI, *Diversion, dall’utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cassazione penale*, 1985, 538.

⁹ V. PATANÈ, *Diversion*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, Milano, 2004, 68. Ancora più asciutta la tesi come espressa oltreoceano: «*The young delinquent becomes bad because he is defined as bad*», F. TANNENBAUM, *Crime and the community*, cit., 17.

si può dire che si ottengano anche obiettivi ulteriori, oggi più che mai fondamentali, quali l'economia processuale e la riduzione della popolazione carceraria: la diversione, infatti, è stata pensata e deve essere considerata «indipendentemente da logiche premiali per l'imputato od economiche per il sistema: si tratta piuttosto del riconoscimento dell'inutilità o della dannosità del rito penale come ingranaggio risolutore della vicenda che dovrebbe esserne oggetto, cui consegue la laica rinuncia a progredire»¹⁰.

Nonostante l'amplessima fortuna riscontrata dall'istituto a livello internazionale¹¹, è difficile ancora oggi fornire una definizione univoca di diversione. Le istanze che vi stanno alla base sono numerose e l'attuazione pratica che ne è stata data negli ordinamenti che l'hanno adottata varia non di poco. Ciò è dovuto innanzitutto alle differenze strutturali dei sistemi legali – si pensi ai sistemi di *common law* rispetto a quelli di *civil law*, o ancora alla presenza o meno in un ordinamento dell'obbligatorietà dell'azione penale – ma non da ultimo ciò è dipeso anche dalle differenti sensibilità culturali in materia di reazione al reato. Tuttavia, fin dai primi anni dalla nascita del concetto di diversione, si è percepita l'esigenza di creare un terreno comune utile alla discussione e al confronto a livello sovrastatale, e a questo scopo è stato dedicato il XIII Congresso Internazionale di Diritto penale, nel 1984. Particolarmente importante risulta tutt'oggi il documento preparatorio ai lavori, che tenta di dare una prima definizione unitaria di diversione. Essa consisterebbe in «*any deviation from the ordinary criminal process, before an adjudication of guilt by a court, which results in the suspect's participation in some form of non-penal program*»¹². Si possono ricavare i primi elementi utili: la deviazione dal processo penale deve avvenire prima dell'emissione di un provvedimento che accerta la responsabilità; la deviazione deve consistere nella partecipazione ad un programma non penale. Si specifica, immediatamente dopo, che per programma non penale bisogna intendere qualsiasi forma di intervento che non abbia lo scopo di punire ma di riabilitare e di risolvere il conflitto sottostante al reato commesso. All'espresso scopo di evitare ogni equivoco, il documento elenca poi tutta una serie di tipologie di istituti che non possono essere considerati "diversione": non è diversione una misura sanzionatoria alternativa alla detenzione in carcere; non lo è la comminazione di una misura, pur non sanzionatoria in senso stretto, successiva ad una sentenza; non lo è neanche l'eliminazione di specifiche fattispecie di reato o la corrispondente trasformazione in illeciti di natura amministrativa.

La discussione era agli inizi, ma si percepiva l'esigenza di delimitarne i contorni per fare chiarezza sul nuovo istituto. Tuttavia lo sforzo teso ad individuare gli elementi imprescindibili della diversione, quelli in assenza dei quali un istituto giuridico non può essere definito tale, non ha avuto seguito diffuso. Singoli ordinamenti hanno proceduto nella costruzione di alternative al processo adattandole alle proprie realtà nazionali e calandole sui propri sistemi processuali, ottenendo risultati differenti. Si ammette quindi pacificamente che una definizione univoca di diversione non c'è¹³. Se manca tuttavia una definizione universalmente condivisa, è possibile ricavare alcuni elementi fondamentali dalle discipline dei Paesi che più compiutamente hanno sviluppato simile prospettiva, chiarendo come criterio ultimo di aderenza alla categoria altro non potrà essere in generale se non la coerenza con le finalità che la diversione stessa si ripropone di perseguire e di cui si è tentato di dare un primo quadro in questo paragrafo.

2.

L'esempio della diversione in Austria.

Particolarmente significativo è l'esempio dell'ordinamento austriaco. L'Austria infatti, a partire dagli anni '80 con i minori, e dal decennio successivo con gli adulti, ha fra i primi intrapreso e seguito tale strada. Si pensi che nel 2011, di tutti i casi astrattamente meritevoli di condanna, ovvero quelli che si sarebbero conclusi in maniera sfavorevole all'imputato se

¹⁰ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, 67.

¹¹ Questo malgrado negli Stati Uniti a un grandissimo entusiasmo iniziale sia seguito un sostanziale abbandono delle politiche di *diversion*, non in ultimo legato all'improvviso venir meno dei finanziamenti previsti, cfr. G. BLAU, *Diversion unter nationalem und internationalem Aspekt*, in, *Kriminologische Forschung in der Diskussion. Berichte, Standpunkte, Analysen*, a cura di H. KURY, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, 321.

¹² R. HIRANO - L. KOS - RABCEWICZ - ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation, Commentaire in preparazione del XIII Congresso internazionale di diritto penale*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, f.1, 84.

¹³ M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion*, cit., 123.

non vi fosse stata la possibilità di accedere al procedimento alternativo, più della metà sono stati definiti anticipatamente. Si tratta più precisamente, sul totale dei procedimenti portati a termine, del 16,9% di casi di diversione, contro il 15% di condanne¹⁴.

L'Austria ha adottato una disciplina, integrata a pieno titolo nel codice di procedura penale¹⁵, secondo la quale il pubblico ministero ha l'obbligo di proporre all'indagato la deviazione dal processo ogniqualvolta sussistano le seguenti condizioni: la competenza deve essere del giudice monocratico¹⁶; deve risultare una sufficiente chiarezza sulla modalità di svolgimento dei fatti; dal reato non deve essere derivata la morte di alcuno; deve essere verificata l'assenza di altre cause di archiviazione che porterebbero all'immediata chiusura del procedimento¹⁷; non devono evidenziarsi profili di colpevolezza grave¹⁸; l'organo giudiziario deve in ultimo ritenere la diversione utile ai fini delle esigenze preventive, tanto generali quanto speciali.

Presenti tali condizioni, il pubblico ministero è tenuto a rinunciare temporaneamente a perseguire il reato, proponendo un percorso alternativo che, se accettato dall'indagato e portato a termine con successo, conduce alla definitiva rinuncia all'azione penale, e quindi all'archiviazione del caso. Il relativo provvedimento di archiviazione è dotato di una stabilità e definitività tali da mettere l'indagato al riparo dalla riapertura del processo, salvo per i casi nei quali è prevista la revisione delle sentenze (*"ordentliche Wiederaufnahme"*, §§ 205 comma 1 e 352 StPO). Inoltre esso non risulta da alcun registro accessibile al pubblico, al fine di evitare qualsiasi effetto stigmatizzante, e non è preclusivo di un'ulteriore diversione in futuro, ferma la necessità di una valutazione positiva da parte dell'autorità giudiziaria in ordine alla sua efficacia special e generalpreventiva.

Qualora l'azione penale sia stata già esercitata, anche il giudice è tenuto a proporre una diversione, se ritiene che ne ricorrano le condizioni, e a tal fine sospende il processo. Ciò può accadere sia per una diversa valutazione sui presupposti richiesti dalla legge (si pensi ad esempio al soddisfacimento delle esigenze preventive) rispetto a quella effettuata dal pubblico ministero, sia per la sopravvenienza di nuovi elementi.

Sono quattro le forme di diversione previste dalla legge fra le quali l'organo giudiziario deve individuare la più adatta al caso concreto, ciascuna con finalità e strumenti differenti: il pagamento di una somma di denaro a favore dello Stato, il cui ammontare viene definito sulla base di criteri predeterminati e che deve affiancarsi, salvo eccezioni particolari, alla riparazione del danno derivante dal reato¹⁹; le prestazioni gratuite in favore della collettività, regolate da un'apposita disciplina estremamente dettagliata (ore di lavoro, istituzioni ed enti idonei, esigenze personali da tenere in considerazione), anch'esse accompagnate dall'obbligo di riparare il danno²⁰; la messa alla prova, con la conseguente sospensione del procedimento e l'impegno a non incorrere in nuovi reati oltre che a riparare quello commesso, ma anche, salvo che per ragioni particolari vi si possa rinunciare, la disponibilità ad assolvere obblighi ulteriori stabiliti

¹⁴ Cfr. *Sicherheitsbericht 2011, Bericht über die Tätigkeit der Strafrechtspflege, Bericht der Bundesregierung über die innere Sicherheit in Österreich* – Bundesministerium für Justiz.

¹⁵ Cfr. Titolo XI della *Strafprozessordnung* (StPO), §§ 198-209, intitolato *"Rücktritt von der Verfolgung (Diversion)"*.

¹⁶ Vi rientrano i reati puniti con massimo cinque anni di carcere, salvo alcune eccezioni.

¹⁷ Tra queste, anche quella per particolare tenuità del fatto.

¹⁸ Cfr. per tutti H. SCHÜTZ, *Das schwere Verschulden als Diversionsgrenze*, in *Diversion – Ein anderer Umgang mit Straftaten*, a cura di R. MIKLAU – H. V. SCHROLL, Wien, 1999, 21; rientrerebbero nel concetto di colpevolezza il grado di intenzionalità (*"Gesinnungsunwert"*) e la gravità del fatto in sé (*"Handlungsunwert"*), mentre si discute sulla gravità delle conseguenze causate (*"Erfolgsunwert"*), vista l'alta incidenza che possono avere su queste ultime elementi casuali, indipendenti dalla volontà e dalla condotta del reo.

¹⁹ Questo tipo di diversione si ritiene adatto ai reati che mancano della vittima, o in cui questa non sia individuabile in una persona fisica con cui si possa facilmente instaurare un contatto personale, o ancora in quei casi in cui il contatto personale, pur possibile, non sarebbe significativo per la ricostruzione di una relazione. Essa viene utilizzata, ad esempio, in caso di piccoli furti nei centri commerciali, tentativi minori di frode assicurativa, lesioni corporali colpose, errori non gravi in ambito medico. È riconosciuta la potenziale efficacia della misura nei confronti di soggetti incensurati, dal momento in cui *«der Signalcharakter und die Spürbarkeit einer solche Geldbuße [...] ausreicht, um künftiger Delinquenz vorzubeugen*» (il carattere ammonitivo e la tangibilità di tale ammenda è sufficiente a prevenire un comportamento delinquenziale futuro), H. V. SCHROLL, *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, §§ 198-203, in *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, a cura di H. FUCHS – E. RATZ, Wien, 2011, § 42, Rz 51.

²⁰ Esempi di istituzioni coinvolte sono le case di riposo per anziani, gli ospedali, i giardini pubblici. Visto il grado relativamente alto di incidenza nella vita personale del reo, tale misura si rivela adatta anche per reati di media gravità e in caso di recidiva: si pensa alle ipotesi di danneggiamento, vandalismo, atti contro l'ambiente, piccoli furti.

caso per caso²¹; da ultimo il “*Tatausgleich*”, ossia la mediazione penale²², il cui obiettivo è quello di «elaborare una comune definizione e soluzione del problema» tra reo e vittima, raggiungendo una «visione univoca dell'accaduto e dei motivi che hanno spinto a commettere il reato»²³.

La forma di diversione ritenuta idonea viene comunque solo *proposta*; non si hanno infatti mai imposizioni o obblighi, e l'indagato, coadiuvato necessariamente dal suo difensore, valuta se accettare la diversione oppure affrontare il procedimento penale. Il consenso in ogni caso non può essere considerato alla stregua di un'ammissione di colpa²⁴ e la presunzione di non colpevolezza resta intatta, essendo questo uno degli scopi della diversione²⁵. Se anche la dottrina austriaca non nega nel concreto una certa tensione fra la disciplina della diversione e il detto principio, essa però è considerata sopportabile se rapportata ai vantaggi che la diversione stessa garantisce, data la consensualità che caratterizza l'istituto²⁶. Secondo alcuni, in particolare, con la diversione non sarebbe il reo a rinunciare alla presunzione della propria innocenza, ma lo Stato a rinunciare al venir meno della stessa²⁷.

A conferma di ciò e di come con la diversione non si affronti formalmente il merito della vicenda, anche in caso di adesione alla proposta dell'organo giudiziario è possibile al soggetto interessato richiedere in ogni momento di tornare in sede processuale, interrompendo così il percorso alternativo. Occorre quindi che il consenso, oltre che essere informato e consapevole, sia anche continuativo e permanga nel tempo fino all'eventuale archiviazione conclusiva della vicenda.

Il rientro nei binari ordinari è poi previsto anche ogniqualvolta il tentativo di risoluzione informale, per qualsiasi ragione, fallisca. Si tratta ad esempio dei casi nei quali non viene pagata la somma di denaro, o la messa alla prova non dà buon esito, non vengono portate a termine le prestazioni in favore della collettività o infine quando fallisce la mediazione penale per ragioni imputabili all'indagato.

Se invece quest'ultimo porta a termine nei tempi concordati gli impegni assunti, l'organo giudiziario ha l'obbligo di “rinunciare” o “recedere” dall'azione penale (il codice austriaco parla di “*Rücktritt von der Verfolgung*”). L'esito processuale è l'archiviazione. Il risultato per il reo è quello di aver evitato una condanna formale, con gli effetti negativi che ne sarebbero derivati, pur avendo risposto alla collettività dell'offesa arrecata tramite un percorso costruttivo, personalizzato e responsabilizzante, al quale ha aderito volontariamente.

3.

Figure assimilabili alla diversione nell'ordinamento italiano.

Interessa ora chiedersi se anche il nostro ordinamento presenti degli istituti riconducibili alla categoria della *diversion*. La questione non ha risposta semplice, a causa della mancanza di linee guida riconosciute che forniscano contorni chiari e contenuti essenziali della stessa. Si può tuttavia prendere a modello l'esperienza austriaca per effettuare un primo confronto e verificare la vicinanza di alcune fattispecie italiane a quanto è disciplinato olttralpe, e in generale l'aderenza agli scopi che i fautori della diversione intendono perseguire.

²¹ Esempi di tali prescrizioni sono l'obbligo di abitazione in una certa località, famiglia o comunità, il divieto di frequentare determinati luoghi o persone, l'astinenza da bevande alcoliche, l'assolvimento di un corso di formazione o l'esercizio di una determinata professione, nonché trattamenti medici, psichici o di disintossicazione.

²² Per una panoramica sulla mediazione penale in Austria cfr. M. LÖSCHNIG - GSPANDL, *Der außergerichtliche Tatausgleich in allgemeinen Strafrecht: Voraussetzungen und Anwendungsmöglichkeiten*, in *Diversion - Ein anderer Umgang mit Straftaten*, a cura di R. MIKLAU - H. V. SCHROLL, Wien, 1999, 86.

²³ B. TRUMMER - KAUFMANN, *Esperienze di mediazione in ambito austriaco: suggerimenti, modelli, metodologie, strumenti*, in AA.VV., *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 1998, 158.

²⁴ «Il consenso si riferisce alla probabile verità storica nella stessa forma ipotetica tipica del sospetto sulla cui base verrebbe esercitata l'azione penale. Il fatto non è però oggetto di un accertamento autoritativo. [...] Soprattutto l'accettazione da parte della persona interessata alla misura di diversione non deve essere valutata come ammissione di colpa», F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, in *Festschrift für Udo Jasonek*, a cura di R. Moos, Wien, 2002, 336; cfr. R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, cit., 35.

²⁵ Per qualcuno addirittura sarebbe lo scopo principe, cfr. F. HÖPFEL, *Das Freiwilligkeitselement bei der Diversion*, cit., 335.

²⁶ «Se anche la questione della colpevolezza resta formalmente aperta, materialmente essa è data per risolta. Temo che su questo fatto piuttosto problematico rispetto alla presunzione di non colpevolezza non si possa girare attorno. [...] È tuttavia sopportabile se accompagnato da un consenso dell'interessato debitamente informato», M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion*, cit., 151; cfr. anche R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, cit., 35.

²⁷ Cfr. F. HÖPFEL, *Wurzeln und Spezifika des Außengerichtlichen Tatausgleichs im österreichischen Strafrecht*, in *Öffentliche Einrichtung zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten*, a cura di P. G. MAYR, Wien, 1999, 140.

Il primo riferimento è alla recentissima disciplina della messa alla prova per adulti, istituto il cui *iter* legislativo, piuttosto travagliato, si è concluso con la legge n. 67 del 2014. Ma prima ancora si deve dare conto di istituti della giustizia minorile e della giurisdizione di pace che sono stati già definiti come ipotesi di “*diversion*” italiana²⁸.

Si pensi in particolare, da un lato, agli istituti dell'irrelevanza del fatto, della messa alla prova e della mediazione preprocessuale (i primi previsti dagli artt. 27 e 28, l'ultima ricavata dal combinato disposto degli artt. 9, 29 e 27, del d.p.r. 488/1988), per quanto riguarda il rito minorile. Dall'altro lato, circa la disciplina applicabile dal giudice di pace, sono da menzionare la mediazione a fini conciliativi, la particolare tenuità del fatto e infine le condotte riparatorie (artt. 29, 34 e 35 d.lgs. 274/2000).

Se da un lato è innegabile che con queste norme si è voluto soddisfare istanze in buona parte coincidenti con le finalità tipiche delle alternative al processo – rapida fuoriuscita dal canale giudiziario, minima offensività del procedimento, tutela di una persona il cui carattere è ancora in via di formazione nel caso del minore, responsabilizzazione delle persone coinvolte per mezzo di una loro partecipazione attiva alla definizione del caso – è tuttavia legittimo chiedersi se tali discipline integrino pienamente delle «tecniche di diversione»²⁹, come parte della dottrina sembra ritenere.

Non ci si può infatti esimere dal rilevare come, ad esempio, nel caso dell'art. 29 comma 4 d.lgs. 274/2000, conciliazione e mediazione siano solo strumenti, oltretutto eventuali e non necessari, per addivenire alla remissione della querela, che può benissimo ottenersi a prescindere da queste. Ciò evidenzia come tali tecniche riconciliative non abbiano in questa sede acquisito alcun valore processuale proprio, non avendo finalità autonoma, ma siano esclusivamente asservite ad un momento processuale ulteriore e indipendente, per l'appunto la remissione della querela. A ciò si aggiungono le differenze strutturali che contraddistinguono tecniche conciliative, da un lato, e mediative dall'altro, queste ultime più vicine alle esperienze della giustizia riparativa, e che sembrano qui invece poste sullo stesso piano³⁰. In generale da tale norma si ricava l'impressione che si vogliano perseguire finalità prevalentemente deflative, e non quelle istanze di risocializzazione e contenimento della stigmatizzazione che dovrebbero caratterizzare in prima istanza ogni forma di diversione.

Qualche riflessione merita anche l'articolo 34 d.lgs. 274/2000, che prevede l'esclusione della procedibilità per fatti di particolare tenuità. La lontananza di tale istituto da quelli che prevedono alternative al processo penale è più evidente. Si tratta bensì di un «vaglio sul piano “preventivo” circa la necessità o meno di procedere ulteriormente»³¹, ma basato sull'irrelevanza del fatto in quanto tale. Un istituto di diritto sostanziale che si riverbera sulla disciplina processuale, in un «fenomeno di “interferenza” tra il diritto penale e le dinamiche di realizzazione delle sue pretese all'interno del processo»³², e con il quale si valuta se un determinato fatto, per come si è storicamente svolto considerando gli elementi citati dalla norma (danno o pericolo, occasionalità, grado della colpevolezza), richieda o meno una pena e *quindi* l'esercizio dell'azione penale con la conseguente celebrazione del processo.

Differentemente, con la diversione non viene effettuata una valutazione di irrilevanza del fatto, tant'è che quest'ultima in Austria è disciplinata separatamente, costituendo condizione per accedere alla diversione, tra le altre, proprio l'impossibilità di archiviare il caso per irrilevanza³³. Al contrario si ritiene di dover e poter perseguire gli scopi del diritto penale (prevenzione generale, prevenzione speciale, interessi della vittima) con maggior successo tramite una risposta statuale diversa da quella classica, ma effettiva³⁴. Con l'irrelevanza invece non si ritiene

²⁸ Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Torino, 2010, 318; E. MATTEVI, *Esiguità e sistema penale del giudice di pace*, in AA.VV., *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 2010, 57; V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in AA.VV., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di E. ZAPPALÀ, Torino, 2009, 141; C. CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, in *Il processo penale minorile, commento al D.P.R. 488/1988*, a cura di G. GIOSTRA, Milano, 2009, 343.

²⁹ V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 141.

³⁰ Cfr. A. CIAVOLA, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, cit., 306 s.: «l'accordo delle parti che si raggiunge in mediazione non ha le caratteristiche del “compromesso” [...] che si fonda necessariamente sullo squilibrio delle posizioni di partenza, bensì quello di un patto basato sulla progressiva ricostruzione di una relazione tra le parti», mentre si denota come «il rilievo dato alla mediazione si inserisca più che altro nelle logiche della giustizia negoziata».

³¹ G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 34 – Esclusione di procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto*, in *Legislazione penale*, 2001, 204.

³² G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 34*, cit., 201.

³³ Cfr. § 198 StPO.

³⁴ Per tutti cfr. M. BURGSTALLER, *Perspektiven der Diversion in Österreich aus der Sicht der Strafrechtswissenschaft*, cit., 141 ss.

in assoluto di dover perseguire gli scopi del diritto penale, ritenendo superflua la risposta dello Stato³⁵.

In ultimo, la disciplina del giudice di pace prevede l'estinzione del reato per avvenute condotte riparatorie (art. 35 d.lgs. 274/2000). Di nuovo la domanda se ci si trovi di fronte ad un'ipotesi di diversione. Sicuramente emerge la volontà di realizzare il principio della repressione penale quale ultima *ratio*, evitando un processo ritenuto, a posteriori, superfluo. Tuttavia non si può fare a meno di notare come il processo sia ritenuto sì superfluo, ma esclusivamente per un'autonoma azione di segno contrario rispetto al reato, compiuta ad iniziativa del reo, che in qualche modo annulla il disvalore causato. Gli atti riparativi vengono portati a termine fuori del processo e in maniera del tutto indipendente dallo stesso, tant'è che la riparazione dovrà essere poi, secondo la norma stessa, "dimostrata" in giudizio. Non siamo quindi nel campo di una procedura alternativa, attivata e seguita dagli organi statali, oppure, riprendendo la definizione del 1983³⁶, di un "programma non penale" il cui successo decreta quale esito naturale la fine anticipata del procedimento. Non è un caso che, nella disciplina austriaca, la riparazione materiale del reato sia sempre solo *uno* degli elementi richiesti in ciascuna delle quattro forme di diversione. Un elemento necessario, ma non sufficiente, proprio perché mancherebbe altrimenti il carattere di percorso alternativo al processo cui si sottopone il reo.

Nella disciplina del giudice di pace, invece, l'intento della legge sembra essere quello di evitare il processo laddove all'offesa sia stato posto rimedio e verosimilmente lo stesso non venga più percepito come socialmente necessario, senza però sostituirlo con alcunché.

Vi sono altri indici che denoterebbero una certa distanza tra i due istituti. Innanzitutto la natura esclusivamente monetaria della riparazione *ex* art. 35. Si parla infatti di restituzioni o risarcimento, proponendo così la classica distinzione fra risarcimento in forma specifica o per equivalente. Per quanto riguarda l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, può trattarsi di prestazioni non monetizzabili, ma sono comunque rivolte all'aspetto materiale di una vicenda³⁷. Ci si può chiedere allora se sia appropriato il termine "riparazione", quando in realtà sembra che si voglia indicare un semplice risarcimento³⁸. L'impressione che se ne ricava è che la norma analizzata preveda di fatto un'estinzione del reato per avvenuto risarcimento del danno, risarcimento che, forte del suo essere un fatto facilmente e obiettivamente verificabile, annulla l'effetto negativo del reato e può far venir meno, dal punto di vista statuale, la necessità di un processo. Se ne trova conferma in alcune pronunce giurisprudenziali, secondo le quali sarebbe sufficiente che le pretese vengano soddisfatte da persone terze rispetto all'imputato, purché siano state provocate, sollecitate e non ostacolate da quest'ultimo³⁹. Non importa chi "ripari" (o meglio, risarcisca), purché qualcuno lo faccia. Inutile dire che la logica della *restorative justice* pretenderebbe tutt'altro, quanto meno uno sforzo del reo, un suo impegno personale e costruttivo, che dia la misura di quanto causato e faccia prendere coscienza del male inferito⁴⁰.

In più qui permane in ogni caso «il rischio di una condanna, nonostante la riparazione del

³⁵ Il ragionamento è valido anche in merito alla nuovissima normativa sull'estinzione del reato in caso di particolare tenuità del fatto, *ex* art. 131 *bis* c.p., che ha esteso al procedimento ordinario, seppure con una disciplina parzialmente differente, l'istituto *de qua*. Sulla non meritevolezza in concreto della pena come fondamento della nuova ipotesi di estinzione del reato, cfr. per tutti R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 661.

³⁶ R. HIRANO - L. KOS - RABCEWICZ - ZUBKOWSKI, *Diversion and Mediation*, cit., 84.

³⁷ Cfr. S. QUATTROCOLO, *Commento all'art. 35 - Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie*, in *Legislazione penale*, 2001, 205.

³⁸ Sulla differenza, enorme, che intercorre fra le due possibili forme di reazione al reato, cfr. C. MAZZUCATO, *Appunti per una teoria 'dignitosa' del diritto penale a partire dalla restorative justice*, in *Dignità e diritto, prospettive interdisciplinari, Quaderni Dipartimento di scienze giuridiche, Università Cattolica del Sacro Cuore, Piacenza*, n. 2/2010, Tricase, 152, che ci ricorda come «la sofferenza generata dall'illecito viene non di rado a calarsi grandemente dentro [...] risvolti» che sembrano «apparentemente dei 'dettagli' per chi non c'era, per chi non è direttamente interessato e toccato», il cui ascolto rende possibile una forma di riparazione. Mette in guardia da una monetizzazione del dolore, A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Milano, 2000, 718 s., là dove denota come «risarcire un pregiudizio morale e materiale significa pensare a degli equivalenti materiali e simbolici della sofferenza, cioè un modo di darle un valore, un prezzo e una qualità».

³⁹ Così Giud. pace penale, Bologna, 12 febbraio 2003, *inedita*, che riprende l'impostazione di Corte cost., 23 aprile 1998, in *Cassazione Penale*, 1998, 2297 ss., come citata da G. GARUTI, *Il trattamento processuale delle condotte riparatorie*, in AA.VV., *Le definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace. Conciliazione, irrilevanza e condotte riparatorie*, Milano, 2003, 142.

⁴⁰ Il «presupposto dell'operazione riparativa» consiste «nella "riflessione" sul reato e sulle conseguenze negative per l'autore stesso, condizione necessaria per l'ulteriore "riflessione" sulle possibili "azioni di riparazione"», altrimenti «la riparazione si riduce ad una finzione, ad un semplice gioco risarcitorio dove è essenziale rispettare non la vittima, ma le forme e i tempi "burocratici" fino alla chiusura della pratica», così G. ROSSI, *Esperienze di giustizia riparativa (2012-2013)*, in www.dirittopenitenziarioecostituzione.it, 2014, 6.

danno, perché il giudice di pace può ritenerla insufficiente»⁴¹, mentre la diversione dovrebbe costituire un procedimento definitivamente e necessariamente risolutorio della vicenda.

In generale nella disciplina del giudice di pace non sembra ancora dominante una visione del reato come conflitto interpersonale, di cui il fatto tipico è solo l'esternazione ultima, né un'attenzione alla persona, alla sua storia e alla sua riabilitazione, elementi che costituiscono invece i presupposti dell'idea di diversione. Non va tuttavia negato che la disciplina delle definizioni alternative del processo davanti al giudice di pace potrebbe costituire una importante via d'ingresso per tale istituto nel nostro ordinamento. La strada percorsa dall'Austria non è stata dissimile, visto che l'appiglio normativo della prima fase di sperimentazione era stato trovato nel § 42 StGB (oggi abrogato e sostituito da una normativa corrispondente in sede processuale al § 191 StPO). Esso disciplinava al primo e al secondo comma due ipotesi perfettamente speculari ai nostri articoli 34 e 35 d.lgs. 274/2000, a partire dalle quali è stato ipotizzato il primo innesto di *restorative justice* nel tessuto normativo e da cui poi è scaturita l'attuale disciplina compiuta della diversione.

3.1. *Istituti di giustizia minorile.*

Passando agli istituti previsti nel processo minorile, luogo naturale di sperimentazioni legislative, vista la peculiarità del rito derivante dalle esigenze specifiche che la personalità in via di formazione del soggetto chiede di considerare, valgono per l'irrelevanza del fatto *ex art. 27 d.p.r. 488/1988* le stesse considerazioni esposte per l'analoga disciplina del giudice di pace: fulcro dell'istituto è il fatto in sé, qualificato irrilevante agli occhi dell'ordinamento, fatto che viene valutato inidoneo a giustificare la prosecuzione del processo. A conferma di ciò, il consenso del minore è del tutto influente e, coerentemente, a quest'ultimo viene riservata la possibilità di impugnare la sentenza di improcedibilità. Tale circostanza secondo alcuni sottolineerebbe la natura sostanziale di «cripto-condanna»⁴² del provvedimento; occorre che il fatto, pur irrilevante, venga accertato e ritenuto ascrivibile all'indagato, in quanto «i parametri per valutare l'irrelevanza presuppongono risolta, a monte, la questione riguardante la responsabilità»⁴³. Ciò dovrebbe implicare fra l'altro la possibilità per il giudice di applicare l'art. 129 c.p.p., dando precedenza ad una formula di proscioglimento più favorevole⁴⁴.

Nella diversione invece, sorvolando sulle altre differenze di cui si è già detto, si evita volutamente di giungere all'accertamento formale della responsabilità, richiedendosi una sufficiente chiarezza sul fatto, integrata dal consenso del reo, con l'esplicita finalità di mantenere in vita la presunzione di innocenza.

Passando ad una seconda ipotesi di possibile «diversione» italiana (vi è chi la definisce «la forma più radicale di diversione fino ad oggi sperimentata dal nostro sistema»⁴⁵), lo stesso art. 27 d.p.r. 488/1988 è stato utilizzato, in combinazione con quanto disposto dall'art. 9 del medesimo testo normativo, quale strumento per anticipare la fine del processo. L'art. 9 comma 2, infatti, permette al pubblico ministero e al giudice di «assumere informazioni da persone che abbiano avuto rapporti con il minorenne e sentire il parere di esperti, anche senza alcuna formalità». Tale frase è stata interpretata dalla giurisprudenza nel senso di permettere la mediazione preprocessuale, da affidarsi agli appositi centri presenti in alcune città italiane⁴⁶. In caso di esito positivo degli incontri di mediazione, il reato viene dichiarato improcedibile per irrilevanza del fatto *ex art. 27*.

Sembrerebbe questa una vera procedura alternativa al processo. Tuttavia è stato rilevato

⁴¹ K. JARVERS, *Definizioni alternative del processo penale davanti al giudice di pace, la prospettiva tedesca*, in AA.VV., *Tecniche alternative di risoluzione dei conflitti in materia penale*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 2010, 13.

⁴² C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., 283.

⁴³ A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in AA.VV., *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, a cura di E. ZAPPALÀ, Torino, 2009, 150. Si tratta di una conclusione diversa da quella della Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 311 del 1997, parla, rispetto all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, di valutazione semplicemente ipotetica.

⁴⁴ Cfr. A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 152.

⁴⁵ A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 168.

⁴⁶ Per una panoramica sui centri di mediazione minorile presenti sul territorio italiano fino al 2012, cfr. AA.VV., *1° Rapporto nazionale sulla mediazione penale minorile*, a cura di I. MASTROPASQUA - N. BUCCELLATO, Roma, 2012.

come ciò avvenga forzando notevolmente il dettato normativo⁴⁷.

Innanzitutto la lettera dell'art. 9 d.p.r. 488/1988 non sembra includere la possibilità che i servizi sociali assumano ruoli attivi e quindi di gestione della mediazione penale. Al contrario, sarebbe loro riservato esclusivamente un mandato informativo in ordine, in particolare, alla valutazione della rilevanza sociale del fatto e al contesto di provenienza del reo; non sembrerebbero invece inclusi i rapporti individuali *post factum* risultanti da un'eventuale mediazione⁴⁸, né tantomeno si prevede un coinvolgimento in prima persona nella procedura mediativa stessa. Per quel che riguarda invece l'applicazione dell'art. 27, si deve ribadire che l'irrelevanza è necessariamente incentrata sul fatto, il quale deve essere osservato e valutato nella sua oggettività al momento della commissione, e non per come viene percepito prima e dopo una possibile riconciliazione delle parti. In altre parole il fatto deve «essere lievissimo in sé [...] mentre deve escludersi che tale possa diventare»⁴⁹.

L'allargamento del raggio d'azione degli artt. 9 e 27 d.p.r. 488/1988 oltre quello che la lettera della norma consente potrebbe ascrivere alla mancanza di strumenti specifici offerti dall'ordinamento in tutti i casi in cui la celebrazione del processo ordinario appare una reazione sproporzionata, ma allo stesso tempo non è riscontrabile una «tenuità» tale da poter applicare l'art. 27. Sembrerebbe quindi emergere un'implicita richiesta di istituti che soddisfino le esigenze del processo minorile permettendo la rapida fuoriuscita dal circuito penale già durante le indagini preliminari, ma basandola su un approccio responsabilizzante e costruttivo, quale appunto quello che una ipotesi di diversione sarebbe in grado di realizzare.

La messa alla prova, disciplinata all'art. 28 d.p.r. 488/1988, è infine l'ultimo degli istituti del processo minorile che prendiamo in considerazione. Sono evidenti gli aspetti che richiamano le caratteristiche tipiche di un intervento di diversione, oltre all'esito anticipato del procedimento: la presenza di un progetto personalizzato e la necessità di un comportamento positivo e partecipativo del reo innanzitutto.

Tuttavia anche in questo caso non possono essere taciuti alcuni fattori che incrinano una piena identificazione della messa alla prova minorile con la diversione.

Punto centrale è che stando alla lettera della norma, non viene richiesto il consenso della persona interessata. Si è ampiamente visto come la volontaria adesione al programma alternativo al processo sia un presupposto essenziale sia da un punto di vista prettamente legale, al fine di salvaguardare le garanzie processuali che non possono essere sottratte a nessuno, sia da un punto di vista criminologico: un percorso imposto non sarà mai responsabilizzante e rieducativo quanto uno scelto.

Conseguenza naturale della mancanza di consenso è l'impressione di trovarsi al cospetto di un'ingerenza dello Stato nella sfera delle libertà personali, quale è senza dubbio la messa alla prova⁵⁰, in presenza di una mera accusa formale. Tale sospetto può essere evitato solo se si presume un accertamento di colpevolezza, e difatti «requisito non previsto, ma che si ritiene debba costituire un presupposto necessario per disporre la sospensione del processo con messa alla prova, è l'accertamento della sussistenza del fatto di reato e della colpevolezza dell'imputato»⁵¹. La stessa Corte costituzionale ha definito tale accertamento «presupposto logico essenziale» del provvedimento dispositivo della messa alla prova⁵². Resta però irrisolta la questione del contenuto di tale accertamento. Ci si chiede in particolare se si debba pretendere lo stesso approfondimento richiesto da una sentenza di condanna, quindi una convinzione «al di là di ogni ragionevole dubbio», o se sia sufficiente un accertamento sommario. Solo dando un ruolo autonomo e irrinunciabile al consenso del reo si potrebbe legittimamente fare a meno del contraddittorio⁵³ e quindi dell'accertamento pieno. Tuttavia la norma di consenso

⁴⁷ «Pratica che, pur sintomatica dell'esigenza di introdurre organicamente la mediazione penale nell'ordinamento minorile [...] determina una palese forzatura», secondo A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 158; «neppure il tenore dell'art. 9 [...] autorizza un'esegesi così audace», per C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., 126.

⁴⁸ Cfr. C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., 126.

⁴⁹ C. CESARI, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., 125.

⁵⁰ Si parla addirittura della «natura di misura penale attribuibile alla messa alla prova» in C. CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, cit., 347.

⁵¹ A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 182; cfr. anche C. CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, cit., 347.

⁵² C. cost. 14 aprile 1995, n. 125, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1995, 972.

⁵³ Cfr. sul punto S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de iure condito e spunti de iure condendo*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2009, 1993.

non parla, con la conseguenza che la soglia di accertamento «non può divergere da quella che è necessario integrare ai fini della condanna penale»⁵⁴. La stessa Corte costituzionale ha incidentalmente negato la necessità del consenso dell'imputato alla messa alla prova, dovendosi rimettere «al giudice la decisione circa l'opportunità di sospendere il processo al fine di valutare la personalità del minorenne all'esito della prova»⁵⁵. Buona parte della dottrina propone una lettura diversa della norma; qualcuno ricava la necessaria volontarietà dell'adesione al progetto, e quindi alla messa alla prova, dal termine «assumere», che compare, con riferimento agli impegni specifici del minore, all'art. 27 della successiva normativa di attuazione (d. lgs. 272 del 1989)⁵⁶. In generale si conviene quindi sulla necessità del consenso esplicito del minore alla messa alla prova⁵⁷, ma resta il fatto che tale elemento risulta del tutto assente nella normativa, rendendo problematico, senza forzature interpretative, vedere nell'art. 28 la disciplina di una forma compiuta di diversione.

3.2. *La messa alla prova per adulti.*

Differente potrebbe essere il discorso relativo alla messa alla prova per gli adulti, recentemente disciplinata con la legge n. 67 del 28 aprile 2014⁵⁸, e anche questa immediatamente inquadrata, già nella fase preparatoria, come una ipotesi di «*diversion*»⁵⁹. Qui infatti il consenso del reo viene esplicitamente richiesto ai fini della sospensione del processo⁶⁰. Eppure sembrano non mancare ancora una volta taluni profili problematici. Vi è chi si chiede se non si tratti semplicemente di una «cripto-condanna» preceduta da vere e proprie sanzioni penali sostitutive⁶¹. Il riferimento è allo svolgimento di lavoro di pubblica utilità, che la norma rende obbligatorio ai fini di un esito positivo della prova. Ci si potrebbe poi chiedere se la commistione di tali istituti – messa alla prova e lavoro di pubblica utilità – possa risultare, oltre che di non facile attuazione⁶², anche poco funzionale a rispondere ad esigenze tipiche della diversione, quale l'istanza di personalizzare e calare sul singolo caso la risposta statutale al reato. L'inserimento del lavoro di pubblica utilità obbligatorio sembra invece evidenziare un carattere latamente punitivo della misura, certamente distante dai paradigmi della *restorative justice*⁶³ e dallo spirito che dovrebbe caratterizzare una misura di diversione⁶⁴. L'impressione che si ricava, sotto questo punto di vista, da una prima lettura della norma, è che si sia voluto forzatamente dotare il sistema processualpenalistico di strumenti ormai diffusi in altri ordinamenti, ma dei quali vi è in Italia scarsa conoscenza ed esperienza concreta, con il rischio effettivo di confonderne profili di attuazione pratica e finalità.

Altro elemento che sembrerebbe distanziare il nuovo istituto dalla *ratio* propria di una forma di diversione è la prevista iscrizione al casellario giudiziale dell'ordinanza che dispone la messa alla prova (o meglio, che dispone la sospensione del procedimento ad essa preordinata). Una delle finalità principali della diversione è infatti quella di evitare qualsiasi effetto stigmatizzante e criminalizzante, e a tale scopo simili adempimenti formali vengono normalmente

⁵⁴ S. CIAMPI, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali*, cit., 1996.

⁵⁵ C. cost. 14 aprile 1995, n. 125, cit., 978.

⁵⁶ Cfr. A. CIAVOLA - V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., 185.

⁵⁷ Per tutti cfr. C. CESARI, *Sospensione del processo e messa alla prova*, cit., 356 ss.

⁵⁸ Per una panoramica generale e un primo commento sulla legge, cfr. V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti: una prima lettura della L. 67/14*, in *Dir. pen. cont.*, 25 Giugno 2014.

⁵⁹ M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova seguendo il paradigma della giustizia riparativa*, in *Processo penale e Giustizia*, 2012, 128.

⁶⁰ Sottolinea la natura consensuale dell'istituto in chiave di differenziazione dall'omonimo istituto minorile, G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. Pen.*, 2015, 5.

⁶¹ Cfr. F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cassazione Penale*, 2012, 11: «l'ordinanza che dispone la messa alla prova dell'imputato assumerebbe [...] le fattezze della condanna a pena sostitutiva».

⁶² Cfr. F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., 8, dove si critica il fatto che sia stato assegnato un «ruolo determinante a un istituto rivelatosi sin qui fallimentare sul piano operativo come la prestazione di lavoro di pubblica utilità».

⁶³ Si permetta per un'analisi più ampia sul punto il rimando a B. BERTOLINI, *La messa alla prova per adulti sotto le lenti della giustizia riparativa*, in *Aa. Vv. Verso un processo penale accelerato, riflessioni intorno alla l. 67/2014, al d.lgs 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, a cura di A. MARANDOLA, K. LA REGINA, R. APRATI, Napoli, 2015, 25 ss.

⁶⁴ E difatti la dottrina è pressoché unanime nel riconoscere come finalità preminente dell'istituto quella deflattiva, cfr. per tutti F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 1300. Che ciò peraltro costituisca un equivoco già messo in luce nella prassi dalla giurisprudenza è evidenziato in V. BOVE, *Messa alla prova, a poco più di un anno: quali ancora le criticità?*, in *Dir. pen. cont.*, 22 dicembre 2015, 3 s.

evitati. La dottrina austriaca si è addirittura interrogata se già la sola iscrizione al registro delle diversioni, visibile esclusivamente dagli organi giudiziari e al solo fine di valutare con maggiore cognizione di causa la sensatezza di un eventuale nuovo intervento alternativo rispetto alle esigenze special-preventive, non costituisca una violazione della presunzione di innocenza⁶⁵.

Ancora, la norma richiede che, ai fini della sospensione del procedimento con messa alla prova, venga presentata una richiesta in tal senso da parte dell'indagato o dell'imputato. Se dunque in tal modo vengono dissipati i dubbi in ordine alla presenza del consenso esplicito del reo, ci si potrebbe tuttavia chiedere se l'attivazione del procedimento alternativo ad opera della parte privata, e non dell'organo pubblico, non sia foriera di calcoli utilitaristici in termini di convenienza processuale e sanzionatoria⁶⁶, ponendo in secondo piano le potenzialità rieducative e responsabilizzanti del rito⁶⁷. Non ci si dovrebbe d'altra parte stupire se l'utilità e le funzioni di una messa alla prova vengono valutate con criteri e aspettative differenti dall'indagato e dal giudice. Al primo interesserà un'analisi in termini di costi-benefici rispetto alla massima "impunità" possibile, al secondo dovrà interessare la ricerca di un percorso costruttivo e risocializzante. Non a caso nel modello austriaco è compito di un organo istituzionale, il pubblico ministero o il giudice, *proporre* la diversione quando venga ritenuta, in base ai presupposti di legge, idonea per il singolo caso. La discrezionalità (vincolata) dell'autorità giudiziaria viene poi controbilanciata dalla possibilità garantita all'indagato di impugnare la sentenza nel caso gli venisse indebitamente negato l'accesso al procedimento alternativo.

Se in generale si tratta di un istituto cui difficilmente potrà essere negata la qualifica di alternativa al processo⁶⁸, nonostante vi sia chi lo considera piuttosto un nuovo procedimento speciale accanto a quelli già conosciuti dal nostro codice⁶⁹, o un «sub-procedimento»⁷⁰, ancora il legislatore non ha voluto cogliere tutti gli elementi che caratterizzano una vera ipotesi di *diversion*, non avendo tenuto pienamente conto delle finalità ultime che questa si propone di perseguire.

4.

Considerazioni finali.

Resta da domandarsi a questo punto perché nel nostro Paese non sembra, almeno stando al confronto con la significativa esperienza austriaca, siano stati accolti in pienezza gli spunti derivanti da altri ordinamenti riguardo i molteplici modelli di alternative al processo a questa ispirati. È evidente il ritardo con cui il nostro Paese si sta muovendo rispetto a queste tematiche, al confronto con altri ordinamenti. L'eco della nascita della diversione ci era giunta fin dai primi sviluppi di tali esperienze⁷¹, ma la discussione in merito sembra aver immediatamente subito una battuta d'arresto, dal momento che tali istituti sono stati considerati come contrari all'art. 112 Cost., che sancisce l'obbligatorietà dell'azione penale⁷².

Solo più recentemente è iniziata ad emergere una valutazione differente in ordine alla possibilità di integrare le alternative al processo con quel fondamentale principio. Se infatti esso nasce per tutelare l'indipendenza dei magistrati e l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, e, per le ragioni storiche che sono conosciute, è saldamente radicato nella tradizione giuridica italiana, è stato tuttavia osservato come nel corso degli anni si sarebbe registrata una «tendenza, non solo a difendere con i denti [...] il principio stesso [...] ma finanche a mitizzarlo come l'unico coerente con uno Stato di diritto», dimenticando che la rigidità con il quale esso è stato letto dagli interpreti «non trova corrispondenti in nessun'altra parte d'Europa e

⁶⁵ cfr. R. MIKLAU, *Der Beschuldigte und die Diversion*, cit., 35.

⁶⁶ Cfr. F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma*, cit., 11 ss.: «Per gli imputati che non rischiassero l'esecuzione della pena detentiva [...] soluzione [...] scarsamente allettante»; «incentivo rappresentato dalla circostanza che [...] non sarebbe, almeno formalmente, una sentenza di condanna»; «opportunità invitante per chi dovesse rischiare il carcere».

⁶⁷ Sugli scopi della messa alla prova per adulti, rispetto a quella per minori, cfr. M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova*, cit., 126.

⁶⁸ Si parla di «modulo di definizione alternativa della vicenda processuale» nella [Relazione nr. III/07/2014 del 5.5.2014, 4, dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione](#), a cura di R. PICCIRILLO, 4.

⁶⁹ Cfr. V. BOVE, *Messa alla prova per gli adulti*, cit., 4.

⁷⁰ M. RIVERDITI, *La nuova disciplina della messa alla prova di cui all'art. 168-bis c.p.: uno sguardo d'insieme*, in *Studium Iuris*, 2014, 985.

⁷¹ Cfr. F. RUGGERI, *Diversion*, cit., 539.

⁷² Cfr. per tutti V. GREVI, *Rapporto introduttivo su «diversion» e «mediation» nel sistema penale italiano*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 1983, f.1, 52: «il principio di obbligatorietà dell'azione penale continua oggi a dominare l'orizzonte del processo penale italiano, lasciando così margini assai ridotti all'accoglimento nel sistema di meccanismi riconducibili all'area della *diversion*».

forse nel mondo». Un tale ragionamento dovrebbe portare a concludere che «nessun altro ordinamento si preoccupi dell'eguaglianza di fronte alla legge e alla giustizia penale», il che «pare francamente eccessivo»⁷³. Secondo altri «vi sarebbe spazio per un intervento legislativo che predeterminasse i requisiti e le condizioni per la pronuncia di un provvedimento archiviativo semplice o condizionato», in quanto «una tale previsione [...] non tradirebbe le implicazioni “di valore” sottese alla formula costituzionale»⁷⁴. Ancora, si inizia a parlare, seppure limitatamente al solo processo minorile, di «interpretazione finalisticamente orientata del concetto di superfluità del processo quale limite implicito al principio sancito dall'art. 112 Cost.»⁷⁵. Sempre con riguardo ai soli minori, in particolare con riferimento alla mediazione preprocessuale, si propone un'apertura verso una discrezionalità controllata del pubblico ministero che non violerebbe l'art. 112 Cost. là dove permettesse l'archiviazione del caso in seguito alla mediazione, purché questa sia compiutamente disciplinata e non si violi il principio d'uguaglianza⁷⁶.

Sembra dunque aprirsi lentamente una via per la conciliazione tra le ipotesi di diversione e l'art. 112 Cost. Essa si può ottenere evidentemente solo ponendo in primo piano i valori costituzionali difesi dalla norma in questione. Ciò significa costruire le alternative al processo in modo tale che restino garantiti tanto l'indipendenza della magistratura da eventuali pressioni esterne, quanto l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge⁷⁷. Il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale si dovrebbe in quest'ottica considerare rispettato non tanto nel momento in cui ogni notizia di reato viene perseguita penalmente, come la lettera della Costituzione sembra suggerire, quanto tramite la tutela della *ratio* ad essa sottesa, che potrebbe essere ugualmente rispettata, a certe condizioni, anche laddove alcuni reati vengano perseguiti con modalità diverse da quelle classiche, in assenza di un'azione penale formale.

Tale percorso porterebbe a chiedersi che cosa integri la fattispecie “azione penale”, e se sia immaginabile una sua pluralità di forme. È stato infatti già evidenziato il rischio per cui «proposizioni del testo costituzionale che, mentre devono essere e sono [...] regole per la normativa ordinaria» siano invece «in qualche modo condizionate dalla medesima»⁷⁸. Si pone il dubbio cioè se si debba necessariamente intendere per azione penale solo quello che la legge ordinaria individua come tale, o se si possa al contrario individuare un più ampio spettro di ipotesi, coerenti con il dettato costituzionale, ugualmente riferibili alla categoria⁷⁹.

A conferma di ciò vi è già chi parla, nell'ambito della messa alla prova, di «*implicito esercizio dell'azione penale*»⁸⁰. Il passaggio risulta di grande interesse poiché giungerebbe alle stesse conclusioni cui è approdata la dottrina austriaca. Anch'essa si è dovuta confrontare con il principio di obbligatorietà dell'azione, che, pur non essendo costituzionalizzato, è profondamente radicato nel sistema. Oltralpe si ritiene che «il principio d'indisponibilità ed il principio di obbligatorietà dell'azione penale, di fronte ad un procedere per diversione del pubblico ministero, restano intatti. In realtà il Titolo XI costituisce per il pubblico ministero proprio un obbligo legalmente coercibile a procedere non con l'azione penale bensì tramite la diversione, equiparabile all'esercizio dell'azione penale stessa»⁸¹.

Perché sia scongiurata la possibilità di trattamenti differenziati in situazioni analoghe, è quindi necessario – questa perlomeno è la soluzione austriaca – che il ricorso alla diversione sia previsto come obbligatorio in tutti i casi in cui ve ne siano i presupposti, e che siano a tale

⁷³ M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative: spunti di riflessione su un “nuovo” dalle molte facce (non sempre inedite)*, in *Rivista di diritto processuale*, 2006, 411.

⁷⁴ M. G. AIMONETTO, *L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, in *Legislazione penale*, 2000, 120.

⁷⁵ V. PATANÈ, *Diversion*, in AA.VV., *Il processo penale dei minori*, cit., 86.

⁷⁶ Cfr. F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, in AA.VV., *La mediazione nel sistema penale minorile*, a cura di L. PICOTTI, Padova, 1998, 203-204.

⁷⁷ «Esigenze che [...] possono essere perseguite anche, e forse ancor più, là dove il principio non vige o quantomeno opera soltanto come regola non inderogabile e anzi ricca di eccezioni», questo secondo M. CHIAVARIO, *Processo penale e alternative*, cit., 412.

⁷⁸ M. CHIAVARIO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2662.

⁷⁹ Ragionamenti simili sono presenti, seppure rispetto al procedimento di archiviazione, in S. QUATTROCOLO, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, 2004, 86: «L'area del costituzionalmente necessario sembra doversi ritagliare [...] attorno al nucleo essenziale della regola di obbligatorietà – inteso come vincolo di attivazione indefettibile in presenza dei presupposti tassativamente individuati dalla legge – nel perimetro del quale dovrà necessariamente iscriversi uno strumento che ne garantisca l'effettiva osservanza, i cui caratteri formali, però, paiono esulare dalla sfera di incidenza costituzionale».

⁸⁰ M. COLAMUSSI, *Adulti messi alla prova*, cit., 2012, 132.

⁸¹ H. V. SCHROLL, *Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung*, cit., Rz 10.

scopo preposti adeguati strumenti processuali volti al rimedio di eventuali errori o mancanze⁸².

In Austria, proprio per non lasciare alla discrezionalità del singolo magistrato l'accesso alle alternative al processo, è prevista un'apposita causa di nullità della sentenza per mancata applicazione delle norme in questione: se in presenza delle condizioni per proporre la diversione il processo viene proseguito normalmente e si chiude con una sentenza di condanna, l'imputato e il pubblico ministero possono presentare ricorso all'istanza superiore. In caso di accoglimento del ricorso la sentenza viene annullata e gli atti rinviati al tribunale competente, con la prescrizione di agire obbligatoriamente per via alternativa. Ecco che si è salvaguardato così l'eguale diritto di accedere alla diversione in capo ai cittadini.

Alla luce di quanto esposto, sembra quantomeno doveroso chiedersi se la conciliabilità dell'obbligatorietà dell'azione penale e degli altri principi dell'ordinamento con la costruzione di vere e proprie alternative al processo penale costituisca in realtà una strada ben percorribile. Si tratterebbe di porre in primo piano altri interessi costituzionalmente protetti e potenzialmente anche prevalenti⁸³, in un bilanciamento faticoso quanto necessario, se si vuole evitare il rischio, in nome del rispetto formalistico di un principio giuridico, di «sacrificare, in definitiva, più importanti esigenze di giustizia»⁸⁴. L'orizzonte finale cui tendere dovrebbe essere chiaro: creare una giustizia che sia «il più possibile attenta al protagonista e destinatario dei suoi interventi e di conseguenza il più possibile rispettosa della dignità, dei bisogni, dei sentimenti dell'essere umano», nella convinzione che «occorre urgentemente riscoprire che la giustizia e il diritto sono per l'uomo»⁸⁵.

⁸² Una tesi simile sembra sostenuta anche in F. RUGGIERI, *Obbligatorietà dell'azione penale e soluzioni alternative nel processo penale minorile*, cit., 203 ss., laddove si invoca la previsione di una disciplina unitaria per le ipotesi di alternative al processo minorile che garantisca il rispetto del principio di uguaglianza, considerato «presupposto dell'obbligatorietà dell'azione penale».

⁸³ Cfr. M. G. AIMONETTO, *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese*, cit., 120.

⁸⁴ M. CHIAVARO, *L'obbligatorietà dell'azione penale*, cit., 2673.

⁸⁵ C. MAZZUCATO, *La giustizia penale in cerca di umanità. Su alcuni intrecci teorico-pratici fra sistema del giudice di pace e programmi di giustizia riparativa*, in AA.VV., *Contenuti e limiti della discrezionalità del giudice di pace in materia penale*, a cura di L. PICOTTI - G. SPANGHER, Milano, 2005, 150.

EUROPA E SISTEMA PENALE ITALIANO

61	Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive Marta Bargis
70	Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l’impatto delle nuove direttive Michele Caianiello
86	La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale Marcello Daniele
100	Dalla Corte di giustizia importanti indicazioni esegetiche in relazione alle prime due direttive sui diritti dell’imputato Mitja Gialuz
108	Presente e futuro del processo di armonizzazione europea della parte generale del diritto penale Francesco Rossi
130	Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell’Unione europea Stefano Ruggeri

IL MANDATO DI ARRESTO EUROPEO DALLA DECISIONE QUADRO DEL 2002 ALLE ODIERNE PROSPETTIVE*

Marta Bargis

ABSTRACT

Lo scritto ripercorre brevemente il cammino del mandato di arresto europeo dalla decisione quadro originaria ai nostri giorni, soffermandosi in particolare sulle nuove prospettive di garanzia finalizzate a bilanciare la natura repressiva di tale strumento.

SOMMARIO

1. Il cammino del mandato di arresto europeo (m.a.e.) dalla decisione quadro 2002/584/GAI ad oggi. – 2. Brevi cenni sul ruolo svolto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'interpretazione della decisione quadro sul m.a.e. – 3. Le modifiche alla disciplina originaria della decisione quadro. – 4. Le odierne prospettive: *a)* l'incremento dei diritti riconosciuti alla persona destinataria di un m.a.e. – 5. Segue: *b)* il rafforzamento del principio di proporzionalità e il rapporto del m.a.e. con l'ordinanza cautelare europea e con l'ordine europeo di indagine penale.

*Testo riveduto e corredato di note essenziali della Relazione svolta il 4 maggio 2015 a Pavia al Seminario "Spazio giudiziario europeo e nuovi strumenti di cooperazione: il reciproco riconoscimento dall'euro-mandato all'ordine europeo di indagine", nell'ambito del ciclo di "Seminari Vittorio Grevi", a cura di P. Renon.

1.

Il cammino del mandato di arresto europeo (m.a.e.) dalla decisione quadro 2002/584/GAI ad oggi.

Il mandato di arresto europeo (m.a.e.), oggetto della decisione quadro 2002/584/GAI, costituisce il primo e più importante strumento preordinato a realizzare tra gli Stati membri dell'Unione europea quel principio del mutuo riconoscimento considerato, fin dal 1999, come matrice fondante della cooperazione giudiziaria.

Proprio perché la decisione quadro istitutiva dell'euro-mandato risale al 2002, a prima vista risulta difficile parlare, oggi, del carattere di novità dello strumento in discorso, ormai ampiamente collaudato. Tuttavia, una riflessione più approfondita mostra che gli anni non sono passati invano. Innanzitutto, va sottolineato il ruolo svolto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale, nel risolvere varie questioni pregiudiziali, ha fornito rilevanti precisazioni su alcuni profili della decisione quadro, chiarendo altresì la portata di nozioni definite come «nozioni autonome del diritto dell'Unione»¹. In secondo luogo, sull'atto europeo originario hanno influito decisioni quadro successive. Una volta entrato in vigore il Trattato di Lisbona, poi, nell'impianto sostanzialmente repressivo caratterizzante il m.a.e. si sono aperte notevoli breccie: un maggiore riconoscimento dei diritti della persona richiesta in consegna e una incisiva valorizzazione del principio di proporzionalità che dovrebbe guidare l'autorità emittente. Tutti aspetti che schiudono, ora e nel prossimo futuro, nuove prospettive. Ed è proprio su queste ultime che intendo soffermarmi, non essendo questa la sede adatta a esaminare in modo compiuto né la decisione quadro sul m.a.e. né la normativa di attuazione italiana (l. 22 aprile 2005, n. 69).

2.

Brevi cenni sul ruolo svolto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nell'interpretazione della decisione quadro sul m.a.e.

Come appena anticipato, grande rilievo hanno rivestito le decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, chiamata a risolvere numerose questioni pregiudiziali inerenti alla decisione quadro sul m.a.e.: molteplici gli aspetti venuti in gioco, che spaziano dalla tematica dei motivi di rifiuto, obbligatori o facoltativi, alla portata del principio di specialità e di alcune sue eccezioni, all'assenso dello Stato membro di esecuzione all'estensione del m.a.e. o alla consegna successiva a un altro Stato membro². Qui mi limiterò a ricordare le pronunce della Corte di Lussemburgo concernenti il motivo di rifiuto facoltativo stabilito dall'art. 4 n. 6 della decisione quadro (secondo cui l'autorità giudiziaria può rifiutare di eseguire il mandato qualora la persona ricercata «dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda», se tale Stato si impegni a eseguire la pena o la misura di sicurezza conformemente al proprio diritto interno). Innanzitutto, la Corte (Corte giust., 18 luglio 2008, C-66/08, *Kozłowski*) ha provveduto a definire le nozioni di «residenza» e di «dimora», considerate come «nozioni autonome del diritto dell'Unione» in quanto la disposizione non contiene in proposito alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri³. Dunque, una persona ricercata risiede nello Stato membro di esecuzione qualora «abbia ivi stabilita la propria residenza effettiva», mentre vi dimora quando, «a seguito di un soggiorno stabile di una certa durata nel medesimo, abbia acquisito legami di collegamento con tale Stato di intensità simile a quella dei legami di collegamento che si instaurano in caso di residenza»: l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve perciò effettuare «una valutazione complessiva» degli elementi oggettivi che caratterizzano la situazione della persona, tra i quali, in specie, «la durata, la natura e le modalità del suo soggiorno, nonché i legami familiari ed economici» che essa intrattiene con lo Stato membro di esecuzione.

Dato che la *ratio* dell'art. 4 n. 6 della decisione quadro sul m.a.e. è quella di «accrescere le

¹ In proposito v. *infra*, § 2.

² Per una sintetica panoramica delle pronunce della Corte di giustizia in materia di m.a.e. sia consentito rinviare a M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 267-272 e 289.

³ Ne consegue che gli Stati membri, nelle loro norme attuative, non sono legittimati a conferire ai predetti termini una portata «più estesa» di quella risultante dall'interpretazione uniforme adottata dalla Corte.

opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata, una volta scontata la pena», e che gli Stati membri devono rispettare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 § 1 t.c.e., ora art. 18 t.f.u.e.), la Corte di giustizia ha precisato, in successive pronunce, che è compatibile con tali disposizioni una normativa nazionale che subordina il rifiuto di eseguire il m.a.e. *in executivis* contro un cittadino di un altro Stato membro, avente un diritto di soggiorno (art. 18 § 1 t.c.e., ora art. 21 t.f.u.e.), alla condizione che egli abbia soggiornato legalmente in via continuativa per un certo periodo di tempo nello Stato membro di esecuzione (Corte giust., 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzburg*, in una fattispecie concernente la normativa dei Paesi Bassi, che richiede un soggiorno continuativo di cinque anni). Lede invece il principio di non discriminazione limitare il motivo di non esecuzione in parola ai propri cittadini, escludendo «in maniera assoluta e automatica» i cittadini di altri Stati membri che dimorano o risiedono nel territorio, indipendentemente dai legami che essi presentano con quest'ultimo (Corte giust., 5 settembre 2012, C-42/11, *Lopes Da Silva Jorge*, in una fattispecie riguardante la normativa francese).

Come si sa, l'elaborazione della Corte di giustizia nelle decisioni *Kozłowsky* e *Wolzburg* è stata recepita dalla nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 227 del 24 giugno 2010 (anteriore alla decisione *Lopes Da Silva Jorge*), che ha dichiarato illegittimo l'art. 18 comma 1 lett. r l. n. 69 del 2005, per violazione degli artt. 11 e 117 comma 1 Cost., «nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno».

3.

Le modifiche alla disciplina originaria della decisione quadro.

Sul tessuto originario della decisione quadro relativa all'euro-mandato sono intervenute la decisione quadro 2008/909/GAI, del 27 novembre 2008, sul trasferimento dei condannati (recepita da ventidue Stati membri, compresa l'Italia), e la decisione quadro 2009/299/GAI, del 26 febbraio 2009, sulle decisioni pronunciate *in absentia* (attuata da diciotto Stati membri, tra cui non figura l'Italia).

La prima decisione quadro, la cui finalità è quella di stabilire «le norme secondo le quali uno Stato membro, al fine di favorire il reinserimento sociale della persona condannata, debba riconoscere una sentenza ed eseguire una pena», è venuta a colmare un vuoto di disciplina della decisione quadro sul m.a.e., dato che quest'ultima, pur prevedendo (artt. 4 n. 6 e 5 n. 3) che la pena potesse essere espiata nel Paese di cittadinanza, residenza o dimora del condannato, non dettava una regolamentazione specifica. Si discuteva pertanto se le regole applicative dovessero rinvenirsi oppure no nella Convenzione del Consiglio di Europa sul trasferimento delle persone condannate, firmata a Strasburgo il 21 marzo 1983: si è ora chiarito che l'esecuzione della pena, nelle ipotesi considerate, avverrà sulla base del riconoscimento della sentenza emessa in un altro Stato membro dell'Unione europea. Con il d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161 il nostro Paese ha dettato le disposizioni per conformarsi alla suddetta decisione quadro: esse si applicano (art. 24 comma 1 d.lgs. n. 161 del 2010) anche all'esecuzione della pena o della misura di sicurezza con riguardo ai casi contemplati nelle disposizioni che hanno attuato gli artt. 4 n. 6 e 5 n. 3 della decisione quadro sul m.a.e. (artt. 18 comma 1 lett. r e 19 comma 1 lett. c l. n. 69 del 2005)⁴.

La seconda decisione quadro ha inserito nella decisione quadro sul m.a.e. l'art. 4 *bis* (*Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non abbia partecipato personalmente*), con speculare soppressione nell'art. 5 del n. 1, che subordinava a determinate garanzie l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza irrogate con una decisione pronunciata *in absentia*. L'art. 4 *bis* consente all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di rifiutare di eseguire il m.a.e. emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà se l'interessato non è comparso personalmente al processo, con quattro eccezioni tassativamente enunciate in modo alternativo.

La prima eccezione prevede che l'interessato sia stato citato personalmente o di fatto in-

⁴ Per un quadro d'insieme v. E. ZANETTI, *Art. 18 l. 22 aprile 2005, n. 69*, in G. CONSO-G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2015, p. 3270; EAD., *Art. 19 l. 22 aprile 2005, n. 69*, *ivi*, p. 3273.

formato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, nonché informato che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione in giudizio; la seconda eccezione riguarda l'ipotesi in cui l'interessato, al corrente della data fissata, ha conferito mandato a un difensore, nominato da lui stesso o dallo Stato, per essere patrocinato in giudizio, ed è stato in effetti difeso; la terza eccezione concerne l'evenienza in cui l'interessato, ricevuta la notifica della decisione ed espressamente informato del diritto a un nuovo processo o a un «ricorso in appello» (cui ha diritto di partecipare e che consente di riesaminare il merito della causa, comprese le nuove prove, potendo condurre alla riforma dell'originaria decisione), non ha richiesto un nuovo processo o presentato l'impugnazione entro il termine stabilito; la quarta eccezione, infine, si riferisce al caso in cui l'interessato non ha ricevuto personalmente la notifica della decisione (le autorità non sono riuscite a contattarlo, in particolare perché ha tentato di sottrarsi alla giustizia: v. il considerando n. 12), ma riceverà personalmente e senza indugio la notifica dopo la consegna, con l'espressa informazione del diritto a un nuovo processo o a un «ricorso in appello», e verrà altresì informato del termine entro cui esercitare l'una o l'altra opzione.

Quando si versi in una delle quattro situazioni elencate, lo Stato membro richiesto non può rifiutare l'esecuzione del m.a.e.: essendo state armonizzate le condizioni di esecuzione dell'euro-mandato nel caso di condanna *in absentia*, secondo la Corte di giustizia (Corte giust., 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*, in una fattispecie di consegna all'Italia, da parte della Spagna, di persona condannata in contumacia)⁵ l'art. 4 *bis* della decisione quadro sul m.a.e. va interpretato nel senso che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, nei casi considerati, non può subordinare l'esecuzione di un m.a.e. «emesso ai fini dell'esecuzione di una pena alla condizione che la sentenza di condanna pronunciata *in absentia* possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente»⁶.

Il legislatore italiano – che si era impegnato, con una dichiarazione apposita, all'attuazione della decisione quadro n. 299 del 2009 entro il 1° gennaio 2014 – non ha viceversa ancora provveduto a modificare la l. n. 69 del 2005. Peraltro, la l. 28 aprile 2014, n. 67 ha espunto dal nostro ordinamento la figura del contumace, disciplinando nel contempo il processo in assenza e la sospensione del processo nei confronti degli irreperibili. Tali novità normative dovrebbero servire a scongiurare, nel caso di procedura attiva di consegna, un rifiuto da parte degli altri Paesi dell'Unione, anche se l'onere probatorio addossato all'assente incolpevole dalla l. n. 67 del 2014 potrebbe creare ripercussioni negative a livello europeo.

⁵ A commento della sentenza v., con diverse sfumature, C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*, in *Dir. Pen. cont.*, 4 luglio 2013; S. CIVELLO CONIGLIARO-S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea. Un commento alle sentenze Radu e Melloni della Corte di giustizia*, *ivi*, 3 giugno 2013; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il caso Melloni*, *ivi*, 7 giugno 2013; F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto Ue e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré, mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, *ivi*, 9 marzo 2014. Cfr. inoltre A. DA FONSECA, *Le Tribunal constitutionnel espagnol et la Cour de justice: un dialogue d'apparat autour de l'affaire Melloni?*, in *www.gdr-elsj.eu*, 30 marzo 2014; R. MEDHI, *Retour sur l'arrêt Melloni: quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté*, *ivi*, 29 marzo 2013.

⁶ Com'è noto, nella pronuncia sul caso Melloni la Corte di giustizia – nel risolvere le questioni pregiudiziali poste dalla Corte costituzionale spagnola – ha altresì fornito l'interpretazione dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, applicando il principio del primato del diritto dell'Unione (punti 58-60). Quanto all'ipotesi di specie, muovendo dalla premessa che l'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un m.a.e. in caso di condanna *in absentia* «riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia* raggiunte da un mandato d'arresto europeo» (punto 62), i giudici di Lussemburgo hanno ritenuto che consentire a uno Stato membro di esecuzione di avvalersi dell'art. 53 della Carta, per subordinare la consegna di una persona giudicata *in absentia* a una condizione non prevista dalla decisione quadro n. 299 del 2009, «comporterebbe, rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare» (punto 63). Pertanto, l'art. 53 della Carta «deve essere interpretato nel senso che non consente a uno Stato membro di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione». Va posto in luce che, più di recente, la Corte di giustizia, nel suo parere negativo sull'accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Parere 2/13 del 18 dicembre 2014), ha utilizzato in via generale l'interpretazione dell'art. 53 della Carta: infatti, richiamato (punto 188) il punto 60 della sentenza Melloni, secondo cui «l'applicazione di standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non deve compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione», la Corte ha affermato che, riservando in sostanza l'art. 53 c.e.d.u. la facoltà per le Parti contraenti di prevedere standard di tutela dei diritti fondamentali più elevati di quelli garantiti dalla convenzione stessa, occorre assicurare il coordinamento tra tale norma e l'art. 53 della Carta, come interpretato dalla Corte, affinché la facoltà concessa dall'art. 53 c.e.d.u. agli Stati membri «resti limitata, per quanto riguarda i diritti riconosciuti dalla Carta corrispondenti a diritti garantiti dalla citata convenzione, a quanto è necessario per evitare di compromettere il livello di tutela previsto dalla Carta medesima, nonché il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione» (punto 189), mentre «nell'accordo previsto non vi è alcuna norma intesa a garantire tale coordinamento» (punto 190).

4.

Le odierne prospettive: a) l'incremento dei diritti riconosciuti alla persona destinataria di un m.a.e.

La decisione quadro sul m.a.e. ha prestato attenzione ai diritti fondamentali della persona arrestata in esecuzione dell'euro-mandato: quanto al diritto di difesa, ha stabilito, oltre agli oneri informativi (art. 11 § 1), il diritto all'assistenza di un consulente legale e di un interprete (art. 11 § 2); quanto alla limitazione della libertà personale, ha previsto il diritto all'esame dell'opportunità del mantenimento in custodia (art. 12), nonché alla deduzione, dalla durata della condanna, del periodo di custodia subito per effetto del m.a.e. (art. 26). Tuttavia, di fronte alla concreta disomogeneità di tutela dovuta ai richiami effettuati dalla decisione quadro al «diritto interno» del singolo Stato membro di esecuzione, diveniva urgente stabilire delle norme minime sulle garanzie procedurali, che, accrescendo la fiducia reciproca, si rivelano essenziali per l'operatività degli strumenti fondati, come il m.a.e., sul reciproco riconoscimento. Le tre direttive finora emanate, rientranti nella c.d. tabella di marcia finalizzata a rafforzare i diritti procedurali di indagati e imputati⁷, si occupano altresì del procedimento di esecuzione di un euro-mandato, incrementando i diritti riconosciuti alla persona destinataria di un m.a.e.

Secondo la direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, lo Stato membro di esecuzione assicura che le proprie competenti autorità forniscano l'assistenza di un interprete alle persone che non parlino o non comprendano la lingua del procedimento (art. 2 § 7), nonché la traduzione scritta del m.a.e. a chi non comprenda la lingua in cui il mandato è redatto, o è stato tradotto dallo Stato membro emittente (art. 3 § 6), anche se, in deroga alla previsione generale, è possibile fornire una traduzione o un riassunto orali, a condizione che la scelta della forma orale non pregiudichi l'equità del procedimento (art. 3 § 7) e risulti dal verbale (art. 7)⁸. Sulla base del considerando n. 25, inoltre, le persone interessate «dovrebbero avere il diritto di impugnare la decisione che dichiara superflua l'interpretazione», ma tale diritto «non dovrebbe pregiudicare i termini applicabili» all'esecuzione di un m.a.e.⁹

Nel d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32, con cui il nostro Paese ha attuato la direttiva in esame, non compare però alcuna disposizione specifica che intervenga a modificare la l. n. 69 del 2005¹⁰: alla base di questa lacuna sta con ogni probabilità la convinzione che fosse sufficiente la previsione allora contenuta nell'art. 12 comma 1 di tale legge, secondo cui l'ufficiale di polizia giudiziaria che ha proceduto all'arresto informa la persona, in una lingua alla stessa comprensibile, del mandato emesso e del suo contenuto, della possibilità di acconsentire alla propria consegna all'autorità giudiziaria emittente e la avverte, oltre che della facoltà di nominare un difensore di fiducia, del diritto di essere assistita da un interprete¹¹. La divergenza principale sta nel fatto che la legge attuativa del m.a.e. prevede solo una sorta di riassunto orale del contenuto del mandato, mentre la direttiva contempla, perlomeno come regola, la traduzione scritta: ed è cosa ben diversa avere in mano e poter conservare un documento scritto, da analizzare in un secondo momento, insieme al difensore e all'eventuale interprete. D'altro canto,

⁷ Cfr. *Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali*, in *G.U.U.E.*, 4 dicembre 2009, C 295/1. La tabella di marcia è stata poi integrata nel *Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in *G.U.U.E.*, 4 maggio 2010, C 115/1 (punto 2.4). Per considerazioni di carattere generale sulla tabella di marcia e sulle direttive menzionate nel testo v., tra i contributi più recenti, anche con spunti critici, R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. KOSTORIS, cit., pp. 78-80; T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, pp. 1 ss.; per una valutazione positiva, ritenendo che le direttive promuovano la «libera circolazione» dei diritti fondamentali da esse salvaguardati, v. M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2015, pp. 1 ss. e, specialmente, 16 ss.

⁸ Ai sensi del considerando n. 15, i diritti previsti dalla direttiva dovrebbero applicarsi, «quali necessarie misure di accompagnamento, all'esecuzione del mandato d'arresto europeo nei limiti stabiliti dalla medesima. Gli Stati membri di esecuzione dovrebbero provvedere all'interpretazione e alla traduzione a beneficio delle persone ricercate che non parlino o non comprendano la lingua del procedimento e assumerne i relativi costi».

⁹ Il medesimo considerando n. 25 chiarisce che gli Stati membri non hanno l'obbligo di «prevedere un meccanismo separato o una procedura di ricorso» con cui potrebbe venire impugnata la decisione che considera superflua l'interpretazione.

¹⁰ Come osserva M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica: novità e difetti del nuovo assetto codicistico*, in *Legisl. pen.*, 2014, pp. 189 s., il Governo, anche a proposito del diritto all'interpretazione e alla traduzione nel procedimento per l'esecuzione del m.a.e., non ha tenuto conto dei suggerimenti espressi dalle competenti Commissioni della Camera dei deputati nel loro parere consultivo.

¹¹ V. altresì l'art. 13 comma 1 l. n. 69 del 2005, quanto alla procedura di convalida dell'arresto. Non versandosi nel caso di arresto ad iniziativa della polizia giudiziaria, v. art. 10 commi 1 e 4 l. n. 69 del 2005, rispettivamente per le informazioni date dal presidente della corte di appello (o dal magistrato delegato) e per il deposito del m.a.e. e della documentazione correlata.

è poco soddisfacente richiamare l'art. 39 comma 1 l. n. 69 del 2005, ove si stabilisce l'applicabilità delle disposizioni del codice di procedura penale, «in quanto compatibili», tentando un'equiparazione – piuttosto tortuosa – tra i provvedimenti che dispongono misure cautelari personali e l'euro-mandato, per approdare alla traduzione di quest'ultimo¹²: infatti, il richiamo alla disciplina in materia di misure cautelari personali, contenuto nell'art. 9 comma 5 l. n. 69 del 2005, non riguarda il m.a.e., ma l'eventuale misura coercitiva applicata alla persona di cui è richiesta la consegna¹³, senza contare che tale richiamo investe – con talune eccezioni – le disposizioni del titolo I del libro IV del codice, mentre l'art. 143 comma 2 c.p.p., che si vorrebbe applicare analogicamente laddove prevede la traduzione scritta dei «provvedimenti che dispongono misure cautelari personali», è contenuto nel libro II¹⁴. Del resto, nella Tabella di concordanza annessa alla Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo, ci si limitava a constatare che, nel diritto vivente, l'autorità giudiziaria già «dispone anche la traduzione scritta del mandato di arresto europeo, in analogia con la procedura seguita per l'esecuzione di un'ordinanza di misura cautelare personale»¹⁵. Insomma, visto che ci si apprestava a introdurre nel nuovo testo dell'art. 143 comma 2 c.p.p. un'elencazione tassativa dei documenti fondamentali di cui è dovuta la traduzione scritta, sarebbe stata preferibile una previsione espressa pure per la legge attuativa dell'euro-mandato.

A sua volta, la direttiva 2012/13/UE, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, prevede che le persone arrestate in esecuzione di un m.a.e. ricevano in modo tempestivo un'adeguata comunicazione scritta contenente informazioni sui loro diritti in conformità alla legislazione attuativa della decisione quadro sul m.a.e. dello Stato membro di esecuzione (art. 5 § 1). La comunicazione è redatta in un linguaggio semplice e accessibile (art. 5 § 2), emergente dal modello contenuto nell'allegato II alla direttiva medesima¹⁶: si tratta di un modello puramente indicativo, che gli Stati membri non sono tenuti a utilizzare, potendo modificarlo per adattarlo alla normativa nazionale e aggiungervi ulteriori informazioni ritenute utili.

Il d.lgs. 1° luglio 2014, n. 101, che ha attuato la suddetta direttiva, ha interpolato l'art. 12 comma 1 l. n. 69 del 2005, dove, dopo le parole «informa la persona, in una lingua alla stessa comprensibile, del mandato emesso e del suo contenuto», è stata inserita la frase «e le consegna una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa, che la informa»: il contenuto di tale informazione è previsto nella parte finale del comma, rimasta immutata, e concerne la possibilità di acconsentire alla consegna, la facoltà di nominare un difensore di fiducia e il diritto a essere assistita da un interprete¹⁷. Non si è precisato – ma deve ritenersi implicito – che la comunicazione scritta dei diritti vada tradotta in una lingua comprensibile alla persona destinataria del m.a.e.

Va considerata infine la direttiva 2013/48/UE, del 22 ottobre 2013, sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento per l'esecuzione del m.a.e., sul

¹² Cfr. A. COCOMELLO-A. CORBO, *Rel. n. III/05/2014*, in www.cortedicassazione.it, p. 4, i quali, dopo aver premesso che, «a differenza di quanto prevede esplicitamente la direttiva europea, il legislatore italiano nulla ha disposto espressamente in materia», osservano come «nella Tabella di concordanza annessa alla Relazione illustrativa dello schema di decreto legislativo trasmessa al Senato della Repubblica» si evidenzia che la l. n. 69 del 2005, all'art. 9 comma 5, richiama le norme del codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali, e concludono che, «attraverso questo rinvio, anche a prescindere dal ricorso all'analogia, si potrebbe probabilmente addivenire ad una soluzione estensiva dei diritti alla interpretazione e traduzione anche in favore del destinatario del mandato di arresto europeo, in relazione a tale provvedimento»; D. CURTOTTI, *La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 5, p. 128. In senso analogo v. Cass., sez. VI, 8 gennaio 2015, n. 1199, Ivancescu, p. 5 (la decisione è consultabile in www.cortedicassazione.it, accedendo a SentenzeWeb).

¹³ Altra questione è se, sulla base del considerando n. 15 della direttiva (v. *supra*, nota 8), l'art. 39 comma 1 l. n. 69 del 2005 consenta di estendere il dettato del nuovo art. 143 c.p.p. al procedimento di esecuzione di un m.a.e.: per la soluzione positiva, con riguardo alla traduzione della sentenza, ma «solo quando la persona richiesta in consegna, che non comprende la lingua italiana, ne faccia espressa e motivata richiesta in applicazione del quadro dei principi stabiliti dalla direttiva 2010/64/UE, che impongono agli Stati membri di assicurare la traduzione scritta dei documenti fondamentali per l'esercizio del diritto di difesa, ivi comprese le sentenze», v. ancora Cass., sez. VI, 8 gennaio 2015, n. 1199, Ivancescu, *ibidem*.

¹⁴ In altre parole, l'applicazione analogica richiederebbe un duplice «passaggio».

¹⁵ Cfr. *Senato della Repubblica, XVII legislatura, N. 64, Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare, Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, pp. 10-11.

¹⁶ Su tale modello v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 294.

¹⁷ In proposito S. CIAMPI, *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2014, p. 20, rileva che in modo discutibile il legislatore ha reputato sufficiente «il corredo informativo» già contenuto nell'art. 12 l. n. 69 del 2005, e si è pertanto «concentrato sul solo profilo veicolare delle informazioni da darsi all'arrestato» (per rilievi ulteriori, rispetto al modello di *Letter of rights* per le persone arrestate sulla base di un m.a.e., v. *ivi*, p. 21).

diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e sul diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi o con le autorità consolari. La direttiva (che gli Stati membri devono attuare entro il 27 novembre 2016) dedica l'art. 10 (da ricollegare ai considerando nn. 42-47) al diritto di accesso a un difensore nel procedimento di esecuzione del m.a.e.¹⁸: innanzitutto, si fa riferimento al diritto di avvalersi di un difensore nello Stato membro di esecuzione al momento dell'arresto (§ 1) e, dal punto di vista contenutistico, si chiarisce che le persone richieste in consegna hanno diritto di accedere al difensore in tempi e modi che consentano loro di esercitare effettivamente i propri diritti e in ogni caso senza indebito ritardo dal momento in cui sono private della libertà personale (§ 2 lett. a)¹⁹, nonché di incontrare il difensore che le assiste e di comunicare con lui (§ 2 lett. b)²⁰. Inoltre (§ 2 lett. c), è previsto il diritto alla presenza e alla partecipazione del difensore all'audizione della persona destinataria del m.a.e. da parte dell'autorità giudiziaria di esecuzione, in conformità con le disposizioni nazionali (da osservare altresì per verbalizzare tale partecipazione)²¹. Anche nel procedimento di esecuzione del m.a.e. si applicano, *mutatis mutandis* (§ 3), le disposizioni della direttiva che concernono il rispetto della riservatezza nelle comunicazioni con il difensore, il diritto di informare una terza persona (ad esempio, un parente o il datore di lavoro) della privazione della libertà e di comunicare con essa; il diritto a comunicare con le autorità consolari; la disciplina della rinuncia a uno dei diritti menzionati nell'art. 10 (fatto salvo il diritto nazionale che impone la presenza o l'assistenza di un difensore: art. 9 § 1), scelta comunque revocabile.

L'aspetto più qualificante, che innova rispetto alla decisione quadro sul m.a.e., è senz'altro rappresentato dalla previsione (art. 10 §§ 4-6) secondo cui l'autorità giudiziaria di esecuzione deve informare l'arrestato, senza indebito ritardo, del suo diritto di nominare un difensore nello Stato membro emittente per assistere il difensore nello Stato membro di esecuzione, fornendogli informazioni e consulenza ai fini dell'effettivo esercizio dei diritti della persona da consegnare²². Se quest'ultima desidera esercitare tale diritto e non ha già un difensore nello Stato membro emittente, la competente autorità di esecuzione informa prontamente l'omologa autorità dello Stato di emissione, che provvederà senza indebito ritardo a fornire informazioni che facilitino la nomina del difensore²³. L'esercizio del diritto in oggetto non deve tuttavia pregiudicare i limiti temporali fissati dalla decisione quadro sul m.a.e. o l'obbligo per l'autorità giudiziaria dell'esecuzione di decidere, entro quei limiti e alle condizioni stabilite nella decisione quadro medesima, se la persona deve essere consegnata²⁴.

Se i diritti ora illustrati subissero violazioni, la persona richiesta in consegna deve disporre di mezzi di ricorso effettivi stabiliti dalla legge nazionale (art. 12 § 1).

Il diritto alla "duplice difesa" concretizza un significativo ampliamento di tutela per la persona destinataria di un m.a.e., ma rappresenta nel contempo un aggravio economico che non tutti potrebbero essere in grado di sostenere. Acquista particolare rilievo, pertanto, la proposta di direttiva sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati

¹⁸ Sull'argomento v., tra gli altri, C. AMALFITANO, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati nei procedimenti penali: la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore*, in *Legisl. pen.*, 2014, pp. 40 s.; F.A. BUBULA, *La Direttiva 2013/48/UE sul diritto al difensore e a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in *Dir. pen. cont.*, 29 novembre 2013; S. CRAS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings and in European Arrest Warrant Proceedings*, in *Eucrim*, 2014, pp. 42 s.

¹⁹ A questo riguardo, il considerando n. 45 prevede che le disposizioni nazionali necessarie per assicurare l'esercizio effettivo, da parte delle persone ricercate, del diritto di avvalersi di un difensore «potrebbero prevedere, tra l'altro, che le autorità competenti predispongano l'assistenza di un difensore sulla base di un elenco di difensori disponibili tra cui le persone ricercate potrebbero scegliere».

²⁰ Secondo il considerando n. 43, gli Stati membri possono dettare disposizioni sulla durata e frequenza degli incontri (a seconda del caso concreto) e al fine di garantire la sicurezza del difensore e della persona richiesta in consegna nel luogo in cui tali incontri si svolgono; mentre, per il considerando n. 44, il diritto di comunicare con il difensore va assicurato ad ogni stadio della procedura, anche prima dell'incontro con quest'ultimo, e gli Stati membri possono dettare disposizioni relative a durata, frequenza e modalità di comunicazione, incluse videoconferenze o altre tecnologie.

²¹ Il considerando n. 42 precisa che «il difensore può, tra l'altro, in conformità delle procedure previste dal diritto nazionale, porre domande, chiedere chiarimenti e rendere dichiarazioni».

²² Sulle difficoltà e le obiezioni incontrate da tale previsione nel corso dei lavori preparatori, v. S. CRAS, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer*, cit., p. 43. Proprio per questo motivo il testo finale della direttiva limita i compiti del difensore nominato nello Stato membro di emissione e, nel caso di nomina, mantiene impregiudicati i termini per la decisione sulla consegna stabiliti dalla decisione quadro sul m.a.e.

²³ In base al considerando n. 46, le suddette informazioni «potrebbero, ad esempio, comprendere l'elenco aggiornato dei difensori oppure il nome di un difensore di turno nello Stato di emissione in grado di fornire informazioni e consulenza in casi connessi al mandato d'arresto europeo. Gli Stati membri potrebbero chiedere che detto elenco sia stilato dall'ordine degli avvocati competenti».

²⁴ Cfr. anche il considerando n. 47.

o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del m.a.e., contenuta nel "pacchetto" di misure²⁵ presentato dalla Commissione il 27 novembre 2013 (COM [2013] 824 def.)²⁶: con specifico riferimento all'euro-mandato, la proposta intende, collegandosi a quanto stabilito nell'art. 10 della direttiva n. 48 del 2013, rendere effettivo per il ricercato il diritto alla "duplice difesa", nello Stato membro di esecuzione e in quello di emissione²⁷.

5.

Segue: b) il rafforzamento del principio di proporzionalità e il rapporto del m.a.e. con l'ordinanza cautelare europea e con l'ordine europeo di indagine penale.

L'altro profilo da analizzare, sempre nella prospettiva di maggiori garanzie, si incentra sul rafforzamento del principio di proporzionalità²⁸ (art. 52 § 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), per attuare un bilanciamento tra le finalità securitarie perseguite dal m.a.e. e il rispetto dei diritti fondamentali della persona coinvolta. Come osservato dal Parlamento europeo nella sua Risoluzione del 27 febbraio 2014, recante «raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo», si assiste all'uso sproporzionato del m.a.e. «per reati minori o in circostanze in cui potrebbero essere utilizzate alternative meno invasive», il che conduce «ad arresti ingiustificati e a inutili attese, ingiustificate e spesso eccessive, in custodia cautelare, e pertanto a un'ingerenza sproporzionata con i diritti fondamentali dei sospetti e degli imputati»²⁹.

Non c'è dubbio, infatti, che la concreta disciplina di esecuzione del m.a.e. comporti pesanti conseguenze sulla restrizione della libertà fisica e di circolazione del soggetto ricercato: di qui l'esigenza della proporzionalità nell'emissione del mandato, in modo da renderlo uno strumento efficace per combattere soprattutto le forme gravi di criminalità. In sostanza, le competenti autorità, prima di emettere un m.a.e., ne dovrebbero considerare la proporzionalità, valutando una serie di fattori, tra cui, particolarmente, la gravità del reato, la possibilità di arrestare la persona sospettata e la probabile sanzione che verrebbe applicata qualora il ricercato venisse riconosciuto colpevole; nonché la garanzia dell'effettiva protezione della collettività e gli interessi delle vittime del reato. Così, ad esempio, il m.a.e. non andrebbe emesso se la misura coercitiva che appare proporzionata, adeguata e applicabile al caso in questione non è una misura preventiva privativa della libertà personale. Si potrebbero inoltre prendere in considerazione alternative all'emissione del mandato, che includano l'uso della videoconferenza per le persone sospettate; il ricorso a una citazione in giudizio; il ricorso al S.I.S. II per stabilire il luogo di residenza di una persona sospettata³⁰.

Un modo ulteriore di attuare il principio di proporzionalità, evitando a monte l'emissione

²⁵ Per una illustrazione delle iniziative della Commissione contenute nel "pacchetto" v. [M. CAGOSI, *Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2013](#); cfr. inoltre C. AMALFITANO, *La terza tappa della tabella di marcia*, cit., pp. 25 s. Una presentazione da parte della stessa Commissione si può leggere nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Progredire nell'attuazione dell'agenda dell'Unione europea sulle garanzie procedurali per indagati e imputati – Rafforzare le basi dello spazio europeo di giustizia penale* (COM [2013] 820 def.).

²⁶ La proposta di direttiva è accompagnata da una *Raccomandazione della Commissione sul diritto al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati in procedimenti penali* (in *G.U.U.E.*, 14 dicembre 2013, C 378/11): la raccomandazione concerne pure il diritto al patrocinio a spese dello Stato a favore di persone ricercate che sono soggette a procedimento di esecuzione del m.a.e.

²⁷ Cfr. COM (2013) 824 def., p. 4, dove, al punto 11 della Relazione, si afferma che la proposta «impone agli Stati membri di concedere l'accesso al patrocinio a spese dello Stato anche oltre l'ammissione provvisoria, dal momento che non sempre i ricercati sono privati della libertà personale». L'art. 5 della proposta (*Patrocinio a spese dello Stato per i ricercati*) prevede tale diritto nello Stato membro di esecuzione e in quello di emissione (§§ 1 e 2), precisando (§ 3) che esso «può essere subordinato alla valutazione delle risorse del ricercato e/o dell'interesse della giustizia a concedere tale beneficio, secondo i criteri di ammissibilità applicabili nello Stato membro in questione». A parere di C. AMALFITANO, *La terza tappa della tabella di marcia*, cit., p. 41, fino a che non sarà approvata la proposta di direttiva, le regole nazionali in materia di ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato dovrebbero applicarsi anche nel procedimento di esecuzione del m.a.e.

²⁸ In tema v. [M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in questa Rivista](#), n. 3-4/2014, pp. 143 ss. e, con particolare riferimento all'espansione del principio attraverso le fonti europee, pp. 148-150.

²⁹ Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo* (2013/2109[INL]), p. 3 (sub considerando F, v).

³⁰ Sul punto, anche per rilievi ulteriori, v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, cit., p. 291. Cfr. il *Manuale europeo sull'emissione del mandato di arresto europeo* (nella versione riveduta nel dicembre 2010), pp. 14 s. (il Manuale è allegato al doc. 17195/1/10 REV 1 COPEN 275 EJJN 72 EUROJUST 139, 17 dicembre 2010).

dell'euro-mandato, consiste nell'impiego di altri strumenti di reciproco riconoscimento meno invasivi³¹. Gli atti europei che possono svolgere una funzione alternativa sono la decisione quadro 2009/829/GAI, del 23 ottobre 2009, sull'ordinanza cautelare europea, le cui disposizioni dovevano essere attuate entro il 1° dicembre 2012, ma che finora è stata recepita solo da diciotto Stati membri, tra i quali non compare l'Italia; e la più recente direttiva 2014/41/UE, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale (o.e.i.), da recepire entro il 22 maggio 2017.

La decisione quadro sull'ordinanza cautelare europea consente, nella fase pre-processuale, di trasferire una misura cautelare di tipo non detentivo (come, ad esempio, l'obbligo di rimanere in un luogo determinato o di presentarsi a una determinata autorità a intervalli stabiliti) dallo Stato membro in cui una persona non residente è indagata verso lo Stato membro in cui risiede legalmente e abitualmente (se acconsente a ritornarvi), permettendole così, fino a che non inizi il processo nello Stato in cui il reato è stato commesso, di essere sottoposta a una misura cautelare non detentiva nello Stato di residenza. L'autorità competente dello Stato di esecuzione deve provvedere al riconoscimento della decisione sulle misure cautelari e, se quest'ultimo avviene, adotta tutti i provvedimenti necessari alla sorveglianza delle misure medesime (artt. 12 § 1 e 16).

La disciplina interagisce con l'istituto del m.a.e., nel senso che lo Stato di emissione dell'ordinanza cautelare europea potrebbe non emettere il mandato, fidandosi che lo Stato di esecuzione non solo sorvegli le misure cautelari, ma anche garantisca il ritorno della persona nello Stato di emissione, per la comparizione in giudizio: infatti, soltanto nel caso in cui tale persona non rientri volontariamente verrebbe emesso un m.a.e. e, in tale contesto, l'autorità competente dello Stato di esecuzione di regola non può invocare, per rifiutare di consegnare l'interessato, l'art. 2 § 1 della decisione quadro sul m.a.e., ove si stabiliscono i limiti di pena per l'emissione (art. 21 §§ 2 e 3 della decisione quadro n. 829 del 2009). Ovviamente, perché questa interazione sia possibile, è necessario che tutti gli Stati membri attuino in modo corretto la decisione quadro sull'ordinanza cautelare europea, tenendo nel debito conto i nessi operativi con la decisione quadro sul m.a.e.³²: va ribadito, infatti, che il principio del reciproco riconoscimento, per potere concretamente operare nell'Unione, impone altresì il reciproco recepimento delle decisioni quadro³³.

Solo un accenno, infine, alla direttiva sull'o.e.i.³⁴. Dai considerando n. 25 e n. 26 emerge una possibile funzione complementare di questo strumento di riconoscimento reciproco in rapporto all'euro-mandato: premesso che la direttiva stabilisce le regole sul compimento di un atto d'indagine, per raccogliere elementi di prova, se necessario con la partecipazione della persona interessata, e che dunque un o.e.i. «può essere emesso per il trasferimento temporaneo di tale persona nello Stato di emissione o per lo svolgimento di un'audizione mediante videoconferenza», il considerando n. 25 osserva che, qualora la persona «debba essere trasferita in un altro Stato membro ai fini di un procedimento penale, anche per comparire dinanzi a un organo giurisdizionale per essere processata», dovrebbe essere emesso un m.a.e. Ma, alla luce del principio di proporzionalità inteso come «uso proporzionato» del m.a.e., il considerando n. 26 precisa che l'autorità di emissione, posta di fronte alla duplice scelta, dovrebbe verificare se un o.e.i. «costituisca un mezzo efficace e proporzionato per svolgere i procedimenti penali», esaminando in specie se «l'emissione di un o.e.i. ai fini dell'audizione di una persona sottoposta a indagini o di un imputato mediante videoconferenza possa costituire una valida alternativa» all'emissione del m.a.e.

³¹ In tal senso v. *Risoluzione del Parlamento europeo*, cit., p. 4 (sub punti 2 e 3).

³² Questo profilo nevalgico è sottolineato da COM (2014) 57 def. (*Relazione sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare*), pp. 10 s., laddove si osserva con rammarico che alcuni Stati membri non hanno attuato l'art. 21 della decisione quadro sull'ordinanza cautelare europea.

³³ E, ovviamente, delle direttive adottate post Lisbona. A questo fine, è necessario che la Commissione europea svolga il suo compito di monitorare la situazione in cui versano gli Stati membri e attivi, se del caso, la procedura d'infrazione (art. 258 t.f.u.e.; nonché, per le decisioni della Corte di giustizia, art. 260 t.f.u.e.), ormai applicabile, essendo spirato il periodo transitorio quinquennale (art. 10 del Protocollo n. 36), anche alle «vecchie» decisioni quadro, atti che, come emerge dall'art. 9 del medesimo Protocollo n. 36, mantengono i loro effetti giuridici fino a che non saranno stati «abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati».

³⁴ In argomento, con specifico richiamo al principio di proporzionalità, v. [M. DANIELE, La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, in Dir. pen. cont., 20 novembre 2014](#), pp. 9 ss. Sulla proposta di direttiva v. i contributi raccolti in *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, a cura di S. Ruggeri, Springer, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014. t.

DAL TERZO PILASTRO AI NUOVI STRUMENTI: DIRITTI FONDAMENTALI, “ROAD MAP” E L'IMPATTO DELLE NUOVE DIRETTIVE*

Michele Caianiello

ABSTRACT

Se si cerca di trarre un bilancio del periodo transitorio seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in campo processuale penale, emergono dati che si prestano a letture contrastanti. A prima vista, infatti, appare avvalorata la tesi di quanti osservino che poco o nulla sia cambiato, rispetto al periodo storico antecedente: a parte una maggiore valorizzazione dei temi legati ai diritti dell'imputato, l'impronta ideologica – tutta basata sul principio del mutuo riconoscimento – e la tecnica normativa – con previsioni prive di fattispecie, generiche e poco pregnanti sul piano tecnico – ripresenta gli stessi caratteri che già erano emersi nell'epoca pre-Lisbona. Così come non pare variato l'atteggiamento del legislatore italiano, teso a recepire le nuove direttive in un'ottica di conservazione dell'esistente, vale a dire cambiando il meno possibile l'assetto delle previsioni codicistiche già vigenti. Tuttavia, se proviamo a soffermarci sul contesto nuovo in cui le direttive si inseriscono – vale a dire il quadro dei principi che devono accompagnare e guidare l'attuazione delle nuove fonti – lo scenario ci appare ribaltato. A un sistema multilivello, in cui il ruolo principale era attribuito alle disposizioni nazionali, se ne va sostituendo uno di carattere parafederale, caratterizzato dalla “libera circolazione” dei diritti fondamentali, in cui le previsioni degli ordinamenti statuali paiono destinate a rivestire una funzione del tutto secondaria. Le nuove direttive sui diritti dell'imputato, in questa chiave di lettura, vanno apprezzate più per quanto consentono di fare, al di là di ciò che in esse è espressamente previsto. In quest'ottica, la strada appare aperta alla diretta applicazione della CEDU quale diritto UE: è questo, a ben vedere, ciò che costituisce il vero obiettivo politico del Programma di Stoccolma. Si tratta di capire se il ceto dei giuristi, in Europa, sia pronto a recepire in maniera fruttuosa un cambiamento di tale portata, e di quali strumenti si debba dotare per essere in grado di affrontare la nuova sfida che la modernità impone.

SOMMARIO

1. La difficoltà di decifrare i segni del nuovo corso. – 2. Da Amsterdam a Lisbona. Il prevalere delle istanze di difesa sociale sul piano normativo. – 3. *Segue*. La giurisprudenza e il suo riverbero sul sistema delle fonti. – 4. Un quadro d'insieme. – 5. Dopo Lisbona. Tra svolta effettiva e approccio minimalista. – 6. Il recepimento da parte del legislatore nazionale. Uno sguardo d'insieme. – 7. Una diversa prospettiva: la “libera circolazione” dei diritti salvaguardati dalle nuove direttive. – 8. Le conseguenze derivanti dalla nuova svolta.

* Relazione svolta il 25 ottobre 2014 al Convegno della Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale “G. D. Pisapia” su “I nuovi orizzonti della giustizia penale europea”.

1.

La difficoltà di decifrare i segni del nuovo corso.

E' ormai trascorso il periodo transitorio previsto dai Protocolli aggiuntivi al Trattato di Lisbona, per accompagnare il passaggio dal vecchio al nuovo assetto dell'Unione europea; il tempo appare dunque propizio per cercare di trarre qualche conclusione sugli effetti che ne sono derivati, tanto in campo sovranazionale che all'interno del nostro ordinamento, in ambito processuale penale, nonché per provare a individuare quelli che possono pronosticarsi come i futuri scenari.

E' comunque indubitabile che, ad oggi, stentiamo a cogliere l'effettiva portata dei cambiamenti in atto, e che ancora molto tempo sarà necessario, affinché possiamo incominciare ad averne una piena contezza.

In parte questa fatica a leggere i segni dei tempi è inevitabile, ogniqualvolta si apre un nuovo capitolo di ampia portata (si pensi alle difficoltà di far propria la riforma del codice di procedura penale, della cui vigenza si sono da poco celebrati i primi 25 anni). Inoltre, ciò è causato dalla maniera in cui il Trattato di Lisbona è stato redatto (come è stato osservato, ci troviamo di fronte a una riforma di portata costituzionale, con le sembianze di un semplice trattato modificativo¹). A ciò si aggiunge lo stile usato, in questi primi anni, dal legislatore nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia *ex art. 82 TFUE*, tutto improntato a lasciar credere che nulla di nuovo stesse avvenendo, e che ci si limitasse a portare a compimento scelte e obiettivi individuati sotto l'egida delle vecchie fonti. Tuttavia, a queste ragioni si aggiunge la riluttanza del ceto dei giuristi nazionali, chiamati a interagire con categorie e metodi con cui v'è scarsa consuetudine, di fronte ai quali si può incorrere nell'errore – o compiere la scelta consapevole – di mantenere ferma la propria tradizione, senza cedere alle novità proposte dalle pulsioni europee. In sostanza, di resistere, in attesa che passi la nottata.

Lo scopo di questo contributo vorrebbe essere quello di esaminare quanto di diverso, e di nuovo, vi sia nelle fonti adottate a seguito dell'entrata in vigore dei testi di Lisbona, per poi provare a interrogarsi sulle prospettive future che si pongono davanti agli studiosi di materie penalistiche, e in particolare nel settore processuale.

2.

Da Amsterdam a Lisbona. Il prevalere delle istanze di difesa sociale sul piano normativo.

Prima di esaminare alcuni tratti essenziali che accomunano le nuove direttive adottate dalla Unione europea in materia processuale penale, è opportuno volgere lo sguardo agli anni che hanno preceduto la svolta operata con il Trattato di Lisbona.

In particolare, mi soffermerò sul periodo seguito alla entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. In quel decennio – che grosso modo si estende dal 1997/1999² al 2007/2009³ – si assiste a uno dei passaggi più importanti per lo sviluppo del diritto penale europeo. La materia, è cosa nota, rimane appannaggio del metodo intergovernativo, e resta collocata, sul piano ordinamentale, nel c.d. “Terzo Pilastro”, sebbene questo venga a sua volta depurato di tutto ciò che non costituisca cooperazione giudiziaria nell'ambito penale⁴. Ne consegue che,

¹ A. KLIP, *European Criminal Law*, 2nd ed., Intersentia, Antwerp/Oxford/Portland, 2012, p. 14.

² Come noto, il Trattato di Amsterdam è il risultato della Conferenza intergovernativa lanciata il 29 marzo 1996 in occasione del Consiglio europeo di Torino. Esso è stato adottato dal Consiglio europeo di Amsterdam (16 e 17 giugno 1997) e successivamente firmato, in data 2 ottobre 1997, dai ministri degli affari esteri dei quindici Stati membri. È entrato in vigore il 1° maggio 1999 (primo giorno del secondo mese successivo alla ratifica da parte dell'ultimo Stato membro) in seguito alla ratifica da parte di tutti gli Stati membri secondo le loro rispettive norme costituzionali. Sul tema v. R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, 2^a ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 6; A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 14; V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Hart Publishing, Oxford, p. 9-31 per una panoramica dell'assetto generale pre-Lisbona.

Più ampiamente cfr. A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Cedam, Padova, 1998.

³ Come noto, il Trattato di Lisbona, adottato il 13 dicembre 2007, è entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Sul tema si rinvia a A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 14.

⁴ Occorre ricordare, a tal proposito, che in origine, con l'approvazione del Trattato di Maastricht, il Terzo Pilastro si sarebbe dovuto occupare di cooperazione giudiziaria, civile e penale, nonché di affari interni. Col tempo, e in definitiva con le modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam, il Terzo Pilastro fu relegato ad occuparsi della sola area penale, venendo le altre materie spostate al Primo Pilastro, e assoggettate al c.d. “metodo comunitario”. Sul tema cfr. ancora R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 6.

per adottare atti normativi, nei dieci anni che hanno preceduto Lisbona, occorre in seno al Consiglio la unanimità. Tuttavia, due importanti modifiche istituzionali vedono la luce. Da un lato, l'Unione sceglie di dotarsi di uno strumento normativo "semi-rigido": il riferimento è alle ben note decisioni-quadro, la cui caratteristica, stando alle previsioni di cui agli artt. 34 e 35 del Trattato UE, è quella di vincolare gli Stati Membri al conseguimento dello scopo indicato dalla fonte europea, pur non potendo questa mai divenire autoesecutiva (al contrario delle direttive). Dall'altro, si concepisce, in merito alle nuove fonti introdotte, una forma di giurisdizione in capo alla Corte di Giustizia (per la prima volta, è il caso di notarlo, in materia penale): in particolare si attribuisce ai giudici ordinari nazionali il potere di sollevare questione pregiudiziale in via interpretativa dinanzi alla Corte di Lussemburgo in relazione al significato da attribuire alle decisioni-quadro.

Come oggi sappiamo, entrambi i passaggi evidenziati costituiscono – guardandoli *a posteriori* – punti di svolta essenziali, al fine della edificazione di un "sistema"⁵ penale europeo: si può persino essere tentati di affermare che, sotto certi punti di vista, la "vera" rivoluzione sia avvenuta attraverso l'uso degli strumenti apprestati in seguito alla entrata in vigore del Trattato di Amsterdam; questo perché, si potrebbe dire, le riforme operate con il Trattato di Lisbona, sembrano avvalersi delle scelte operate nel decennio precedente, sviluppandone le conseguenze. Vedremo che così non è, e che, a ben vedere, c'è molto di più: ma certo non si può negare che l'edificazione di un diritto penale europeo trovi il fondamento più importante – prima del 2007 – nelle riforme introdotte grazie al Trattato di Amsterdam.

Ciò detto, se volgiamo lo sguardo ai principali "prodotti" normativi e giurisprudenziali dei dieci anni condotti sotto l'egida di Amsterdam, cogliamo – è ormai considerazione pienamente condivisa dagli studiosi – una netta valorizzazione del lato repressivo nell'uso dello strumento penale (e in particolare processuale penale). Della quindicina di decisioni-quadro adottate⁶ nel corso del periodo in questione⁷, circa due terzi sono volte a favorire una migliore e più efficiente cooperazione tra gli Stati Membri, attraverso l'adozione del metodo del mutuo riconoscimento⁸: l'emblema di simile approccio volto, sul piano della politica del processo, a dare maggiore effettività al volto securitario dell'Unione è costituito dalla decisione-quadro 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo⁹; tuttavia, si rinvergono in quel periodo atti normativi della stessa specie in molti altri settori, diversi dalla tradizionale cooperazione finalizzata all'arresto e alla consegna di un individuo: tra essi, vale la pena ricordare il congelamento dei beni¹⁰, la confisca¹¹, il riconoscimento delle sentenze di condanna e delle decisioni (definitive e cautelari) limitative della libertà ma non custodiali¹², nonché, tema delicatissimo,

⁵ L'uso del sostantivo "sistema" può sembrare inappropriato, se con esso ci si intende riferire a un *corpus* normativo coerente e tendenzialmente completo. Nel caso di specie, si farà ricorso al termine in questione per indicare, più semplicemente, l'insieme di previsioni normative accomunate dal dettare una disciplina nel settore penale dell'Unione europea, ben sapendo come esso manchi, in gran parte, di completezza. Tuttavia, il fatto di essere caratterizzato da alcuni tratti comuni pare giustificare l'evocazione del concetto di sistema (da accogliere, dunque, in senso lato).

⁶ Diventano 15, contando la DQ 2009/299/GAI che ha interpolato l'originaria decisione-quadro del 2002 sul mandato di arresto europeo.

⁷ Sul punto, si rinvia, anche, alla ricostruzione operata da O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014, p. 2-3.

⁸ Concepito per la prima volta nel Consiglio europeo di Cardiff, esso conobbe la consacrazione ufficiale al Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999) che lo aveva posto a "fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto in materia penale". Sul punto cfr. M.R. MARCHETTI, voce *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 539. Per un chiaro e sintetico *excursus* cfr. E. CALVANESE-G. De AMICIS, *Dalla Convenzione di Parigi al vertice di Laeken. La lunga strada del mandato d'arresto europeo*, in *Guida al diritto*, 2002, n. 5, p. 112. V. anche L. SALAZAR, *La lunga marcia del mandato d'arresto europeo*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 5.

⁹ Sul mandato di arresto europeo, senza pretesa di completezza, cfr. M.R. MARCHETTI, voce *Mandato d'arresto europeo*, cit., p. 539 s.; A. CHELO, *Il mandato di arresto europeo*, Cedam, Padova, 2010; M. BARGIS - E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Torino, Giappichelli, 2005; L. KALB (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e procedure di consegna: commento alla legge 22 aprile 2005, n. 69 disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri e sintesi dei lavori parlamentari*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 174 s.; G. PANSINI-A. SCALFATI (a cura di), *Il mandato d'arresto europeo*, Jovene, Napoli, 2005. Si rinvia inoltre a A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nella disciplina del mandato d'arresto europeo*, tesi dottorale, Bologna, 2013.

¹⁰ DQ 2003/577/GAI. Sul tema cfr. E. CALVANESE, *Perquisizione e sequestri*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 317-322.

¹¹ DQ 2005/212/GAI.

¹² DQ 2009/829/GAI (che a sua volta modificò la FD 2008/947/GAI). Sul tema, di estremo interesse, e malauguratamente rimasto ai margini del dibattito dottrinale (anche a causa del numero estremamente basso di ratifiche ricevute dalla fonte in questione, cfr. S. NEVEU, *Probation Measures and Alternative Sanctions in Europe: From the 1964 Convention to the 2008 Framework Decision*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2013, p. 134 s.

lo scambio e la ammissibilità reciproca delle prove¹³.

Delle altre decisioni-quadro approvate, soltanto una verte in materia di diritti, mentre altre 2-3 si occupano di questione diverse, non esattamente riconducibili alla dicotomia tra difesa sociale e protezione dell'imputato¹⁴. Peraltro, l'unica fonte adottata a tutela di prerogative individuali concerne – *et pour cause*, verrebbe da dire – la vittima, non già l'imputato. Si tratta della celeberrima decisione-quadro 2001/220/GAI, sulla quale, grazie alla famosa sentenza sul caso *Pupino*, tante parole sono state spese¹⁵: volendo riprendere la classica ripartizione tra sicurezza sociale e garanzie (dell'imputato), si sarebbe tentati di includere anche questa ultima fonte nell'alveo del primo insieme, posto che, di fatto, una più efficace e penetrante tutela della persona offesa non può che riverberare effetti tendenzialmente negativi per la difesa, cagionati in concreto dall'allargamento del fronte di accusa.

Va per completezza menzionato che, in chiusura dell'epoca governata da questo particolare tipo di fonte, era stata presentata una proposta di decisione-quadro in materia di diritto all'interpretazione e traduzione degli atti¹⁶, rimasta inattuata in quanto realizzata, subito dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nella veste di una vera e propria direttiva¹⁷. Il dato non sposta tuttavia il giudizio espresso. Al contrario, la parabola dei diritti dell'imputato, contrassegnata, nell'epoca pre-Lisbona, dal fallimento dell'iniziativa volta alla adozione di un *corpus* normativo integrato destinato alla salvaguardia della difesa nel processo penale¹⁸, non fa che confermare la valutazione formulata. Si tratta di un periodo storico in cui le esigenze securitarie sono prevalse di gran lunga su quelle incentrate sul rispetto della posizione e delle prerogative dell'accusato.

3.

Segue. La giurisprudenza e il suo riverbero sul sistema delle fonti.

Sul piano giurisprudenziale l'evoluzione più rilevante verificatasi prima di Lisbona si è avuta grazie alla già citata sentenza *Pupino*¹⁹. Nell'affermare anche per le decisioni-quadro il principio dell'interpretazione conforme la Corte di Lussemburgo ha ottenuto due effetti di estrema importanza: sul piano metodologico ed ermeneutico, innanzi tutto, ha indicato ai giudici nazionali il rilievo da riconoscere alle fonti in questione, quand'anche non ancora recepite dall'ordinamento dello Stato membro. Certo, sul piano dei contenuti, non c'è nulla di nuovo: quanto alle tecniche ermeneutiche, il principio dell'interpretazione conforme era usato tanto in ambito nazionale – da diversi decenni era pacifico nel nostro sistema il metodo della

¹³ DQ_2008/978/GAI. Sul tema si rinvia a S. GLESS., *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, e a J.A. E. VERVAELE, *Il progetto di decisione quadro sul mandato di ricerca della prova*, entrambi in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione europea*, BUP, Bologna, 2009, rispettivamente p. 141 s. e 153 s. Si veda anche A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice. The problem of admissibility of evidence*, Routledge, London and New York, 2014, p. 24-26. V. anche B. HECKER, *Mutual Recognition and the Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Springer, Heidelberg, 2013, p. 269 s.

¹⁴ Il riferimento è alla già citata decisione quadro in materia di protezione e scambio dei dati personali, nonché a quelle sullo scambio dei casellari giudiziali (DQ_315/2009/GAI certo molto vicina al *coté* repressivo) e sui conflitti di giurisdizione (DQ_948/2009/GAI). Quanto a quest'ultimo tema, si rinvia a P. GAETA, *EU Tools for the Prevention and Settlement of Conflicts of Jurisdiction in Criminal Proceedings*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights*, cit., p. 311 s.

¹⁵ Sul tema della vittima, senza pretesa di completezza, si rinvia a S. ALLEGREZZA-H. BELLUTA-M. GIALUZ-L. LUPARIA, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012. V. anche L. PARLATO, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Torri del Vento, Palermo, 2012, p. 27-35, e alla bibliografia ivi citata. Sul tema v. altresì il recente contributo di M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale. Una lettura del sistema italiano*, Cedam, Padova, 2014, p. 73-81.

¹⁶ Si tratta della *Proposta di decisione quadro del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali* [SEC(2009) 915] [SEC(2009) 916/COM/2009/0338 def].

¹⁷ Si tratta della Direttiva 2012/29/UE, per una analisi della quale si rinvia *infra*, sub § 4-5.

¹⁸ Sul punto si rinvia alle osservazioni svolte *infra*, § 4.

¹⁹ Sul caso *Pupino* si vedano S. ALLEGREZZA, *Il caso "Pupino": profili processuali*, in F. SGUBBI-V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, BUP, Bologna, 2007, p. 53 s.; (in particolare p. 64-76); V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1151-1153; ID., *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 1, p. 1 s. (in particolare p. 11); B. PIATTOLI, *La tutela dei diritti fondamentali: i principi della decisione quadro e le garanzie della normativa derivata*, in M. BARGIS-E. SELVAGGI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alle procedure di consegna*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 175.

Si veda inoltre L. LUPARIA, *Una recente decisione della Corte di giustizia sull'allargamento delle ipotesi di audizione del minore in incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3544. Ancora, con diversi argomenti e considerazioni, A. FABBRICATORE, *Caso Pupino: sul riconoscimento dell'efficacia diretta delle decisioni quadro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2006, p. 640 s.

Da ultimo, cfr. L. PARLATO, *Il contributo della vittima*, cit., p. 457-460; M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, cit., p. 73-75.

interpretazione *secundum Constitutionem* – quanto a livello europeo, essendo stato affermato sin dall'inizio degli anni '90 in relazione alle direttive²⁰. Rimane tuttavia l'importanza storica dell'aver attribuito un'efficacia normativa, a prescindere dal concreto recepimento da parte degli Stati Membri, a una fonte che i Trattati indicavano come mai passibile di auto-esecuzione. Volendo esprimere il concetto in altri modi, la sentenza *Pupino* pare spezzare, o per lo meno attenuare in maniera consistente, il metodo intergovernativo – quello del tipico diritto internazionale – che, stando ad una lettura a prima vista dei Trattati, sarebbe sembrato connaturare l'intero Terzo Pilastro. Dopo quella decisione, non è più consentito per l'interprete – e per il giudice in particolare – sottrarsi a una riflessione sulle fonti europee, quand'anche non attuate dal legislatore nazionale. In sostanza, la sentenza *Pupino* sottrae le decisioni-quadro al dominio pieno delle sovranità statali, aprendo un varco all'applicazione in via ermeneutica e indiretta operata dal giudice grazie allo strumento dell'interpretazione conforme.

Ma c'è di più. La decisione evocata incide sul sistema delle fonti, di fatto ponendo le decisioni-quadro su un piano superiore – pur con tutti i distinguo e gli accorgimenti del caso – rispetto alla legge ordinaria. Si coglie questo dato ove si rifletta sui limiti posti al dovere di interpretazione conforme, costituiti dal divieto di violare il principio di legalità penale sostanziale e quello di operare una *interpretatio contra legem*. Quanto al primo aspetto, si tratta di una preclusione che trova attuazione limitata in campo processuale penale: traendo spunto dal caso *Scoppola*²¹, pare di potersi affermare che il limite al potere espansivo della fonte europea attraverso lo strumento ermeneutico tendenzialmente operi nell'area dei giudizi speciali (sebbene non si possano *a priori* escludere ricadute, sul piano del trattamento sostanziale, derivanti da previsioni processuali collocate in altre parti del codice).

Quanto al secondo divieto – quello di interpretare *contra legem* – non si è stati sinora in grado di comprenderne chiaramente i contorni. Dalle soluzioni adottate in concreto, sembra desumersi che la Corte di Giustizia dia al concetto un significato diverso da quello derivato dalla tradizione ermeneutica della nostra scuola. Per tornare al caso *Pupino*, mentre, secondo i canoni tipici della nostra dottrina, si sarebbe ottenuto un risultato *contra legem* introducendo in via "interpretativa" un caso aggiuntivo di incidente probatorio, al di là delle ipotesi previste dall'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p.²², per la Corte lussemburghese sembrerebbe il contrario: in altre parole, procedere con l'assunzione anticipata della prova davanti al g.i.p. *ex* art. 392 c.p.p. sarebbe stato consentito, secondo i giudici europei²³. Non a caso, una dottrina autorevole considera il divieto di operare una interpretazione *contra legem* ineffettivo (quasi fosse una sorta di guscio vuoto), nella concezione della Corte di giustizia²⁴. Altri ancora ritengono che una preclusione del genere non possa operare ove l'interpretazione creativa, necessaria per adeguare il testo legislativo nazionale alla fonte europea, persegua lo scopo di tutelare più efficacemente

²⁰ Si tratta della nota sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Francovich*. CGCE, sent. 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*. Cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2010, 11^a ed., p. 408.

²¹ Sul tema si rinvia ai contributi di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2014, p. 250 s.; M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *questa Rivista*.

Più in generale, sul tema del divieto di interpretazione conforme in *malam partem*, cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili e intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, Roma, 2012, p. 58-65; ID., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 101 s. A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 16 s.; S. MANACORDA, voce *Diritto penale europeo*, in *Enc. Treccani online*.

²² Lo conferma la sentenza della Corte cost. n. 529 del 2002, che aveva negato la praticabilità di un intervento additivo ai casi – da ritenere tassativi – di incidente probatorio *ad nutum* previsti dall'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p., in nome del principio di immediatezza. Sul punto, vale la pena riportare le parole della stessa Corte: "Le considerazioni che il remittente svolge a proposito della opportunità di assumere la testimonianza a breve distanza di tempo dal fatto, e senza necessità di ripeterla, per di più quando già il minore potrebbe aver messo in atto o addirittura già concluso il naturale processo di rimozione psicologica di fatti traumatici, cui egli sarebbe portato più dell'adulto, non appaiono prive di rilievo dal punto di vista dell'opportunità legislativa. Ma, appunto, solo il legislatore potrebbe apprezzare tali ragioni: non può dirsi che esse esprimano una necessità costituzionale, tale da imporre una ulteriore deroga alle regole generali del processo, informate al principio per cui le prove si assumono nel dibattimento, mentre l'incidente probatorio è strumento eccezionale, previsto solo per le ipotesi stabilite dalla legge, in vista, principalmente, della necessità di assicurare una prova che potrebbe essere dispersa o alterata se si attende il dibattimento. Si deve aggiungere che la stessa riforma dell'art. 392 comma 1 *bis* operata con l'art. 5 l. 1 ottobre 2012, n. 172 non fa che confermare quanto qui sostenuto. Se non si fossero considerati tassativi i casi indicati nella previsione richiamata, e dunque se non si fosse considerato precluso al giudice individuarne altri in via interpretativa, non ci sarebbe stato bisogno della interpolazione. Vale la pena qui rammentare che, grazie ad essa, è ora possibile al giudice, *per tabulas*, accogliere la domanda di incidente probatorio ove si proceda per reati di cui agli art. 572 c.p., quando si tratti di sentire la persona offesa o un testimone minorenni.

²³ In effetti, come ricorda Roberto E. Kostoris, nella vicenda all'origine della sentenza *Pupino* si procedette poi effettivamente all'incidente probatorio. R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 41.

²⁴ R. E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 40-43.

i diritti fondamentali²⁵. Per dirla diversamente, ove il dilemma si ponga tra il contravvenire al canone ermeneutico – no a interpretazioni “contro la legge” – e il favorire l’allargamento o l’efficacia nella tutela di un diritto fondamentale, dovrebbe sempre essere quest’ultimo a prevalere. Da queste considerazioni esce confermata l’asserzione di partenza: vale a dire che, di fatto, e grazie al metodo – declinato secondo i criteri *sui generis* della Corte di Giustizia – dell’interpretazione conforme, le decisioni-quadro, a seguito della sentenza *Pupino*, finiscono per trovarsi collocate su un piano sovraordinato rispetto alla legge ordinaria. Del resto, simile conclusione troverà conferma nella nota sentenza della Corte costituzionale in materia di mandato di arresto europeo – la sentenza n. 227 del 2010 – ove la inconciliabilità tra una disposizione di legge e una decisione quadro verrà equiparata al conflitto tra legge e CEDU, quanto alle conseguenze che ne debbano derivare *ex art. 117 comma 1 Cost.*

In definitiva, all’esito della parabola tratteggiata, ci troviamo di fronte a una fonte normativa – la decisione-quadro – superiore sì rispetto alla legge, ma mediata dalla interpretazione, in un duplice senso: attraverso l’opera del giudice ordinario, nella fisiologia dei casi; o di quella del giudice delle leggi, in forza del ricorso per illegittimità costituzionale secondo l’art. 117 comma 1 Cost., qualora una soluzione armonizzatrice del contrasto tra fonte interna e sovranazionale non risulti possibile.

4.

Un quadro d’insieme.

Il diritto processuale penale derivato dalla Unione europea, se osserviamo nel complesso il sistema venutosi a realizzare nel periodo pre-Lisbona, appare caratterizzato da tre diversi caratteri, ognuno riferito a un aspetto diverso della materia. Sul piano delle istituzioni, la Corte costituzionale si presenta come l’organo chiamato a rivestire il ruolo cruciale di *gatekeeper*, vale a dire di soggetto cui in linea di massima si affidano le chiavi di entrata delle fonti UE a livello nazionale. In altre parole, è il giudice delle leggi che decide in linea di tendenza se e quanto il diritto UE può permeare l’ordinamento interno. Certo, nello svolgere questo compito la Corte non è sola, ma si pone in dialogo tanto con l’altra Corte di vertice del nostro ordinamento, la Cassazione, quanto con la Corte di Giustizia UE. Tuttavia, la parola decisiva sul punto è attribuita al giudice costituzionale. La vicenda *Scoppola*, e quella relativa in particolare ai suoi c.d. “fratelli minori”, appare da questo punto di vista emblematica. Per superare un’*impasse* che avrebbe portato a soluzioni discriminatorie tra chi – come Scoppola – aveva presentato ricorso alla Corte EDU e chi – i c.d. “fratelli minori” – versavano nelle medesime situazioni, pur non avendo adito il giudice di Strasburgo, le Sezioni Unite rimettevano la questione alla Corte costituzionale²⁶, la quale interveniva con una declaratoria di illegittimità per adeguare il sistema a quanto richiesto dalla Corte EDU²⁷. Da qui riprendevano il cammino le Sezioni Unite²⁸, per portare a compimento il percorso a suo tempo avviato nel rimettere la questione al giudice delle leggi. Vale la pena rimarcare come, in quell’occasione, la Corte costituzionale spendesse parole di encomio per la scelta, operata dalle Sezioni Unite, di rifuggire dalla tentazione di elaborare soluzioni ermeneutiche in via autonoma: quella scelta, in effetti, ha consentito al giudice delle leggi di mantenere il ruolo decisivo sino a quel momento giocato, con riguardo alla permeabilità del nostro sistema da parte delle fonti UE. Ove la Cassazione si fosse orientata in senso opposto – se cioè avesse optato per risolvere direttamente la questione in via interpretativa – ne sarebbe conseguita una netta perdita di rilievo della Consulta nella materia trattata, e l’asse del potere si sarebbe spostato tutta in direzione della Suprema Corte.

Sul piano metodologico, il sistema processuale penale UE appare connaturato da un forte empirismo e pragmatismo, in una chiave di approccio sostanziale alla materia: al di là della

²⁵ A. KLIP, *Contra Legem*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 105 s.

²⁶ Cass., Sez. Un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, Ercolano, in *questa Rivista*. Si veda il commento di F. VIGANÒ-E. LAMARQUE, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell’adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo*, *ivi*, marzo 2014.

²⁷ Cfr. Corte cost., 24 aprile-3 luglio, 2013, n. 210. Si vedano le osservazioni critiche di F. CAPRIOLI, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, in M. BARGIS (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 261 s.

²⁸ Cass., Sez. Un. pen., 24 ottobre 2013, n. 18821, Ric. Ercolano, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2014, p. 250 s. con nota di F. VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle sezioni unite che chiude la saga dei “fratelli minori” di Scoppola*, *ivi*, p. 250 s.

osservanza di regole formali precise, che anzi quasi sempre mancano nei testi adottati dall'Unione, le fonti sovranazionali spingono per una valorizzazione degli elementi "di sostanza", vale a dire per un controllo precipuamente volto a vagliare la effettività delle tutele, invitando al contempo a non farsi distogliere da questioni legate (in misura eccessiva) alla legalità formale²⁹. Del resto, simile scelta appare inevitabile se consideriamo che le fonti europee recano previsioni tendenzialmente prive di fattispecie, tutte evocative di principi e linee guida, da attuare attraverso la applicazione adattatrice (e creatrice) del caso concreto³⁰.

Sul piano infine del dialogo tra sistemi, e dell'interazione con l'altro grande motore giuridico europeo (il sistema CEDU), il diritto italiano pare aprirsi a quello UE con modalità del tutto simili a quelle che ne connotano l'apertura verso la CEDU. Stesso *gatekeeper* (la Corte costituzionale), strumenti operativi quasi uguali (interpretazione conforme), simile o identico approccio (sguardo alla sostanza della materia e dei principi, valutazione olistica, con bilanciamento tra valori spesso non assimilabili, sul piano tecnico-formale).

5.

Dopo Lisbona. Tra svolta effettiva e approccio minimalista.

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona porta a compimento il percorso avviato nel periodo storico antecedente, e, quel che più conta, pone le basi per una modifica ancor più radicale degli ordinamenti degli Stati Membri, nell'interazione con il diritto UE.

Il dato di maggior rilievo concerne l'attrazione – in estrema sintesi – di tutta l'area rappresentata dallo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia sotto l'egida del metodo comunitario. Salvo alcune eccezioni, non da poco, anche in campo penale e processuale penale l'Unione viene dotata del potere di approvare atti normativi "duri", quali le direttive; si estende inoltre, nei confronti di queste fonti, la giurisdizione piena della Corte di Giustizia³¹. Va a tal proposito rammentato che la piena giurisdizione trova adesso attuazione, a 5 anni dalla entrata in vigore del nuovo Trattato, anche per le fonti pre-Lisbona, e in particolare per le decisioni-quadro, in forza dell'art. 10 Prot. 36³².

In base all'art. 82 par. 2, l'Unione è legittimata a servirsi delle direttive, con tutti gli effetti che ne derivano, posta la (quasi) completa operatività dell'*acquis comunitaire*, per tutelare più efficacemente i diritti dell'imputato e delle vittime, al fine di realizzare un pieno sistema di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie.

I risultati di questo primo quinquennio lasciano emergere un quadro normativo più sensibile (o meno insensibile) alle istanze della difesa dell'imputato. Dal punto di vista quantitativo, si contano quattro direttive adottate in materia di salvaguardie difensive³³, e due nel settore del mutuo riconoscimento³⁴ (oltre che una dedicata alla tutela della vittima, assunta ormai a costante presenza della politica penale europea³⁵). Occorre poi ricordare che altre proposte, al momento in corso di elaborazione, sembrano voler accentuare il volto garantista del legislatore europeo: tra le misure meritevoli di menzione occorre ricordare la proposta di direttiva al fine

²⁹ Sul punto sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, BUP, Bologna, 2012, p. 6-7.

³⁰ Ancora M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., p. *ibidem*.

³¹ Sulle diverse tipologie di ricorso, cfr. R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, cit., p. 25-35.

Si ricorda che il rinvio pregiudiziale da parte delle Corti di ultima istanza risulta obbligatorio, secondo l'art. 267 TFUE. Vale la pena richiamare, a tale proposito, una recente decisione con la quale la Corte EDU ha stabilito che si ha violazione del diritto a un processo equo ex art. 6 CEDU ove una Corte nazionale di ultima istanza ometta di avvalersi del rinvio pregiudiziale senza darne motivazione. Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, caso *Dhahbi c. Italia*, n. 17120/2009, 8 aprile 2014.

³² Sul tema cfr. M. CAIANIELLO, *The Proposal for a Regulation on the Establishment of an European Public Prosecutor's Office: Everything Changes, or Nothing Changes?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2013, p. 117, e i riferimenti ivi contenuti.

³³ Le direttive sui diritti dell'imputato sono specificamente: Direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali; Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali; Direttiva 2013/48/UE relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari; Direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

³⁴ Le direttive che rinforzano il mutuo riconoscimento sono: Direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale; Direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea.

³⁵ Direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI. Cfr. M. SIMONATO, *Deposizione della vittima e giustizia penale*, cit., p. 103-113.

di apprestare un più efficace accesso al *legal aid*, per coloro che siano privati della libertà personale³⁶, e quella per conferire maggiore uniformità di tutela nei confronti di imputati vulnerabili³⁷ (categoria nella quale, saggiamente, considerate le difformità di protezione sussistenti a livello europeo, si includono anche i minori).

Si tratta di un ventaglio di nuove disposizioni tutte originanti dal Libro Verde³⁸ sui diritti della difesa presentato dalla Commissione nel 2003, e poi sfociato in una proposta di decisione quadro del 2004³⁹. Come noto, a conferma della carente sensibilità nell'epoca pre-Lisbona per i temi della difesa – che costituiscono, vale la pena ricordarlo, i valori più importanti messi in gioco con il processo penale – il progetto si era arrestato a causa della contrarietà di molti Stati Membri, tutti preoccupati dalla possibilità che una fonte del genere potesse arrecare danni eccessivi alle esigenze di efficienza nella politica nazionale volta alla difesa sociale. La lungimiranza del Commissario alla Giustizia dell'antecedente legislatura ha consentito di superare lo stallo, in qualche maniera separando in autonome direttive le diverse prerogative che si sarebbero volute tutelare con una sola omnicomprendente decisione-quadro.

Se sul piano politico questa scelta va considerata senza dubbio con favore, essendo riuscita a raggiungere un risultato che altrimenti sarebbe stato perduto, sul quello delle scelte concretamente effettuate, e dell'analisi delle singole previsioni, le nuove fonti non possono certo dirsi esenti da critiche. Molte appaiono le scelte compromissorie: per esempio, l'aver consentito che anche alla polizia, e non solo a un magistrato, venisse attribuito il potere di negare all'indagato il contatto con il difensore⁴⁰; ancora, l'esser rifuggiti dalla adozione di regole di esclusione delle prove ottenute in violazione dei diritti tutelati dalle direttive⁴¹ (ad oggi l'unica disposizione che adombra la possibilità di escludere una prova illegittimamente acquisita si trova in un testo dedicato al reciproco riconoscimento: si tratta dell'art. 31 par. 3 lett. b della direttiva sull'Ordine europeo di indagine penale).

Inoltre, la tecnica di redazione appare criticabile, e non si contano le sovrapposizioni e ripetizioni, che sempre sono frutto di incertezze e difficoltà in sede applicativa. Solo per fare qualche esempio, il diritto alla traduzione degli atti riconosciuto all'imputato è tenuto separato da quello attribuito alla vittima; l'avviso relativo al diritto al silenzio⁴² è menzionato nella direttiva sulla informazione all'indagato, ma non è ripreso nella direttiva sull'accesso a un difensore⁴³ (con il risultato di non venire in concreto prescritto *ad hoc* a chi proceda a un interrogatorio: salvo ovviamente che sia stato fornito assieme alle altre informazioni di cui all'art. 2 dir. 2012/13/UE, in un qualche momento della procedura, anche lontano e antecedente rispetto al momento in cui l'audizione da parte della polizia o del magistrato abbia inizio). Ancora, l'informazione sulla natura e sui motivi dell'accusa – grosso modo assimilabile al fatto e alle prove previsti all'art. 65 c.p.p. – è sì richiamata nella direttiva 2012/13/UE, ma non è ripresa in quella di accesso a un difensore: in apparenza, si potrebbe procedere a sentire l'indagato senza previamente contestargli il fatto (purché un adempimento analogo sia stato rispettato in precedenza, sebbene in una sede avulsa dall'interrogatorio).

Ne derivano alcuni aspetti critici comuni, già emersi nell'era delle decisioni-quadro: valorizzazione dell'effettività, più o meno richiamata in tutte le direttive, seppure con modalità non sempre uguali⁴⁴; imposizione del metodo derivato dal principio di proporzionalità (particolar-

³⁶ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato per indagati o imputati privati della libertà personale e sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo COM(2013) 824 def. In tema cfr. *Il lungo percorso da compiere in materia di assistenza legale gratuita. Una prima lettura delle iniziative adottate nell'autunno 2013 dalla Commissione Europea*.

³⁷ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati in procedimenti penali COM(2013) 822 final. Sul tema si veda l'interessante contributo di M. MEYSMAN, *Quo vadis with vulnerable defendants in the EU?*, in *Eu Crim. Law Rev.*, 2014, p. 179 s.

³⁸ Libro Verde della Commissione – Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea COM/2003/0075 def.

³⁹ Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea [SEC(2004) 491] COM/2004/0328 def.

⁴⁰ Sul tema si rinvia a A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice*, cit., p. 45.

⁴¹ Sia consentito il rinvio a M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level? A Step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, p. 317-329.

⁴² A sua volta limitato al "diritto a non confessarsi colpevole": scelta definitoria certo non tra quelle di più ampio respiro, sebbene risalente, nelle carte internazionali (si veda l'art. 14 comma 3 lett. g del Patto internazionale sui diritti civili e politici).

⁴³ Salvo il considerando di cui al punto 21, che tuttavia non è incluso nell'articolo della direttiva 2013/48/UE.

⁴⁴ M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level*, cit., p. 319-321.

mente evidente nella recente direttiva sull'ordine europeo di indagine penale)⁴⁵; antiformalismo quanto ai rimedi volti a garantire la tutela del diritto (tutto va bene, purché, pare indicare il legislatore UE, si garantisca una reale effettività nella protezione del diritto salvaguardato). La lontananza, rispetto alle regole di procedura cui siamo abituati, è tale che il lettore è portato a chiedersi se ci si trovi di fronte a linee guida, più che a vere e proprie prescrizioni normative.

Infine, pare prevalere un approccio "burocratico", volendo richiamare la lezione di *Damaška*⁴⁶, in due sensi: da un lato, perché preoccupato di garantire un contesto di valori tutto sommato minori di per sé (si pensi a temi tendenzialmente trascurati dalla dottrina: traduzione e interpretazione; avvertimento di familiari o autorità consolari al momento dell'arresto, etc.); dall'altro, in quanto volto ad accontentarsi di predisporre un livello minimo di protezione, rispetto a *standard* ben più elevati raggiunti non di rado dagli Stati Membri (si volga lo sguardo alle ben più penetranti salvaguardie previste dal nostro codice in materia di informazione e avvertimenti all'indagato, nonché di rispetto della sua scelta di tacere).

6. Il recepimento da parte del legislatore nazionale. Uno sguardo d'insieme.

Tutti i limiti relativi alle scelte generali adottate e alla tecnica normativa usata si manifestano anche a livello nazionale, nelle leggi che hanno recepito le direttive indicate in precedenza. Il metodo fatto proprio dal nostro legislatore è apparso improntato, sino ad ora, a due linee direttrici al contempo contraddittorie tra loro e criticabili. Da un lato, affiora con una certa chiarezza una logica minimalista, volta a cambiare il meno possibile l'esistente. La direttiva, in altre parole, è stata considerata non già occasione per ripensare un determinato assetto, talora obsoleto e inadeguato, quanto piuttosto come una richiesta di adeguamento (forse poco gradita) cui andava fornita risposta di minimo impegno, sia pure in tempi (relativamente) celeri. Da qui il filo rosso che unisce i due decreti legislativi, il n. 32 del 2014 (sul diritto all'interpretazione e traduzione) e il n. 101 del 2014 (sull'informazione all'indagato). Emblemi di questo metodo "delle piccole cose" appare la riscrittura dell'art. 143 c.p.p., in particolare del comma 1, che ripropone il concetto di "conoscenza" della lingua italiana, così nefasto per la effettiva tutela del diritto in questione⁴⁷, senza approfittare dell'opportunità offerta dalla fonte UE per riplasmare la fattispecie in maniera più netta, distinguendo chiaramente tra parlare e comprendere. Una considerazione analoga può essere effettuata per il d. lgs. n. 101, nella parte in cui, riscrivendo l'art. 369 *bis* c.p.p., attribuisce il rimodulato avviso sui diritti al solo indagato (ove abbia un difensore d'ufficio), mentre tace sull'ipotesi di chi sia imputato (ma non abbia mai ricevuto l'avviso, nella versione rinnovata) e, soprattutto, lascia escluso chi abbia nominato un difensore di fiducia. Come è stato efficacemente osservato⁴⁸, la scelta appare fortemente discutibile, e sembra prestarsi a essere corretta in via interpretativa, attraverso la applicazione

⁴⁵ Si rimanda a M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, 2014, p. 143 s.

Sull'ordine europeo di indagine penale, nello specifico, cfr. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *questa Rivista*, in particolare p. 6-10. Si rinvia inoltre a A. RYAN, *Towards a System of European Criminal Justice*, cit., p. 31; L. CAMALDO, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *questa Rivista*; G. DE AMICIS, *L'ordine europeo di indagine penale*.

⁴⁶ Il riferimento è alla nota partizione tra modello burocratico e modello coordinato operata da M. R. DAMAŠKA, *Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure*, in *Yale Law Journal* 1975, p. 502-506, 517-521. L'Autore tornerà più volte sul tema: cfr. Id., *The Reality of Prosecutorial discretion: Comments on a German Monography*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 29, 1981, p. 119-139, poi infine ampiamente in *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale Un. Press, 1986, tradotto con *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Il Mulino, 1991.

Fra l'altro simile approccio vagamente burocratico alla tutela dei diritti da parte della UE stride, a sua volta, con l'invocazione antiformalistica alla effettività (e anche questo è motivo di critica).

⁴⁷ Sul tema si rinvia in particolare a M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva di assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in *questa Rivista*. A Mitja Gialuz si devono le analisi più approfondite, e i suggerimenti più fecondi in materia. Si veda altresì D. CURTOTTI, *La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 115 s. Si rinvia anche al suo *È scaduta la direttiva sull'assistenza linguistica. Spunti per una trasposizione ritardata, ma (almeno) meditata*, in *questa Rivista*; Id., *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 433 s. V. anche, per il periodo pre-Lisbona, S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, Cedam, Padova, 2010, p. 47 s. (in particolare 74-118).

⁴⁸ Cfr. S. CIAMPI, *Letter of rights e full disclosure nella direttiva europea sul diritto all'informazione*; Id., *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1° luglio 2014 n. 101*, entrambi in *questa Rivista*.

diretta della fonte UE: infatti, l'avviso in esame – nella disciplina dettata dalla direttiva – concerne la figura di chi sia imputato o indagato, a prescindere dalle scelte effettuate quanto alla nomina del difensore.

Ancora, una scelta che si presta a essere letta come sintomo della mancanza di un'effettiva volontà riformatrice concerne l'aver lasciato inalterate le regole che presiedono al mutamento del *nomen iuris*⁴⁹, sebbene l'Italia sia già stata condannata per cambiamenti della qualificazione giuridica dell'accusa operati in maniera (troppo) repentina. E' deplorabile che il legislatore abbia lasciato sfumare l'occasione offerta dalla direttiva, quanto al profilo richiamato, specie se si riflette sul fatto che da molto tempo la dottrina ha elaborato proposte, tutte meritevoli di attenzione, per adeguare anche questo aspetto di modificazione dell'addebito alle esigenze di un (moderno ed europeo) diritto di difesa⁵⁰. Le parole della direttiva 2012/13/UE, all'art. 6, lasciano poco spazio a dubbi, quanto alla necessità di un'informazione completa e continua in capo a chi sia assoggettato a processo (e dunque coinvolgente anche la componente giuridica della imputazione). Si pensi al par. 1 della disposizione richiamata, ove si prescrive che l'informazione sia fornita all'interessato "con tutti i dettagli necessari", e ciò al fine di garantire "l'effettivo esercizio dei diritti di difesa". Ma ancor più netti appaiono i par. 3 e 4. Il primo prescrive che, al più tardi al momento di esercizio dell'azione penale, occorre rendere l'imputato edotto di ogni aspetto dell'addebito, "inclusa la natura e la qualificazione giuridica del reato, nonché la natura della partecipazione allo stesso dell'accusato"; il secondo impone che le persone indagate o imputate debbano essere tempestivamente informate "di ogni eventuale modifica alle informazioni fornite a norma del presente articolo". Difficile negare che disposizioni così concepite intendano ricomprendere ogni possibile aspetto originario dell'addebito, nonché ogni suo possibile mutamento, incluso quello concernente il *péndant* normativo dell'accusa⁵¹.

Infine, segno ulteriore di non voler effettivamente turbare lo *status quo* appare la scelta – sul piano tecnico del resto non sbagliata – di lasciare le violazioni dei "nuovi" diritti sotto la protezione di forme di invalidità sanabili (le nullità generali): a tal proposito vale la pena sottolineare, ad esempio, che nel d. lgs. 101 del 2014 si prevede sempre un controllo del giudice *ex post* con capacità integrativa e sanante, quanto all'omesso avviso nei tempi e nei modi previsti dalla legge. In particolare, sia all'art. 294 c.p.p., nel nuovo comma 1 *bis*, che all'art. 391 comma 2 (come interpolati dal d.lgs.), si attribuisce al giudice il potere di verificare se all'arrestato o fermato (o al sottoposto a misura cautelare) sia stata fornita la dovuta comunicazione sui diritti, provvedendo a completarla (nell'ipotesi fosse lacunosa) o a darla *ex novo* integralmente (in caso di omissione da parte degli operatori che vi sarebbero stati originariamente tenuti). Ciò pare lasciare intendere, in chiave prognostica, un mantenimento degli approdi giurisprudenziali raggiunti in materia dalla giurisprudenza antecedente all'entrata in vigore delle nuove fonti europee⁵².

Quanto invece alle opzioni velleitarie operate, si può segnalare il diritto indiscriminato alla presenza dell'interprete per tutti i colloqui tra difensore e assistito *intra moenia* (art. 104 comma 4 *bis* c.p.p.), realisticamente difficili da garantire in concreto, in un momento di così drastica crisi delle risorse; o ancora, il diritto alla traduzione concesso per tutti i provvedimenti che dispongono misure cautelari (quando la direttiva si era limitata ad esigerlo per i provvedimenti che disponessero la restrizione in carcere).

Infine, colpisce la completa assenza di riferimenti alla qualità del servizio prestato (e quin-

⁴⁹ Si tratta di un tema sul quale la letteratura è estremamente ampia. Si rinvia, sia pur senza pretesa di completezza, a L. DE MATTEIS, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in A. BALSAMO - R. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 215 s.; M. CAIANIELLO, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *Giust. pen.*, 2008, I, p. 165 s.; L. PARLATO, *Riapertura del processo iniquo per modifica "viziata" del nomen iuris*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1584 s.; F. ZACCHÉ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 781 s. Si veda inoltre il recente contributo di S. QUATTROCOLO, *La vicenda Drassich si ripropone come crocevia di questioni irrisolte*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4, 2013, p. 161 s.

⁵⁰ Sul tema si rinvia R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. FERRUA-F. M. GRIFANTINI-G. ILLUMINATI-R. ORLANDI, *La prova nel dibattimento penale*, 4^a ed., Giappichelli, Torino, 2010, p. 62-68; T. RAFARACI, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Giuffrè, 1996, p. 291-304; F. M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 61, e p. 234-242.

⁵¹ Per tacere del fatto che, ai considerando 28 e 29 della direttiva, ci si riferisce al "reato" e alla "accusa", a conferma, nuovamente, dell'intenzione di non lasciare esclusa anche l'eventuale variazione della qualificazione giuridica degli addebiti.

⁵² Cass., 19 novembre 2013, in C.e.d. n. 258369, Jovanoski; Cass., 5 dicembre 2013, n. 48786 in *Giur. it.*, 2014, p. 714 con nota di L. KALB, *L'effettività del diritto alla traduzione degli atti dopo la Dir. 2010/64/UE*, *ivi*, p. 715.

di esigibile) al fine di salvaguardare il diritto individuale riconosciuto: ciò comporta un mancato recepimento del principio di effettività nella tutela dei diritti che, invece, come si è più volte osservato, costituisce un tratto essenziale delle direttive adottate *ex art. 82 TFUE*, e più in generale dell'approccio europeo alla materia processuale penale⁵³. Da censurare, in particolare, appare l'assenza di previsioni relative alla possibilità di contestare la qualità dell'interpretazione e traduzione. Ciò lascia intendere come, tra la prospettiva europea e quella nazionale, persista una distanza non facilmente colmabile, a meno di non rimettere in discussione alcune categorie della nostra tradizione: cosa che il legislatore italiano non pare intenzionato a fare, almeno per il momento.

7.

Una diversa prospettiva: la “libera circolazione” dei diritti salvaguardati dalle nuove direttive.

Tutte le osservazioni condotte possono indurre a una forma di atteggiamento scettico o disilluso. Si potrebbe osservare che quella dopo Lisbona non costituisca affatto una svolta, ma rappresenti solo l'*escamotage* – il *camouflage*, per meglio dire – per rendere più accettabile un sistema, quello dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia della Unione europea, rimasto invariato da un afflato precipuamente repressivo e volto alla valorizzazione della difesa sociale.

In realtà, nei cambiamenti introdotti negli ultimi 5 anni si può intravedere un segno di grande novità. Ma per riuscire a coglierlo, occorre soffermarsi su elementi diversi da quanto esprimono esplicitamente le nuove fonti. Per essere più chiari, occorre distogliere lo sguardo dalle prescrizioni positive, per soffermarsi sulla funzione che esse appaiono destinate a rivestire.

La prospettiva dalla quale muoversi è la diretta applicazione della CEDU come diritto della UE. In sostanza, si tratta di estendere il metodo comunitario al sistema CEDU, introiettato dopo Lisbona e operante nei singoli Stati Membri come diritto sovraordinato, e capace di penetrare direttamente nei sistemi nazionali attraverso l'opera del giudice ordinario (e, se necessario, disapplicando le fonti nazionali in contrasto). Come è stato osservato⁵⁴, il semplice fatto che tutti gli Stati Membri dell'Unione avessero recepito la CEDU nel loro ordinamento non ha costituito motivo sufficiente per assicurare una eguale protezione dei diritti fondamentali. Questo fatto si è venuto evidenziando con chiarezza nei dieci anni antecedenti all'entrata in vigore del nuovo Trattato, dominati dal mutuo riconoscimento, finendo per rappresentare un ostacolo tecnico (e politico) ad una effettiva affermazione di quel principio. Per essere più chiari, il riconoscimento reciproco si fonda su un postulato di partenza, che cioè l'adesione alla CEDU di tutti gli ordinamenti nazionali UE sia ragione sufficiente per assicurare una tutela equivalente dei diritti fondamentali. Da qui la conseguenza per cui si può esigere che ogni sistema giuridico attribuisca a una decisione giudiziaria proveniente *ab externo* la medesima valenza che conferirebbe ad un omologo provvedimento adottato al proprio interno. Se tuttavia quel postulato iniziale – una equivalente tutela delle prerogative individuali grazie alla adesione alla CEDU – risulta progressivamente smentito in concreto, ne deriva facilmente un indebolimento anche sul versante della libera circolazione delle decisioni giudiziarie.

Occorreva, pertanto, provare a escogitare uno strumento che consentisse una tutela più uniforme delle salvaguardie dell'imputato, così da rafforzare al contempo la cooperazione tra gli Stati sul piano repressivo. In definitiva, il punto di arrivo è stato individuato nella possibilità di ottenere una diretta ed equivalente protezione – una “libera ed eguale circolazione” – dei diritti della difesa, che bilanciassero il riconoscimento reciproco dei provvedimenti giudiziari⁵⁵. Lo strumento attraverso il quale perseguire questo risultato è apparso quello delle direttive a garanzia dei diritti della difesa: questo non tanto, o non solo per quanto in esse vi era prescritto, ma perché, si è ritenuto, avrebbero consentito l'invocazione, da parte di chi ne esigeva il rispetto, delle soluzioni raggiunte in quei settori dalla giurisprudenza della Corte di Strasbur-

⁵³ Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse*, cit., p. 6-7; 166-168.

⁵⁴ Cfr. A. TINSLEY, *Protecting Criminal Defence Rights through Eu Law: Opportunities and Challenges*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, Issue 4, 2013, p. 461-480 (in particolare p. 463-464).

⁵⁵ Cfr. A. TINSLEY, *Protecting Criminal Defence Rights through Eu Law*, cit., p. 470-471; I. ANAGNOSTOPOULOS, *The Right to a Lawyer in Europe: A Long Road Ahead*, in *EU Crim. Law. Rev.*, 2014, p. 3 s.

go, in tale maniera imponendo una diretta subordinazione, in capo al giudice nazionale, degli standard di protezione elaborati in seno alla Corte EDU.

Segnali che confermano come la strategia perseguita – estendere l'*acquis communautaire* al diritto CEDU – sia tutt'altro che priva di fondamento si possono intravedere in due pronunce, che in qualche maniera hanno aperto la strada al percorso avviato a livello europeo (tanto in sede sovranazionale, quanto all'interno del nostro ordinamento). La prima decisione evocata, sulla quale, in questi anni, la dottrina si è più volta soffermata, proviene dalla Corte costituzionale; l'altra dalla Corte di Giustizia. Si tratta della sentenza 80 del 2011 Corte Cost.⁵⁶, e della sentenza sul caso Åkerberg *Fransson* del 2013 della Corte di Lussemburgo⁵⁷. Entrambe le pronunce in esame aprono, sia pur con alcune precisazioni e distinguo, alla possibilità che il giudice ordinario, nel risolvere un contrasto tra la CEDU e una previsione nazionale, opti per la prima, non dando applicazione alla seconda: in tal maniera comportandosi, nei confronti della CEDU, così come si dovrebbe comportare di fronte a una direttiva o a un regolamento UE, vale a dire adottando il c.d. "metodo comunitario" (che, è fin troppo noto, impone di non dar corso alla fonte nazionale ove in contrasto con quella UE⁵⁸, al contempo applicando direttamente quest'ultima).

Nella sentenza della Corte costituzionale, la condizione posta affinché si possa operare in tale maniera è che, tra la CEDU e la disposizione nazionale, si interponga una fonte intermedia UE che colleghi i due estremi. Quando una fonte di tal genere sussista, al giudice ordinario sarebbe fatto obbligo di dar attuazione a tutto il sistema normativo della UE, ivi compresi i suoi principi supremi, che, grazie al richiamo operato dalle fonti istitutrici (il Trattato, all'art. 6, e la Carta dei diritti, all'art. 52 par. 3), comprende anche le salvaguardie previste dalla CEDU. Nella sentenza Åkerberg *Fransson* il discorso appare lievemente più articolato, ma il risultato è pressoché analogo: la Corte di giustizia ha stabilito che, ogniquale volta il giudice nazionale sia chiamato ad attuare leggi o fonti nazionali recettive o anche semplicemente implicanti del diritto dell'Unione, egli deve direttamente applicare le fonti primarie UE, tra cui in particolare la Carta dei diritti, eventualmente non tenendo conto della previsione nazionale in contrasto. Si badi che, nell'ottica della Corte di Lussemburgo, non è necessario che le fonti europee e quelle nazionali siano omogenee, nel senso che debbano avere la medesima natura (sostanziale o processuale). Per essere più chiari, ove il giudice si trovi nella necessità di applicare previsioni normative originate da fonti UE, deve direttamente trovare attuazione l'intero patrimonio dei principi dell'Unione: nel caso Åkerberg *Fransson*, vertendosi in materia di sanzioni in caso di evasione dell'Iva – imposta di origine europea – la Corte ha stabilito in linea di principio la diretta invocabilità da parte dell'interessato dell'art. 50 della Carta dei diritti, in materia di *ne bis in idem*.

Dall'esempio menzionato emerge come la capacità di penetrazione dei principi fondanti della UE appaia particolarmente elevata: è infatti loro sufficiente, per imporsi direttamente all'interno degli Stati Membri, che la materia disciplinata dalla legge nazionale coinvolga, anche solo accidentalmente, una fonte intermedia UE, quale per esempio una direttiva. In altre parole, la legge nazionale potrebbe benissimo non aver ad oggetto specifico il recepimento di una fonte dell'Unione, ma limitarsi, più semplicemente, a dettare regole in un campo toccato anche dalle previsioni sovranazionali.

Consci di queste premesse, si può guardare con una nuova consapevolezza alle novità varate a partire del 2010 dal legislatore UE, attraverso le quattro direttive sui diritti della difesa. Ciò che esse producono, al di là di quanto esplicitamente prescritto, è la diretta penetrazione dei principi supremi del diritto UE a livello nazionale: e tra essi, grazie al gioco di rimandi operato sia dall'art. 6 TUE che dall'art. 52 della Carta dei diritti, risulta anche la CEDU, nella

⁵⁶ Corte cost., sent. 7-11 marzo 2011, n. 80. Se ne vedano i commenti di A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*.

⁵⁷ C. giust. UE, sent. 26 febbraio 2013, Åkerberg *Fransson*, causa C-617/10, §§ 16-31 (in *Dir. pen. cont.*, con nota di VOZZA).

⁵⁸ Si tralascia, dandola per acquisita, la questione relativa alla attuazione delle direttive purché sufficientemente precise e non condizionate. Sul tema, ci si limita a un rinvio a quanto osservato alla nota 20.

interpretazione operata dalla sua Corte⁵⁹. Del resto ciò è in linea anche con quanto ritenuto consentito dalla Corte costituzionale: ove tra i principi supremi dell'Unione e la legge ordinaria italiana s'interponga una fonte europea – sia essa regolamento o direttiva – tutti i principi generali della UE, tra cui deve essere annoverata anche la CEDU, costituente patrimonio condiviso di tutta l'Unione, deve trovare immediata attuazione da parte del giudice ordinario, se del caso non applicando la previsione nazionale in contrasto con essa.

Detto in altre parole, il risultato davanti al quale ci troviamo è la diretta applicabilità, ogniqualvolta il giudice nazionale debba occuparsi di questioni che toccano un tema coinvolto da una delle nuove direttive (diritto all'interpretazione e traduzione; diritto all'informazione e accesso al fascicolo; diritto al difensore), del “precipitato CEDU” in materia, eventualmente disattendendo le disposizioni codicistiche in contrasto.

Ne esce confermato l'assunto di partenza. L'obiettivo perseguito con il Programma di Stoccolma non era tanto quello di aggiungere previsioni specifiche, e diverse da quelle nazionali in materia processuale penale, bensì quello di favorire un'omogenea tutela dei diritti dell'imputato tra i diversi Paesi dell'Unione. A tal fine, occorre servirsene di strumenti che facilitassero la libera circolazione dei diritti difensivi, di modo da compensare l'uguale e contraria libera circolazione delle decisioni giudiziarie. L'adozione di nuove direttive in materie afferenti alla sfera difensiva è parsa la soluzione più adatta, potendo favorire, anche là dove il testo normativo della direttiva apparisse in sé insufficiente – sul piano della formulazione tecnica – una diretta invocazione della soluzione elaborata dalla giurisprudenza CEDU sul punto.

8.

Le conseguenze derivanti dalla nuova svolta.

Se questo è l'effettivo risultato ottenuto attraverso l'adozione delle recenti direttive, allora la prospettiva davanti alla quale ci troviamo è davvero nuova. Lo è a tal punto che ci si deve chiedere se siamo preparati a recepirla in maniera adeguata (o piuttosto finiremo per subirla, salvo qualche eccezione). Il diritto processuale penale sembra progressivamente avviato a diventare un sistema prevalentemente casistico, dominato da empirismo e pragmatismo: cioè sempre più volto a verificare la tenuta della soluzione raggiunta in concreto attraverso i criteri della proporzionalità e del *harmless test* (vale a dire del pregiudizio effettivo)⁶⁰, a tutto detrimento dei tradizionali canoni ermeneutici, *in primis* quello letterale⁶¹. Ogni problema coinvolgente la difesa, infatti, dovrebbe sempre implicare un raffronto tra la previsione positiva del codice e la soluzione estrapolabile dalle decisioni della Corte EDU (e magari, con il tempo, dalla Corte di Giustizia), nella medesima materia. In caso di contrasto, sarebbe sempre la prima a soccombere, e le “secondo” (qui si apre il *mare magnum* dei rapporti tra le due Corti europee, sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede) a prevalere.

Cade, al contempo, il ruolo svolto dalla Corte costituzionale come *gatekeeper* del sistema

⁵⁹ Sul tema, una voce critica quanto alla assimilazione del testo convenzionale con la interpretazione offerta dalla Corte è quella di Paolo Ferrua. Cfr. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3ª ed., Zanichelli, Bologna, 2012, p. 210-212. L'Autore aveva già espresso la propria posizione in ID., *Oralità e contraddittorio nel quadro delle garanzie costituzionali: giurisprudenza delle Corti europee e fraintendimenti della Corte costituzionale*, in AA.VV., *Il rito accusatorio a vent'anni dalla grande riforma. Continuità, fratture. Nuovi orizzonti*, Atti del Convegno della Associazione tra gli studiosi del processo penale, Lecce, 23-25 settembre 2009, Giuffrè, Milano, 2012, p. 184 s. (e ancor prima in *Il contraddittorio nella formazione della prova a dieci anni dalla sua costituzionalizzazione: il progressivo assestamento della regola e le insidie della giurisprudenza della Corte europea*, in *Arch. pen.*, 2008, p. 9 s.). *Contra*, per tutti, G. UBERTIS, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 372.

⁶⁰ Cfr. M. CAIANIELLO, *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo*, cit., p. 169 s.; Id., *To Sanction (or not To Santion)*, cit., p. 324-326.

⁶¹ Su questo punto è bene operare una breve riflessione. Il superamento – l'obsolescenza – della interpretazione letterale, appare legato a due fattori. Da un lato, all'irrompere dei principi e di quel particolare sistema di *common law* costituito dal diritto CEDU e da quello UE (sul punto si rinvia a A. KLIP, *European Criminal Law*, cit., p. 10 e p. 479). Dall'altro, dal fatto che ogni testo normativo della UE è concepito in un inglese spurio (il c.d. *Brussels English*), vale a dire non parlato, con quali modalità e con quelle declinazioni, nemmeno nei paesi anglofoni. Un testo cioè che non può nemmeno essere pensato in maniera chiara e cartesiana, per citare Cordero, come, ad esempio, lo erano i codici ottocenteschi. Un testo, ancora, che nasce imperfetto a partire dalla lingua primaria con cui esso è predisposto (per tacere poi del fatto che di esso si devono dare 23 traduzioni ufficiali). E' evidente che, in queste condizioni di partenza, si tenda a fidarsi poco o nulla della parola scritta, prediligendo invece le soluzioni predisposte dalla casistica, e dunque dalle grandi Corti di riferimento (Corte EDU e Corte di Giustizia, oltre che le Corti Supreme nazionali). Sul tema, cfr. A. GUALAZZI, *Il processo penale transnazionale e la prospettiva di un "euro difensore"*, in F. RUGGIERI – T. RAFARACI – G. DI PAOLO – S. MARCOLINI – R. BELFIORE, *Processo penale, lingua e Unione europea*, Cedam, Padova, 2013, p. 95 s., in particolare p. 97-100.

Ne deriva che l'incentrare le proprie critiche, da parte di uno studioso o di un analista della materia, esclusivamente (o quasi) sul dato testuale della previsione sovranazionale, costituisce una operazione discutibile, tacciabile sia di limitatezza culturale quanto alla prospettiva, sia di incompletezza quanto ai dati sulla base dei quali operare l'esame.

europeo. Se il rapporto tra giudice ordinario e fonte europea – includendovi la stessa CEDU, secondo le modalità indicate – è ormai diretto e non più mediato, il ruolo centrale, a livello nazionale, pare doversi in prospettiva attribuire alla Cassazione: non si tratta più tanto di capire “se” e fino a che punto il diritto UE, compresi i suoi principi generali fondanti, sia efficace all’interno del nostro ordinamento, quanto piuttosto “come” esso vi operi, raggiungendo possibilmente una adeguata uniformità interpretativa.

Volendo usare un paragone di carattere comparato, le nuove direttive in materia di diritti dell’imputato – se unite ai principi della Carta dei diritti (e ai rinvii che vi si rinviengono) – paiono in grado di poter svolgere la funzione ricoperta dal XIV Emendamento del *Bill of Rights* della Costituzione degli Stati Uniti⁶²: chiave cioè per la estensione uniforme, nella “federazione”, di un sistema di protezione delle prerogative individuali di chi sia assoggettato a processo.

Un esempio applicativo del “nuovo corso” avviato da queste fonti potrebbe essere costituito dal superamento dell’approdo giurisprudenziale in materia di dichiarazioni spontanee, tendenzialmente considerate dal diritto vivente quali legittime pur se rese in assenza del difensore, e fuori da qualunque avvertimento⁶³ (nonché, addirittura, quando rilasciate, “liberamente”, da chi si trovi colto sul luogo e nella immediatezza del fatto⁶⁴): ognuna di queste soluzioni pare difficilmente conciliabile con gli approdi raggiunti dalla Corte EDU a partire dal caso *Salduz c. Turchia*⁶⁵, poi sviluppatasi negli anni successivi⁶⁶. Ma considerazioni analoghe potrebbero svolgersi ben presto – quando sarà entrata in vigore la direttiva sulla presunzione di innocenza – per la nuova disciplina del processo *in absentia* introdotta con la legge n. 67 del 2014: con essa infatti si addossa il gravoso onere a chi ricompaia in giudizio – una volta dichiarato assente sulla base di alcuni indici presuntivi⁶⁷ – di provare l’ignoranza “incolpevole” del “processo” (quando, per poter procedere, ci si era accontentati di una presunzione di conoscenza del mero “procedimento”⁶⁸). Difficile ipotizzare una piena compatibilità del nuovo assetto con il sistema delineato dalla Corte EDU, la quale pretende sia dimostrata la consapevolezza in

⁶² Sul punto si rinvia a W. R. LA FAVE-J. H. ISRAEL-N. J. KING, *Criminal Procedure*, 3rd ed., West Group Company, St. Paul (Minn.), 2000, p. 55 s. (v. per la dottrina delle incorporations p. 65-95; J. N. FEDERICO-H. F. FRADELLA-C. D. TOTTEN, *Criminal Procedure for the Criminal Justice Professional*, 10th ed., Wadsworth, Belmont, USA, 2009, p. 44-47; V. FANCHIOTTI, *Lineamenti del processo penale statunitense*, Giappichelli, Torino, 1987, p. 6-10; Id., voce *Processo penale statunitense*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Giuffrè, Milano, 2008, p. 809. Per un approccio più didascalico, v. alla voce *Due Process Clause*.

⁶³ Cfr. in tal senso Cass., Sez. 1, 9 novembre 2007, Corradini e al., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, p. 654; Cass., Sez. 3, 13 novembre 2008, Bamba, in C.e.d.. Cass., n. 241776; Cass., sez. 3, 3 novembre 2009, Di Ronza, ivi, n. 245622.

⁶⁴ Si rinvia ancora a Cass., Sez. 1, 9 novembre 2007, Corradini e al., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2009, p. 654, che per l’appunto legittima l’uso di dichiarazioni spontanee rese alla polizia dall’indagato nel corso di una perquisizione, e a Cass., Sez. 3, 13 novembre 2008, Bamba, in C.e.d.. Cass., n. 241776, anch’essa avente ad oggetto dichiarazioni rese in occasione della esecuzione, da parte della polizia, di un’ordinanza di custodia cautelare. Per una panoramica più estesa, cfr. A. TRICOCI, sub art. 350 c.p.p., in G. CONSO-G. ILLUMINATI, *Commentario breve al codice di procedura penale*, 2^a ed., Cedam, Padova, 2015, p. 1517-1518.

Ancor prima, non si può fare a meno di rinviare agli studi di M. CERESA-GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell’indagato alla polizia giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 131 s.

⁶⁵ Corte europea dei diritti dell’uomo, *Salduz v. Turkey*, 27 novembre 2008.

⁶⁶ Il riferimento è ai casi *Dayanan v. Turkey*, 13 ottobre 2009, in cui si dichiarò la violazione dell’art. 6 sebbene, in sede di interrogatorio, l’indagato avesse scelto di tacere. In quella occasione fu recepita la *concurring opinion* resa dal giudice Zagrebelsky nel caso *Salduz*, secondo la quale “*It is therefore at the very beginning of police custody or pre-trial detention that a person accused of an offence must have the possibility of being assisted by a lawyer, and not only while being questioned. The importance of interrogations in the context of criminal procedure is obvious, so that, as the judgment makes clear, the impossibility of being assisted by a lawyer while being questioned amounts, subject to exceptions, to a serious failing with regard to the requirements of a fair trial. But the fairness of proceedings against an accused person in custody also requires that he be able to obtain (and that defence counsel be able to provide) the whole wide range of services specifically associated with legal assistance, including discussion of the case, organisation of the defence, collection of evidence favourable to the accused, preparation for questioning, support to an accused in distress, checking his conditions of detention and so on. The legal principle to be derived from the judgment is therefore that, normally and apart from exceptional limitations, an accused person in custody is entitled, right from the beginning of police custody or pre-trial detention, to be visited by defence counsel to discuss everything concerning his defence and his legitimate needs. Failure to allow that possibility, regardless of the question of interrogations and their use by the courts, amounts, subject to exceptions, to a violation of Article 6 of the Convention*” (evidenza nostra). V. ancora *Panovitis v. Cyprus*, 11 dicembre 2008, e *Pischalnikov v. Russia*, 24 settembre 2009, sulla rinuncia al difensore. Per un’analisi approfondita del tema, si rinvia a I. ANAGNOSTOPOULOS, *The Right to a Lawyer in Europe*, cit., p. 4-6.

⁶⁷ Sul tema si rinvia alla lucida analisi di G. GARUTI, *Jus superveniens e “nuovo” processo in assenza*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1506 s.; V. anche R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *Ipotesi tipizzate per la celebrazione del rito*, in *Guida Dir.*, 2014, n. 21, 98; S. QUATTROCCOLO, *Il contumace cede la scena processuale all’assente, mentre l’irreperibile l’abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2014, p. 97 s.; P. TONINI-C. CONTI, *Il tramonto della contumacia, l’alba radiosa della sospensione e le nubi dell’assenza “consapevole*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2014, p. 509 s.

⁶⁸ Sul tema cfr. F. CAPRIOLI, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in G. CONSO, V. GREVI e M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, 7^a ed., Cedam, Padova, 2014, p. 662 s. (670). Mostra perplessità anche G. DI PAOLO, *La revoca dell’ordinanza che dispone il giudizio in assenza*, in D. VIGONI (a cura di), *Il giudizio in assenza dell’imputato*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 200-201. Sul tema, e sulle critiche che si possono muovere alla nuova disciplina, si rinvia anche a G. BISCARDI, *Eclissi della contumacia e sospensione per irreperibilità, tra conoscenza legale e conoscenza reale del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, p. 103 s.

capo all'imputato della data del processo ("scheduled trial", come anche si evince dalle due fonti UE che si occupano della materia⁶⁹). Chiaro che almeno uno dei due limiti indebiti imposti dal legislatore nazionale, tra presunta conoscenza del (solo) procedimento e ignoranza "incolpevole" (del processo) appare prestarsi ad essere superato (realisticamente, sembra destinato a cadere quello che impone a chi ricompaia di "scagionarsi" per non essere stato a conoscenza del processo).

Da ultimo, e al di là di chi rivestirà il ruolo di Corte interlocutrice a livello nazionale, ci avviamo verso una procedura i cui caratteri saranno sempre più spesso determinati da un costante dialogo tra le Corti⁷⁰. E' auspicabile a tal proposito che di dialogo proficuo si tratti, e non di scontro, come alcune recenti decisioni lasciano paventare: il riferimento è, da un lato, alla recente sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 2014, in materia di responsabilità degli Stati per crimini contro l'umanità, commessi *iure imperii* da uno Stato straniero nel territorio italiano, senza che sia prevista alcun'altra forma di riparazione giudiziaria dei diritti fondamentali violati⁷¹; dall'altro, al parere fornito dalla Corte di Giustizia al disegno normativo volto a realizzare l'accesso della Unione europea alla CEDU⁷². In entrambi gli esempi si coglie una refrattarietà al dialogo, un desiderio di imporre la propria particolarità quale ragione per non uniformarsi a una linea condivisa a livello sovranazionale (e un impulso alla conservazione del potere, rappresentato, per le Corti di vertice, dalla possibilità di avere l'ultima parola sulla questione), che non sembrano in linea con l'edificazione di un sistema multilivello ordinato e trasversale.

In definitiva, l'adozione di queste prime direttive sembra capace di condurre al sovvertimento di molte delle nostre sicurezze, e diversi – nonché cruciali – tra i nostri assetti istituzionali. Occorreranno culture nuove, per affrontarli, sia da parte del mondo degli studi, che da parte degli operatori.

E' facile, di fronte a un baratro simile, essere colti dalla tentazione di non vedere, o, pur vedendo, di rifiutare *in toto* la sfida che la realtà sembra imporci. Ognuna delle due scelte indicate sarebbe deleteria. Compito della scienza – in questo momento storico, perlomeno – appare non solo quello di porsi come custode e guardiana della tradizione, ma soprattutto di sapersi proporre come guida verso il nuovo mondo, affinché le pulsioni che provengono *ab externo* siano recepite in modo fecondo, e non finiscano per imporsi in maniera distruttiva. Del resto, in questo sembra consistere il nucleo dell'eredità tramandataci dalla cultura moderna, quella avviata dal discorso sul metodo di Galileo e, successivamente, dal pensiero razionale illuminista: se guardiamo agli archetipi, la figura di riferimento – rifacendosi a Dante – è Virgilio più che Catone.

Ciò è tanto più vero se teniamo conto di come la posta in gioco di fondo sia costituita dalla capacità dell'Europa di mantenere una autonoma identità nell'approccio al diritto, in uno scenario globale in cui i modelli giuridici appaiono in forte competizione tra loro. Per sopravvivere, ognuna delle scuole nazionali sarà chiamata a rinunciare a parte del proprio armamentario tradizionale.

Certo, che all'esito di quello che si preannuncia come un cammino molto lungo, si possa tornare a "riveder le stelle", non è affatto scontato. Tuttavia, il rimanere, per paura dell'ignoto,

⁶⁹ In tal senso l'art. 2 della decisione-quadro 2009/2999/JHA, modificativa della decisione-quadro 2002/584/JHA istitutiva del mandato d'arresto europeo.

⁷⁰ Sul tema v. ampiamente G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Il Mulino, Bologna, 2010; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palinogenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 839 s. Per una prospettiva complementare, che lega la necessità del dialogo tra le Corti al fondersi insieme di due settori che erano stati tenuti rigidamente separati (human rights law e criminal law), cfr. R. VOGLER, *Criminal Evidence and Respect for Fair Trial Guarantees in the Dialogue Between European Court of Human Rights and National Courts*, in S. RUGGERI (ed.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Springer, 2014, p. 181 s.

⁷¹ Corte cost., sent. 23 settembre – 22 ottobre 2014, n. 238. Critico nei confronti di questa decisione è A. TANZI, *Sulla sentenza Cost. 238/2014: cui prodest?*. Per una critica favorevole alla pronuncia in esame, cfr. C. MELONI, *La Corte costituzionale annulla gli effetti della decisione della CIG in materia di immunità giurisdizionale dello Stato estero*, in *Dir. pen. cont.*, 24 ottobre 2014. V. ancora L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana "controvento" sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri?*; A. RUGGERI, *La Corte azione l'arma dei "controlimiti" e, facendo un uso alquanto singolare delle categorie processuali, sbarra le porte all'ingresso in ambito interno di norma internazionale consuetudinaria (a margine di Corte cost. n. 238 del 2014)*, entrambi i contributi in www.forumcostituzionale.it.

⁷² Sul punto si rinvia al recente parere negativo espresso dalla Corte di Giustizia per l'accesso alla CEDU da parte della UE. Cfr. il *Press Release* del 18 dicembre 2014, *The Court of Justice delivers its opinion on the draft agreement on the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and identifies problems with regard to its compatibility with EU law*, consultabile al sito web: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180en.pdf>.

a coltivare il proprio giardino non è un'opzione accettabile: in fondo, come affermava Henry Ford, puoi credere di farcela o credere di non farcela. In entrambi i casi i fatti ti daranno ragione.

LA METAMORFOSI DEL DIRITTO DELLE PROVE NELLA DIRETTIVA SULL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE*

Marcello Daniele

ABSTRACT

Solo in apparenza limitandosi a riproporre soluzioni già sperimentate in passato, la nuova direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (o.e.i.) genera una vera e propria metamorfosi delle prescrizioni probatorie previste dal nostro ordinamento. Da “regole” a struttura chiusa, impennate su bilanciamenti tra i valori in gioco prestabiliti in astratto dal legislatore, queste prescrizioni si trasformano in “principi” a struttura aperta, il cui contenuto può essere individuato dal giudice in ciascuna vicenda concreta in base ad un proprio temperamento tra le varie esigenze che si contrappongono nella raccolta transnazionale delle prove. Di qui il rischio che le autorità giudiziarie chiamate a raccogliere e ad utilizzare prove in base alla direttiva eccedano i poteri loro conferiti. È un pericolo che, come dimostrano alcune decisioni in tema di mandato di arresto europeo, non sempre la Corte di giustizia dell'Unione Europea è in grado di fronteggiare. Un possibile antidoto è rinvenibile nello stesso diritto UE: si identifica con il rispetto del principio di equivalenza con gli *standards* di protezione dei diritti fondamentali rinvenibili nella CEDU e nelle Costituzioni nazionali e del principio di proporzionalità, statuiti dagli artt. 52 e 53 Carta di Nizza. Ne discende che l'Unione non tollera restrizioni dei diritti fondamentali non finalizzate a proteggere interessi degni di rilevanza, non controbilanciate da adeguate garanzie processuali e non strettamente necessarie. Alle luce di queste coordinate di fondo è possibile delineare alcune *guidelines* operative nell'impiego degli o.e.i. tali da interferire, in particolare, con il diritto al confronto ed il diritto alla riservatezza.

SOMMARIO

1. Una mutazione genetica nella raccolta transnazionale delle prove. – 2. Prima della mutazione: la sopravvivenza della conformazione di *regola probatoria*. – 3. Il salto evolutivo della direttiva: la trasformazione delle regole probatorie nazionali in *principi*. – 4. Razionalizzare i principi probatori creati dalla direttiva: gli stabilizzatori dell'equivalenza e della *proporzionalità*. – 5. Bilanciamenti virtuosi e vuoti di proporzionalità della Corte di giustizia. – 6. Embrioni di *guidelines* per l'impiego degli o.e.i. nel rispetto dei diritti fondamentali. – 6.1. La tutela del diritto al confronto: la gerarchia delle modalità di esame dei dichiaranti. – 6.2. La tutela del diritto alla riservatezza: le garanzie ineliminabili. – 6.3. L'inutilizzabilità *ex art.* 729 c.p.p. rivitalizzata. – 7. Conclusioni.

* L'articolo è frutto dell'attività di ricerca condotta nell'ambito del progetto di Ateneo “La rilevanza e i diversi profili del principio di proporzionalità nel diritto pubblico interno, europeo ed internazionale” (Dipartimento di Diritto pubblico, internazionale e comunitario, Università di Padova, CPDA139930), diretto dal prof. Francesco Volpe.

1.

Una mutazione genetica nella raccolta transnazionale delle prove.

La direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (dir. o.e.i.)¹ contiene la più avanzata disciplina sulla raccolta transnazionale delle prove mai espressa dall'Unione Europea².

Essa ha il merito³ di introdurre un unico strumento acquisitivo⁴ valido per qualsiasi tipo di prova⁵, tale da sostituirsi alle tradizionali rogatorie⁶ nonché ai provvedimenti di blocco e di sequestro⁷ e al mandato europeo di ricerca delle prove⁸.

Al di là di questo evidente tratto innovativo la direttiva, perlomeno ad una prima occhiata, non sembra possedere un contenuto rivoluzionario. Non ne deriva un'unificazione e neppure una compiuta armonizzazione delle legislazioni⁹. Lo scenario di fondo è sempre quello – di tipo orizzontale e non verticale – per cui ciascuno Stato mantiene il proprio diritto delle prove, e in questa prospettiva la direttiva ripropone alcune soluzioni già sperimentate in precedenza.

Se, tuttavia, la si considera nelle sue implicazioni operative, emerge che la direttiva potrebbe avere un effetto molto più profondo: cambiare la conformazione delle prescrizioni in tema di prova previste dal nostro sistema, mutandole da precise regole legislative in principi flessibili il cui contenuto deve essere riempito caso per caso dalla giurisprudenza. Un obiettivo che si colloca perfettamente nelle strategie dell'Unione *post-Lisbona*, volte ad una progressiva erosione delle competenze dei legislatori nazionali anche in campo penale.

Scopo del presente articolo è analizzare come questa metamorfosi sia suscettibile di avvenire, e quali potrebbero essere le sue ripercussioni sul diritto delle prove. È una vera e propria mutazione genetica che, se non avverrà nel solco di alcuni criteri di razionalità postulati, come vedremo, dallo stesso diritto dell'Unione, potrebbe peggiorare gli *standards* di protezione dei diritti fondamentali finora accolti dalla disciplina nazionale.

2.

Prima della mutazione: la sopravvivenza della conformazione di regola probatoria.

Fino a quando non matureranno le condizioni per una vera e propria unificazione normativa, qualunque disciplina in tema di raccolta transnazionale delle prove deve fare i conti con un dato di partenza, tanto ovvio quanto ineludibile: le regole probatorie previste dai vari ordinamenti statali sono diverse; ciascuna di esse esprime i bilanciamenti tra i valori in gioco – il conseguimento del miglior accertamento dei fatti possibile, la tutela dei diritti fondamentali, l'efficienza processuale – ritenuti più corretti dai singoli legislatori nazionali.

Se questa è la premessa, ai fini della cooperazione giudiziaria non resta che una via: sta-

¹ Direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014.

² La cui operatività è posticipata al 22 maggio 2017, la data in cui la direttiva entrerà in vigore (art. 34 dir. o.e.i.). Fino a quel momento la raccolta transnazionale delle prove continuerà ad essere disciplinata dai vigenti atti normativi (art. 35 dir. o.e.i.).

³ Cfr. S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, p. 54.

⁴ Questa opzione, postulata dal § 3.1.1 del *Programma di Stoccolma* (2010/C 115/01), era già stata esplorata in via preventiva dal *Libro verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità* dell'11 novembre 2009 (COM(2009)624).

⁵ Con l'eccezione degli atti istruttori compiuti nell'ambito delle squadre investigative comuni (art. 3 dir. o.e.i.).

⁶ Disciplinate in particolare dalla convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa del 20 aprile 1959 (c.a.g. 1959), ratificata dall'Italia con la l. 23 febbraio 1961 n. 215, dalla convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 19 giugno 1990 e dalla convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione Europea del 29 maggio 2000 (c.a.g. 2000).

⁷ Decisione-quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 (d.q. b.s.).

⁸ Decisione-quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008 (d.q. m.e.r.).

⁹ Vi è chi critica questo approccio: cfr., *ex plurimis*, M. BARGIS, *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione Europea tra mutuo riconoscimento e armonizzazione: analisi e prospettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 920; L. CAMALDO, *La Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale (OEI): un congegno di acquisizione della prova dotato di molteplici potenzialità, ma di non facile attuazione*, in *Dir. pen. cont.*, 27 maggio 2014; V. CAMPILONGO, *La circolazione della prova nel contesto europeo, tra mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed armonizzazione normativa*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 715 s.; M.M. PISANI, *Problemi di prova in materia penale. La proposta di direttiva sull'Ordine Europeo di Indagine*, in *Arch. pen.*, 2011, p. 934 s. Ma quella dell'armonizzazione è una prospettiva tuttora di difficile attuazione, a causa delle resistenze che gli Stati continuano a manifestare in materia: cfr. J.R. SPENCER, *The Green Paper on obtaining evidence from one Member State to another and securing its admissibility: the Reaction of one British Lawyer*, in *www.zis-online.com*, 9, 2010, p. 604 s.

bilire se devono prevalere le regole dello Stato in cui le prove sono situate (*lex loci*), oppure le regole dello Stato in cui è in corso il procedimento, nell'ambito del quale le prove dovranno essere utilizzate (*lex fori*).

È ben noto come la soluzione tradizionalmente accolta e tuttora prevalente sia la prima, che trova espressione in particolare nell'art. 3.1 c.a.g. 1959¹⁰. Del tutto chiara ne appare la finalità: tutelare al massimo grado la sovranità nazionale, assicurando che le prove siano acquisite in base alle regole che attuano i bilanciamenti tra i valori considerati preferibili dal legislatore dello Stato in cui esse sono reperibili.

Altrettanto evidenti sono gli effetti della prevalenza della *lex loci* sulla struttura delle regole probatorie nazionali. Dal punto di vista dello Stato in cui le prove si trovano, la conseguenza è un fenomeno di conservazione: le regole probatorie nazionali vengono applicate integralmente, come se l'acquisizione della prova riguardasse un processo interno.

Nella prospettiva dello Stato in cui si celebrerà il giudizio, invece, l'esito è perlopiù un fenomeno di sostituzione, più o meno ampio a seconda del grado di omogeneità degli ordinamenti coinvolti: le fattispecie probatorie nazionali cedono il posto alle fattispecie straniere, in un processo di adattamento indispensabile per assicurare il rispetto della sovranità altrui al contempo garantendo che l'attività istruttoria compiuta all'estero sia validamente spendibile anche all'interno del proprio territorio.

Lo Stato in cui si svolgerà il processo può conservare integre tutte le proprie regole probatorie solo quando si devono svolgere attività istruttorie che possono essere compiute attraverso modalità tecnologiche tali da annullare le distanze spaziali. È il caso, in particolare, dell'assunzione a distanza delle prove dichiarative tramite videoconferenza¹¹ e delle intercettazioni di comunicazioni¹².

Diverse prescrizioni, nel nostro sistema, sanciscono la sostituzione delle regole probatorie nazionali con quelle straniere¹³.

La lett. *d* dell'art. 431.1 c.p.p. prevede l'utilizzabilità nei processi italiani dei documenti e dei verbali degli atti non ripetibili raccolti all'estero, e la lett. *f* aggiunge che sono acquisibili gli atti ripetibili "assunti all'estero a seguito di rogatoria internazionale ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana". Quest'ultima è una prescrizione compromissoria¹⁴, che ha consentito alla giurisprudenza di mantenere un consolidato criterio operativo: le prove raccolte all'estero in forza della *lex loci* sono inutilizzabili in Italia solo quando sono assunte tramite modalità in contrasto con "norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume", che però "non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito e, in particolare, con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa"¹⁵.

In secondo luogo l'art. 512 *bis* c.p.p. prevede l'utilizzabilità delle dichiarazioni raccolte nel corso delle indagini dalle persone residenti all'estero, anche tramite una rogatoria internazionale, qualora l'esame in dibattimento del dichiarante risulti assolutamente impossibile.

Inoltre l'art. 78.1 disp. att. c.p.p. prevede l'utilizzabilità delle prove già autonomamente raccolte all'estero alle condizioni fissate dall'art. 238 c.p.p., ovvero formate in giudizio o in

¹⁰ Ai sensi del quale le rogatorie vanno eseguite dall'autorità giudiziaria a cui sono rivolte "nelle forme previste dalla sua legislazione". Nello stesso senso si veda l'art. 752.2 c.p.p.

¹¹ Si veda l'art. 10 c.a.g. 2000, il quale prevede che l'audizione in videoconferenza deve essere autorizzata dallo Stato in cui il dichiarante si trova, e deve essere condotta "direttamente dall'autorità giudiziaria dello Stato membro richiedente o sotto la sua direzione, secondo il proprio diritto interno" (prescrizioni analoghe discendono dall'art. 11 c.a.g. 2000 in rapporto all'audioconferenza).

¹² Espressamente disciplinate dagli artt. 18-20 c.a.g. 2000, dai quali discende il dovere di osservare, riguardo alla loro ammissibilità, anche il diritto dello Stato da cui vengono richieste. Non va però trascurato come nella prassi (v. ad es. Cass., sez. I, 4 marzo 2009, Barbaro e altri, n. 13972) le norme in questione vengano spesso eluse tramite il c.d. instradamento, ossia il convogliamento nei nodi di comunicazione situati in Italia e la captazione a strascico delle chiamate in partenza dall'estero. V. le osservazioni critiche di M. PANZAVOLTA, *Intercettazioni e Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia*, in F. RUGGERI e L. PICOTTI (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica*, Torino, 2011, p. 71 s.

¹³ Cfr. Cass., S. U., 25 febbraio 2010, Mills, n. 15208, § 10.4: l'adesione agli atti internazionali in tema di cooperazione giudiziaria comporta l'"implicito riconoscimento della diversità dei singoli ordinamenti e dell'impegno a riconoscere gli atti compiuti secondo i diversi sistemi, in armonia con il principio di prevalenza delle norme pattizie su quelle interne riconosciuto dall'art. 696 c.p.p.". Qualcosa di analogo avviene, ad esempio, in Germania (cfr. S. GLESS, *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle*, in 9 *Utrecht L. Rev.*, 2013, p. 95) e in Spagna (v. L. BACHMAIER WINTER, *European investigation order for obtaining evidence in the criminal proceedings. Study of the proposal for a European directive*, in www.zis-online.com, 9, 2010 p. 588).

¹⁴ Cfr. F. CAPRIOLI, *Il processo penale dopo la "legge Carotti" (II). K) Artt. 25-26*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 294 s.; A. SCILLA, *La formazione in contraddittorio del fascicolo per il dibattimento*, in F. PERONI (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, Padova, 2000, p. 433 s.

¹⁵ Cass., S. U., 25 febbraio 2010, Mills, cit., § 10.3. V. anche Corte cost. 13 luglio 1995 n. 379.

un incidente probatorio, con la partecipazione del difensore dell'interessato qualora si tratti di dichiarazioni¹⁶. Tale prescrizione ha finito con il legittimare la prassi della trasmissione spontanea di informazioni tra le autorità giudiziarie¹⁷, la quale, avendo ad oggetto prove già formate negli altri sistemi, incrementa le *chances* che le medesime siano acquisite in base a regole diverse da quelle nazionali.

Infine l'art. 729.1 c.p.p. prescrive l'inutilizzabilità delle rogatorie svolte in violazione delle "norme di cui all'articolo 696, comma 1, riguardanti l'acquisizione o la trasmissione di documenti o di altri mezzi di prova a seguito di rogatoria all'estero". Tale divieto probatorio discende dall'inosservanza degli atti internazionali sottoscritti dall'Italia¹⁸, il più importante dei quali – ossia la convenzione di assistenza giudiziaria del 1959 – prescrive, come si è già detto, l'impiego della *lex loci*. In un contesto del genere, si comprende come esso non potrebbe arrivare a sanzionare la violazione di tutte le regole probatorie italiane¹⁹.

Muovendo da questo quadro normativo, la prassi operativa delle rogatorie ha condotto all'individuazione di alcune modalità istruttorie previste dalla legge italiana ritenute non necessarie quando le prove siano raccolte all'estero.

È il caso, in particolare, dell'adozione dell'esame incrociato nell'assunzione delle prove dichiarative, considerata non indispensabile nelle situazioni in cui non risultasse oggettivamente possibile ottenere la comparizione del dichiarante nel processo italiano e neppure svolgere l'esame all'estero mediante una rogatoria "concelebrata"²⁰, integrandosi la deroga al metodo dialettico prevista dall'art. 111 comma 5 Cost.²¹.

Non dissimile il discorso per le modalità di svolgimento delle perquisizioni e ai sequestri, le quali possono essere contestate solo di fronte alla competente autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione²². La conseguenza è che l'inosservanza delle prescrizioni nazionali – ad esempio, la norma in base alla quale al difensore deve essere assicurata la possibilità di partecipare – non necessariamente influirebbe sulla validità della prova ottenuta.

Per quanto possano comportare un peggioramento dei nostri *standards* di raccolta delle prove²³, in ogni caso le sostituzioni delle disposizioni nazionali con quelle straniere non mutano la natura delle fattispecie istruttorie. Anche se imposte da altri ordinamenti europei, sempre di regole si tratta: vale a dire, secondo una nota qualificazione di teoria generale²⁴, di prescrizioni normative imperniate su bilanciamenti tra i valori in gioco prestabiliti in astratto da un legislatore²⁵. Le autorità giudiziarie chiamate ad applicarle non potrebbero discostarsi da tali bilanciamenti, adottando modalità istruttorie capaci di realizzare diversi contemperamenti tra i valori ritenuti più corretti.

¹⁶ L'art. 78.2 disp. att. aggiunge che gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia giudiziaria sono acquisibili "dopo l'esame testimoniale degli autori degli stessi, compiuto anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio". Tutti questi requisiti, ragionevolmente intesi, non vanno applicati alla lettera, ma adattati alle caratteristiche dell'ordinamento straniero coinvolto: cfr. F. SIRACUSANO, *Tra mutuo riconoscimento e armonizzazione preventiva: quali prospettive per la circolazione della prova dichiarativa nell'ambito dell'Unione europea?*, in *Arch. pen.*, 1, 2012, p. 9.

¹⁷ Cfr. ad esempio Cass., 8 marzo 2002, Pozzi, n. 20100, in *Cass. pen.*, 2003, p. 451 s.

¹⁸ L'art. 696.1 c.p.p. prescrive che la raccolta transnazionale delle prove è disciplinata "dalle norme della convenzione europea di assistenza giudiziaria" firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959 e dalle altre norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e dalle norme di diritto internazionale generale".

¹⁹ Cfr. F. CORDERO, *Precedenti costituzionali e rogatorie, ovvero: l'arte della mannaia*, in *Dir. e giust.*, n. 43, 2001, p. 11; M.R. MARCHETTI, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano, 2005, p. 149 s.

²⁰ Ad esempio perché quest'ultima non fosse prevista dall'ordinamento dello Stato di esecuzione, oppure non venisse autorizzata dall'autorità di esecuzione, secondo quanto consentito dall'art. 4 c.a.g. 1959. V. Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, Mills, cit., § 10.4; Id., sez. un., 25 novembre 2010, De Francesco, n. 27918, § 4 s. del *considerato in diritto*.

²¹ Cfr. F. CAPRIOLI, *Report on Italy*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2013, p. 443; C. VALENTINI, *Le Sezioni Unite e i testimoni residenti all'estero: una preziosa occasione per precisare i confini del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, p. 62 s. Sia consentito rinviare anche a M. DANIELE, *Il contraddittorio "impossibile" nell'assunzione delle testimonianze penali all'estero*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 208 s.

²² Cfr. Cass., sez. un., 16 aprile 2003, Monnier, n. 21420, § 5 s., la quale aggiunge che resta salva la possibilità di proporre una richiesta di riesame *ex art.* 257 c.p.p. nei confronti dell'autorità italiana in relazione alla presenza dei presupposti per l'adozione e il mantenimento del sequestro.

²³ Cfr. F. CAPRIOLI, *Report on Italy*, cit., p. 445 s.; G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 702 s.

²⁴ Sul concetto di "regola", da distinguere dal concetto di "principio", la letteratura è vastissima. Ci si limita qui a rinviare a R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 2010, p. 48 s., e a R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali* (1994), Bologna, 2012, p. 101 s.

²⁵ Il che vale non solo per gli ordinamenti dell'Europa continentale, inquadrabili nella famiglia di *civil law*, ma anche per l'ordinamento inglese, laddove il diritto delle prove è da tempo prevalentemente di emanazione parlamentare: cfr. P. ROBERTS e P. ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, II ed., Oxford, 2010, p. 30 s.

3.

Il salto evolutivo della direttiva: la trasformazione delle regole probatorie nazionali in *principi*.

La direttiva sull'o.e.i. vede la luce in un momento in cui la sovranità nazionale – ossia il valore di cui la *lex loci* è manifestazione – è in profonda crisi. Non è questa la sede per approfondirne le cause. Tra esse rilevano il superamento del concetto di spazio generato dalla globalizzazione e dalle innovazioni tecnologiche, capaci di ridurre le distanze geografiche e di favorire una sempre più rapida circolazione delle persone e delle informazioni, e il conseguente trasferimento di quote di sovranità dagli Stati nazionali all'Unione Europea, imposto dall'adesione ai Trattati UE.

Non stupisce che in un contesto del genere sia nato il mutuo riconoscimento²⁶: un criterio che, applicando sul terreno del diritto la logica, di derivazione economica, del libero movimento dei beni e dei servizi, mira ad eludere i confini geografici imponendo a ciascuno Stato di considerare valide ed efficaci le decisioni giudiziarie degli altri Stati, anche se emesse sulla base di norme giuridiche diverse dalle proprie²⁷.

Trasposto nel contesto della raccolta transnazionale delle prove, in teoria il mutuo riconoscimento comporterebbe l'obbligo per ciascuno Stato di eseguire all'interno del proprio territorio le richieste istruttorie degli altri Stati in applicazione della *lex fori*²⁸. Nessuna delle vigenti normative, tuttavia, ha codificato questa sua implicazione. Lo ha impedito la comprensibile riluttanza degli Stati in cui si trovano le prove da acquisire ad azzerare la propria sovranità, rinunciando alle proprie regole e alle proprie garanzie²⁹.

La direttiva sull'o.e.i. non si discosta da questa tendenza. Essa mira ad istituire un sistema di raccolta transnazionale delle prove che, pur ispirandosi al principio del mutuo riconoscimento, “tenga conto altresì della flessibilità del sistema tradizionale di assistenza giudiziaria”³⁰. Ciò spiega perché il suo nucleo centrale sia composto da disposizioni spesso sovrapponibili a quelle degli atti normativi che l'hanno preceduta³¹.

Contiene una prescrizione già rinvenibile nella decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca della prova l'art. 6.1 dir. o.e.i., ai sensi del quale gli ordini di indagine vanno disposti non solo in base alle regole nazionali che si dovrebbero applicare in un caso interno analogo, ma anche alla condizione che la loro emissione sia “necessaria” e “proporzionata” ai fini del procedimento³².

Lo stesso vale per l'art. 1.4 dir. o.e.i., il quale prevede che la direttiva non può avere l'effetto di modificare “l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali” e i “principi giuridici” sanciti dall'art. 6 TUE, in cui è contenuto un rinvio alla Carta di Nizza³³, alla CEDU e alle “tradizioni costituzionali comuni” agli Stati nazionali³⁴.

Risale alla decisione-quadro sul m.e.r. pure la prescrizione dell'art. 9.2 dir. o.e.i., il quale, nel tentativo di attenuare il criterio della *lex loci*, prevede che la raccolta delle prove deve avvenire in base alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo che queste siano in conflitto con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di

²⁶ Previsto in ambito penale dall'art. 67.3 TFUE.

²⁷ Si rinvia, sul punto, a C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, 2013.

²⁸ Cfr. A. KLIP, *European Criminal Law. An integrative approach*, II ed., Cambridge-Antwerp-Poland, 2012, p. 356 s., 362 s.; J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale*, Milano, 2014, p. 236 s.

²⁹ Cfr., fra i molti, T. RAFARACI, *General Considerations on the European Investigation Order*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 38; A. SCELLA, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 229; B. SCHÜNEMANN, *Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 168 s.; J.A.E. VERVAELE, *Il progetto di decisione-quadro sul mandato di ricerca della prova*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Prova penale e Unione Europea*, Bologna, 2009, p. 154 s.

³⁰ Considerando n. 6. Cfr. S. RUGGERI, *Introduction to the Proposal of a European Investigation Order: Due Process Concerns and Open Issues*, in Id. (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 9 s.

³¹ Cfr. G. DARAIO, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in L. KALB (a cura di), “Spazio europeo di giustizia” e procedimento penale italiano, Torino, 2012, p. 580 s.; M.R. MARCHETTI, *Dalla convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione Europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia*, cit., p. 167.

³² Così anche l'art. 7 d.q. m.e.r.

³³ Ossia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2010/C 83/02).

³⁴ Si vedano il considerando n. 27 e l'art. 1.3 d.q. m.e.r. Di tenore analogo il considerando n. 6 e l'art. 1 d.q. b.s.

esecuzione³⁵.

Altre disposizioni sembrerebbero contenere delle novità. L'art. 11.1 *f* dir. o.e.i. prescrive che l'esecuzione degli ordini può essere rifiutata quando sussistono "seri motivi" per ritenere che essa "sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione" imposti dall'art. 6 TUE e dalla Carta di Nizza. L'art. 10.3 dir. o.e.i. specifica che l'autorità di esecuzione può ricorrere ad un atto istruttorio diverso da quello indicato nell'o.e.i., alla condizione che esso "assicuri lo stesso risultato" "con mezzi meno intrusivi"³⁶. L'art. 14.7 dir. o.e.i. aggiunge che gli Stati, "fatte salve le norme procedurali nazionali", devono assicurare che "nei procedimenti penali dello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'o.e.i."

Con ciò il legislatore dell'Unione ha accolto l'auspicio, formulato da una parte degli studiosi³⁷, della previsione di clausole esplicite di salvaguardia dei diritti fondamentali. Ma le si può ritenere prescrizioni pleonastiche³⁸: l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali è previsto dal più sopra menzionato art. 1.4 dir. o.e.i., ed inoltre è statuito in modo chiaro dai Trattati³⁹ nonché ribadito costantemente dalla Corte di giustizia, ad esempio nella decisione *Åkerberg Fransson*⁴⁰.

È dunque necessario concludere che la direttiva sull'o.e.i. non muova nessun passo in avanti nell'evoluzione della disciplina della raccolta transnazionale delle prove? La risposta al quesito, come si accennava in apertura, è negativa. L'autentica forza innovatrice della direttiva sta nella peculiare conformazione delle sue prescrizioni. Queste ultime, nel postulare il rispetto, al contempo, delle formalità e delle procedure indicate dall'autorità di emissione, dei principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato di esecuzione e dei diritti fondamentali delle persone, integrano norme a struttura aperta. In altri termini, norme che vanno riempite di contenuto caso per caso dalle autorità giudiziarie chiamate a raccogliere e a utilizzare le prove, in base ad autonomi bilanciamenti tra i valori in gioco, e tenendo conto delle indicazioni del giudice supremo in tema di interpretazione del diritto dell'Unione: la Corte di giustizia, con la quale le autorità giudiziarie sono in grado di dialogare direttamente attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale.

Di qui un evidente mutamento di paradigma. Con i precedenti strumenti di assistenza giudiziaria le fattispecie probatorie nazionali, come si è visto, possono essere sostituite da fattispecie straniere, le quali però costituiscono sempre regole emesse da un legislatore. Con la direttiva sull'o.e.i. le regole nazionali possono essere disapplicate⁴¹, per cedere il posto a principi probatori monopolizzati dalla giurisprudenza⁴².

Le insidie di questo cambiamento non vanno sottovalutate. Non dovendo strettamente rapportarsi alle fattispecie nazionali, capaci di prestabilire assetti di valori cristallizzati, ciascun giudice, a causa delle proprie preferenze soggettive, potrebbe abusare del potere di concretizzazione dei principi probatori delineati dalla direttiva; magari privilegiando le esigenze della rapida acquisizione delle prove al prezzo della totale negazione dei diritti fondamentali delle persone, o al contrario compromettendo l'accertamento dei fatti per la concessione di un'eccezionale protezione dei diritti.

Né si può sempre sperare che le indicazioni della Corte di giustizia compensino l'arbitrio

³⁵ La medesima verifica di compatibilità con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione è prevista, superflualmente, anche per l'esecuzione concelebrata dell'o.e.i. (art. 9.4) e per l'audizione dei dichiaranti in videoconferenza (art. 24.2 *b*). La stessa soluzione è accolta dall'art. 12 d.q. m.e.r. e dall'art. 5.1. d.q. b.s. Essa inoltre figura, in rapporto alle rogatorie, nell'art. 4.1. c.a.g. 2000, nonché nella seconda frase dell'art. 725.2 c.p.p.

³⁶ In tale evenienza l'autorità di emissione, che deve essere previamente informata, può decidere di ritirare o di integrare l'ordine (art. 10.4 dir. o.e.i.), in modo da non pregiudicare l'attività di indagine: cfr. L. BACHMAIER WINTER, *The Proposal for a Directive on the European Investigation Order and the Grounds for Refusal: A Critical Assessment*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 76.

³⁷ Cfr. per tutti C. HEARD-D. MANSELL, *The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-gathering in EU Cross-Border Cases*, in 2 *New Journ. Eur. Crim. Law.*, 2011, p. 365; A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in 10 *Utrecht L. Rev.*, 2014, p. 130 s.

³⁸ Ciò vale anche per la decisione-quadro sul m.e.r.: C. JANSSENS, *The Principle*, cit., p. 202 s.

³⁹ Artt. 6 e 21.1 TUE, nonché 67.1 TFUE.

⁴⁰ Cfr. C. Giust. UE, 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Åkerberg Fransson*, C-617/10, § 45 s., secondo cui i giudici nazionali hanno il potere di "valutare pienamente", se del caso con la "collaborazione" della Corte di giustizia, la compatibilità del diritto interno attuativo del diritto dell'Unione con le prescrizioni della Carta di Nizza. Cfr. S. MANACORDA, *Dalle Carte dei diritti a un diritto penale "à la carte"*, in *Dir. pen. cont.*, 17 maggio 2013, p. 11 s.

⁴¹ La disapplicazione è adottabile nei confronti delle prescrizioni nazionali che non recepiscono le prescrizioni delle direttive nei limiti temporali prefissati: v. R.E. KOSTORIS, *Diritto europeo e giustizia penale*, in Id. (a cura di), *Manuale*, cit., p. 24, 35 s.

⁴² Per il concetto di "principio", distinto da quello di "regola", v. gli autori citati nella nt. 24.

dei giudici comuni. Non va dimenticato che la Corte è, geneticamente, un organo volto alla protezione dei diritti fondamentali non in sé considerati, ma in funzione della realizzazione degli obiettivi dell'Unione⁴³. Un organo, dunque, che nel contesto della cooperazione giudiziaria potrebbe essere portato ad applicare una logica economicistica laddove dovrebbero prevalere considerazioni di ben altro tipo.

4.

Razionalizzare i principi probatori creati dalla direttiva: gli stabilizzatori dell'*equivalenza* e della *proporzionalità*.

Sono, del resto, gli stessi Trattati UE a richiedere un ragionevole bilanciamento tra gli obiettivi dell'Unione e i diritti fondamentali, evitando che gli uni o gli altri siano completamente azzerati.

Questa è, anzitutto, la finalità del principio di equivalenza, previsto dagli artt. 52.3 e 4 e 53 della Carta di Nizza. Ne deriva che il diritto UE dovrebbe in linea di massima garantire ai diritti fondamentali un livello di tutela non inferiore a quello che essi ricevono dagli altri ordinamenti con cui l'Unione si trova ad interagire: il sistema della CEDU⁴⁴, gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento internazionale.

Ma non deve sfuggire come questo principio rappresenti più un'aspirazione ideale che una soluzione sempre concretamente praticabile: sono ipotizzabili situazioni in cui l'equivalenza potrebbe essere realizzata solo al costo della vanificazione degli obiettivi dell'Unione.

Ciò spiega perché il principio di equivalenza trovi un correttivo nell'art. 52.1 della Carta di Nizza⁴⁵: quello del principio di proporzionalità, capace di fissare un ineludibile metodo di controllo della corretta attuazione dei diritti fondamentali anche nell'ambito del processo penale⁴⁶. Non è questa la sede per approfondirne il fondamento e le implicazioni. Qui è sufficiente osservare come l'art. 52.1 imponga di adottare un processo di razionalizzazione del bilanciamento tra i valori in gioco sintetizzabile in una triplice verifica:

- la limitazione del diritto fondamentale prevista da una norma UE persegue "finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione" o l'"esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui";
- esistono fattori di compensazione capaci di "rispettare il contenuto essenziale" del diritto fondamentale;
- la limitazione è strettamente "necessaria", non esistendo alternative meno invasive per il diritto fondamentale ugualmente capaci di assicurare l'obiettivo perseguito.

Solo rispettando rigorosamente queste condizioni il diritto dell'Unione potrebbe comprimere i diritti fondamentali, al limite anche arrivando a fissarne livelli di protezione inferiori a quelli stabiliti dalla CEDU, dalle Costituzioni nazionali o dal diritto internazionale.

5.

Bilanciamenti virtuosi e vuoti di proporzionalità della Corte di giustizia.

Alcune decisioni mostrano come la Corte di giustizia sia consapevole di queste fondamentali coordinate.

Si pensi alla sentenza *Digital Rights Ireland Ltd*, nella quale l'applicazione del controllo di proporzionalità ha portato la Corte a dichiarare l'invalidità della direttiva sulla conservazione

⁴³ Cfr. R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in ID. (a cura di), *Manuale*, cit., p. 65 s.

⁴⁴ Rispetto al quale è in corso un procedimento di adesione da parte della UE ai sensi dell'art. 6.2 TUE. Si veda il *final agreement* del 10 giugno 2013 sull'adesione (47+1(2013)008rev2). In dottrina cfr. S. ALLEGREZZA, *The Interaction between the ECJ and the ECtHR with Respect to the Protection of Procedural Safeguards after Lisbon: the Accession of the EU to the ECHR*, in C. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Oxford, 2013, p. 905 s., e P. GRAGL, *A Giant Leap for European Human Rights? The Final Agreement on the European Union's Accession to the European Convention on Human Rights*, in 51 *Comm. Mark. Law Rev.*, 2014, p. 13 s.

⁴⁵ V. anche gli artt. 5.1 e 5.4 TUE.

⁴⁶ Cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2014, p. 1 s. Sia consentito rinviare anche a M. DANIELE, *Testimony through a Live Link in the Perspective of the Right to Confront Witnesses*, in *Crim. Law Rev.*, 2014, p. 196 s.

dei dati di traffico⁴⁷ per violazione dei diritti al rispetto della vita privata, alla protezione dei dati a carattere personale e alla libertà di espressione (artt. 7, 8 e 11 Carta di Nizza)⁴⁸, finendo con il ribadire *standards* di tutela analoghi a quelli apprestati dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo nella decisione *Marper c. Regno Unito*⁴⁹.

Le stesse considerazioni valgono per le sentenze che hanno contraddistinto la vicenda *Kadi*, con le quali la Corte di giustizia ha chiarito che le Risoluzioni con cui il Consiglio di sicurezza dell'ONU inserisce le persone sospettate di terrorismo nelle c.d. *black lists*, con il conseguente congelamento dei beni ai sensi della normativa UE⁵⁰, devono realizzare una restrizione proporzionata del diritto di difesa e del diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 41.2 e 47 Carta di Nizza)⁵¹.

Nelle decisioni che riguardano più specificamente la cooperazione giudiziaria, per converso, la Corte di giustizia ha mostrato una spiccata sensibilità per gli obiettivi dell'Unione, spesso invocando la formula della tutela del "primato", dell'"unità" e dell'"effettività" del diritto UE. E non sempre essa ha adeguatamente giustificato le restrizioni dei diritti fondamentali che ne sono discese alla luce dei principi di equivalenza e di proporzionalità.

Questo è il difetto, in particolare, della sentenza *Melloni*⁵², la quale ha ritenuto compatibile con i diritti di difesa e all'equo processo (artt. 47 e 48.2 Carta di Nizza) l'art. 4 *bis* della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo⁵³. Vi si prevede che l'autorità di esecuzione non potrebbe rifiutare la consegna di una persona condannata in contumacia quando quest'ultima avesse conferito un mandato ad un difensore dal quale fosse stata rappresentata nel corso del giudizio. In questo caso la Corte ha ritenuto di non applicare il più elevato *standard* previsto dal sistema spagnolo, secondo cui la consegna avrebbe potuto essere disposta solo laddove al condannato *in absentia* fosse stata concessa un'ulteriore possibilità di impugnare la decisione⁵⁴.

La Corte di giustizia ha, così, privilegiato l'obiettivo dell'Unione della rapida consegna dei condannati al prezzo della rinuncia al più alto livello di protezione dei diritti fondamentali contemplato dall'ordinamento di esecuzione⁵⁵. Tale risultato è stato motivato essenzialmente sulla base di un duplice argomento⁵⁶: la presenza di una precisa disposizione UE come quella dell'art. 4 *bis* d.q. m.a.e., la quale rifletterebbe "il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire" ai diritti fondamentali in gioco; il fatto che l'art. 4 *bis* imporrebbe uno *standard* analogo a quello richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁵⁷.

Per quanto le conclusioni della sentenza *Melloni* possano risultare condivisibili⁵⁸, la Corte di giustizia non ha però pienamente giustificato la rinuncia al più elevato *standard* spagnolo

⁴⁷ Direttiva 2006/24/CE del 15 marzo 2006.

⁴⁸ Cfr. C. giust. U.E., 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e altri e Kärntner Landesregierung e altri*, C-293/12 e C-594/12, § 26 s., la quale ha rilevato come la direttiva consenta di conservare una massa illimitata di dati attinenti alla vita privata delle persone per un tempo irragionevole in lesione del criterio della stretta necessità, per la mancanza di norme che obblighino ad accertare che la conservazione dei dati è realmente indispensabile per la lotta alla criminalità.

⁴⁹ Cfr. Corte EDU, 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, § 66 s.

⁵⁰ Nella specie, il Reg. (CE) n. 881/2002 del 27 maggio 2002.

⁵¹ Cfr. C. giust. UE, 18 settembre 2013, *Commissione europea e altri c. Kadi*, C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, § 97 s. (c.d. *Kadi III*), nella quale la Corte afferma come l'omessa comunicazione delle ragioni dell'inclusione nella lista deve essere giustificata da specifici motivi, tra cui rileva l'insufficienza della comunicazione parziale delle medesime. V. anche Id., 3 settembre 2008, *Kadi e altro c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, C-402/05 P e C-415/05 P, § 278 s. (c.d. *Kadi II*).

⁵² Relativa alla consegna da parte della Spagna all'Italia di una persona condannata in contumacia per il reato di bancarotta fraudolenta.

⁵³ Decisione-quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 (d.q. m.a.e.). L'art. 4 *bis* è stato introdotto dall'art. 2 decisione-quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009.

⁵⁴ In questo senso le sentenze del Tribunal Constitucional spagnolo del 5 giugno 2006 (177/2006) e del 28 settembre 2009 (199/2009).

⁵⁵ Cfr. S. CIVELLO CONIGLIARO e S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria in materia penale e tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *Dir. pen. cont.*, 3 giugno 2013, p. 5 s.; T. EPIDENDIO, *Il caso Melloni: il nodo irrisolto del massimo standard di tutela dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2013, p. 453.

⁵⁶ Cfr. C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Melloni c. Ministerio Fiscal*, C-399/11, § 40 s.

⁵⁷ La quale afferma costantemente che il diritto dell'accusato di partecipare al processo, che costituisce un'espressione del diritto di difesa e all'equo processo *ex art.* 6 CEDU, non è inderogabile, ma può essere oggetto di una rinuncia anche implicita (un esempio della quale è proprio il conferimento di un mandato ad un difensore da parte del contumace): cfr., fra le molte, Corte EDU, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, § 84 s.

⁵⁸ Come rileva F. VIGANÒ, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'controlimiti': la Corte costituzionale spagnola si adegua, bon gré mal gré, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso Melloni*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014, uno Stato che accetti di prestare assistenza giudiziaria ad un altro Stato non può pretendere che quest'ultimo preveda un livello di tutela dei diritti fondamentali coinvolti perfettamente coincidente con il proprio. Cfr. anche C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2013, p. 11 s.; G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato di arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il 'caso Melloni'*, in *Dir. pen. cont.*, 7 giugno 2013, p. 12 s.

sulla scorta del principio di proporzionalità. La Corte non ha chiarito perchè l'attribuzione del mandato al difensore – ben diversa dalla partecipazione personale del condannato al giudizio – nel caso concreto era stata sufficiente ad assicurare l'esercizio del diritto di difesa e del diritto all'equo processo almeno nel loro nucleo essenziale, integrando un accettabile surrogato dell'impugnazione della sentenza da parte del condannato *in absentia*.

Ancora più grave la violazione del principio di proporzionalità da parte della sentenza *Radu*, con la quale la Corte di giustizia ha statuito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio dell'azione penale non potrebbe essere rifiutata per la sola ragione che il ricercato non sia stato preventivamente sentito dall'autorità di emissione. La previa audizione del ricercato – rileva la Corte – eliminerebbe l'effetto sorpresa dell'arresto e favorirebbe la fuga, vanificando l'obiettivo della rapida consegna. Sarebbero sufficienti a garantire il rispetto del diritto all'equo processo, del diritto di difesa e del diritto alla libertà personale (artt. 48.2 e 6 Carta di Nizza) gli artt. 14 e 19 d.q. m.a.e., i quali prevedono l'audizione del ricercato da parte dell'autorità di esecuzione in seguito all'arresto⁵⁹.

Si deve replicare che l'audizione in questione non salvaguarda il nucleo essenziale dei diritti del ricercato: essa risulta una garanzia incompleta, considerato che l'autorità di esecuzione non ha la possibilità di verificare la presenza dei requisiti fattuali che giustificano l'emissione del m.a.e.⁶⁰. Non la si potrebbe, dunque, ritenere capace di integrare l'effettivo controllo giurisdizionale sulla legittimità della restrizione del diritto alla libertà personale *ex art. 5 CEDU* richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶¹.

6.

Embrioni di *guidelines* per l'impiego degli o.e.i. nel rispetto dei diritti fondamentali.

Replicate nel contesto della raccolta transnazionale delle prove, simili *défaillances* nell'applicazione del principio di proporzionalità profilerebbero uno scenario inquietante: quello di una protezione dei diritti fondamentali più bassa della tutela che attualmente discende dalla normativa in vigore.

Si comprende, dunque, come sia della massima importanza che le autorità giudiziarie nazionali che saranno chiamate ad applicare la direttiva sull'o.e.i. osservino con estremo rigore gli artt. 52 e 53 Carta di Nizza. La direttiva sull'o.e.i. contiene lo strumento per raggiungere tale obiettivo: un controllo di proporzionalità frazionato tra le autorità di emissione e di esecuzione⁶², che si snoda attraverso le verifiche previste dai più sopra menzionati artt. 6.1, 1.4, 9.2, 11.1 f, 10.3⁶³ e 14.7 dir. o.e.i., e che consente di ovviare alle numerose lacune della direttiva in tema di garanzie difensive⁶⁴.

A questo riguardo potrebbe essere utile tentare di abbozzare alcune *guidelines* operative⁶⁵ per le situazioni in cui la raccolta transnazionale di una prova coinvolgesse l'Italia: criteri che

⁵⁹ C. Giust. UE, 29 gennaio 2013, *Radu*, C-396/11, § 38 s.

⁶⁰ Lo si evince dall'art. 8.1 c d.q. m.a.e., il quale prescrive che i mandati devono limitarsi a contenere "l'indicazione dell'esistenza" di un provvedimento di arresto emesso dall'autorità giudiziaria interessata alla consegna di una persona, senza recare una motivazione sull'esistenza dei fatti che legittimano l'arresto.

⁶¹ Cfr., fra le molte, Corte EDU, 3 ottobre 2006, *McKay c. Regno Unito*, § 35 s. Sulle lacune motivazionali della sentenza *Radu* cfr. S. CIVELLO CONIGLIARO e S. LO FORTE, *Cooperazione giudiziaria*, cit., p. 9 s.

⁶² Cfr. S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence*, cit., p. 59, 62 s.

⁶³ L'art. 10.3, nonostante il suo tenore letterale ("l'autorità di esecuzione può anche ricorrere ad un atto d'indagine diverso" da quello richiesto nell'ordine d'indagine "quando l'atto scelto dall'autorità di esecuzione assicuri lo stesso risultato" "con mezzi meno intrusivi"), in realtà pone non una mera facoltà (v. al riguardo le opportune osservazioni critiche di T. RAFARACI, *General Considerations*, cit., p. 41), ma un vero e proprio dovere, che discende dall'obbligo di rispettare i diritti fondamentali previsto dalla direttiva e, più in generale, dai Trattati.

⁶⁴ Segnalate, fra i molti, da R. BELFIORE, *Critical Remarks on the Proposal for a European Investigation Order and Some Considerations on the Issue of Mutual Admissibility of Evidence*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational evidence*, cit., p. 101 s.; L. CAMALDO, *The European Investigation Order*, in F. RUGGERI (a cura di), *Criminal Proceedings, Languages and the European Union*, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2014, p. 208; G. DE AMICIS, *Limiti e prospettive del mandato europeo di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2011, p. 37 s.; G. FIORELLI, *Nuovi orizzonti investigativi: l'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 714 s.; B. SCHÜNEMANN, *The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence*, cit., p. 31 s.

⁶⁵ In questo senso v. anche S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence*, cit., p. 61 s. Più in generale, per la necessità di costruire principi capaci di bilanciare in modo adeguato i valori in gioco nell'ambito della cooperazione internazionale v. S. GLESS, *Transnational Cooperation*, cit., p. 106 s.

devono essere ricavati da un'interazione tra le indicazioni della Costituzione, della CEDU⁶⁶ e della carta di Nizza da una parte⁶⁷, e le prescrizioni della direttiva e il diritto nazionale dall'altra.

Senza pretesa di completezza, in questa sede è opportuno limitare l'analisi alle operazioni di ricerca e formazione della prova che interferiscono con il diritto al confronto e con il diritto alla riservatezza.

6.1.

La tutela del diritto al confronto: la gerarchia delle modalità di esame dei dichiaranti.

Previsto dagli artt. 111.3 e 4 Cost. e dall'art. 6.3 d CEDU, il diritto dell'accusato di esaminare i testimoni a carico (il c.d. diritto al confronto) ha una funzione garantista ed epistemica allo stesso tempo: non solo consente alla difesa di contestare le prove dichiarative portate dall'accusa, aumentando le *chances* dell'accusato di ottenere una decisione favorevole; permette anche di raccogliere dichiarazioni più attendibili dal punto di vista cognitivo, in quanto dialetticamente testate⁶⁸.

Questa sua duplice natura spiega perché il diritto al confronto sia suscettibile di concretizzarsi in modi diversi. L'art. 111.4 Cost., nel prevedere il principio del "contraddittorio nella formazione della prova", lo declina in una versione forte, richiedendo l'impiego dell'esame incrociato: un metodo che, operando il criterio della *lex loci*, andrebbe applicato anche quando la richiesta di esaminare un dichiarante provenisse da un'autorità giudiziaria straniera.

L'art. 6.3 d CEDU, per converso, al pari dell'art. 111.3 Cost., si accontenta di uno *standard* inferiore: nelle parole della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'"occasione *adeguata* e *sufficiente*" per l'accusato di contestare una testimonianza a carico e di esaminarne l'autore "al momento della deposizione o in seguito". La violazione di tale prescrizione – aggiunge la Corte europea – determina un'attenuazione del peso conoscitivo delle dichiarazioni, le quali non potrebbero fondare "*unicamente* o in *misura determinante*" una sentenza di condanna⁶⁹.

Tale ambiguità di fondo del diritto al confronto si riflette sulla raccolta transnazionale delle prove dichiarative in base alla direttiva sull'o.e.i. Mancando un'esplicita precisazione al riguardo da parte della direttiva, quale *standard* di protezione del diritto al confronto dovrebbe essere attuato? L'art. 48.2 Carta di Nizza ha senz'altro accolto il diritto al confronto nella sua versione debole⁷⁰. Ma ciò significa che il diritto al confronto, nei casi in cui la raccolta transnazionale di una prova dichiarativa coinvolgesse l'Italia, non potrebbe mai entrare in gioco nella sua versione forte postulata dalla nostra Costituzione?

Gli artt. 52 e 53 Carta di Nizza offrono una risposta a tali quesiti: sarebbe consentito rinunciare all'equivalenza con il più alto *standard* italiano solo qualora fossero rispettate tutte le condizioni richieste dal principio di proporzionalità per una limitazione del diritto al confronto; vale a dire, a fronte dell'esigenza di efficienza nella raccolta transnazionale delle dichiarazioni⁷¹, la salvaguardia del nucleo essenziale del diritto e la stretta necessità della restrizione. Se ne può indurre una vera e propria gerarchia delle modalità di esame adottabili⁷², modulata in base alla capacità delle medesime di preservare il più possibile lo *standard* italiano.

La *golden rule* è rappresentata dall'esame incrociato fisico, da attuare in prima battuta mediante la comparizione del dichiarante in Italia adottando "ogni ragionevole sforzo" necessario

⁶⁶ Cfr. Corte EDU, 27 ottobre 2011, *Stojkovic c. Francia e Belgio*, § 55, la quale rileva che le autorità chiamate ad eseguire le richieste di assistenza giudiziaria provenienti da altri Stati non possono esimersi dal garantire l'osservanza delle regole del giusto processo (nella specie, il diritto ad essere assistito da un difensore in capo ad un imputato esaminato sulla responsabilità di altre persone).

⁶⁷ I soli criteri elaborati dalla Corte europea, in quanto espressione di un *minimum standard*, non sempre sarebbero sufficienti a tal fine: così, in generale, O. MAZZA, *Il garantismo al tempo del giusto processo*, Milano, 2011, p. 61 s.

⁶⁸ Cfr. N. GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 7 settembre 2011, p. 3 s.

⁶⁹ V. Corte EDU, 15 dicembre 2011, *Al Kharwa e Tahery c. Regno Unito*, § 118 s.

⁷⁰ Lo si ricava dalle Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02), p. 30 (che vanno tenute in conto ai sensi dell'art. 6.1 TUE), in base alle quali le garanzie previste dall'art. 48.2 corrispondono a quelle dell'art. 6.3 CEDU.

⁷¹ La quale rientra nell'obiettivo generale dell'Unione di garantire ai propri cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia (artt. 3.2 TUE e 67.1 TFUE).

⁷² In senso analogo v. L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*, in *9 Utrecht L. Rev.*, 2013, p. 143 s.

al riguardo⁷³.

La seconda modalità è quella dell'esame concelebrato *ex art.* 9.4 e 5 *dir. o.e.i.* nello Stato in cui si trova il dichiarante, possibilmente anche con la partecipazione del difensore⁷⁴: quest'ultima evenienza, sebbene non espressamente contemplata⁷⁵, non è nemmeno esclusa dalla direttiva, e quindi potrebbe costituire oggetto di una richiesta da parte dell'autorità giudiziaria italiana ai sensi dell'*art.* 9.2⁷⁶.

La terza modalità è quella dell'esame incrociato a distanza tramite videoconferenza e, in subordine, tramite teleconferenza prevista dagli *artt.* 24 e 25 *dir. o.e.i.*, condotto dall'autorità italiana in base al proprio diritto interno⁷⁷. È una forma di esame – soprattutto se svolta con un mero collegamento sonoro⁷⁸ – meno rispettosa del diritto al confronto, per la ragione che l'assenza di un'interazione fisica tra il dichiarante e le persone che lo esaminano potrebbe distorcere gli indicatori di veridicità della deposizione⁷⁹.

L'*extrema ratio* – considerato che comporta una dissociazione fra chi raccoglie le dichiarazioni e le parti del processo nazionale⁸⁰ – è quella dell'esame da parte della sola autorità giudiziaria di esecuzione (ossia la modalità usualmente praticata con le rogatorie), la quale dovrebbe essere un organo giurisdizionale⁸¹ o, comunque, in una posizione di imparzialità.

La scelta delle modalità più lesive del diritto al confronto dovrebbe essere giustificata dall'accertamento motivato sulla base delle circostanze concrete, in alternativa:

- dell'impossibilità oggettiva di adottare le modalità meno lesive⁸², come del resto discende pure dall'eccezione al contraddittorio prevista dall'*art.* 111.5 *Cost.*;
- del fatto che l'adozione delle modalità meno lesive allungherebbe in modo eccessivo i tempi della raccolta delle dichiarazioni e rischierebbe di pregiudicare le indagini, tenendo conto anche della gravità del reato e dell'importanza delle dichiarazioni ai fini dell'accertamento;
- del fatto che l'adozione delle modalità meno lesive per il diritto al confronto pregiudicherebbe altri diritti fondamentali⁸³.

L'esame da parte della sola autorità giudiziaria di esecuzione, inoltre, dovrebbe essere coniugato all'adozione di garanzie processuali capaci di assicurare il diritto al confronto almeno nel suo nucleo essenziale: si pensi alla videoregistrazione dell'esame, volta a conferire alla difesa maggiori possibilità di contestare la veridicità delle dichiarazioni⁸⁴, nonché al criterio della Corte europea dei diritti dell'uomo in base al quale la condanna non potrebbe fondarsi in misura esclusiva o determinante su dichiarazioni raccolte in violazione del diritto al confronto⁸⁵. Garanzie del genere, pur non specificamente previste dalla direttiva⁸⁶, rientrano nel più sopra menzionato obbligo generale di osservanza del diritto di difesa e del giusto processo

⁷³ Cfr. Corte EDU, 3 marzo 2011, *Zbukovskiy c. Ucraina*, § 43 s.

⁷⁴ Analogamente G. DARAIO, *La circolazione*, cit., p. 586 s.

⁷⁵ Cfr. A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario*, cit., p. 121; M.R. MARCHETTI, *Dalla convenzione di assistenza*, cit., p. 163.

⁷⁶ Cfr. Corte EDU, 14 dicembre 1999, *A.M. c. Italia*, § 26 s., la quale ha riscontrato una violazione del diritto al confronto in un caso in cui la mancata convocazione del difensore italiano all'esame di un dichiarante negli Stati Uniti – prevista dal trattato di mutua assistenza fra l'Italia e gli USA – non era stata motivata, e le dichiarazioni erano state la prova principale a sostegno della condanna.

⁷⁷ *Art.* 25.5 *c dir. o.e.i.*

⁷⁸ V. A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario*, cit., p. 122.

⁷⁹ Sia consentito rinviare a M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative*, Torino, 2012, p. 19 s. Senza inoltre trascurare che, in molte situazioni, la comparizione fisica del dichiarante nello Stato in cui si svolge il processo potrebbe essere economicamente meno onerosa dell'esame a distanza: cfr. J.R. SPENCER, *The Problems of Trans-border Evidence and European Initiatives to Resolve Them*, in G. GRASSO e R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 489 s.

⁸⁰ Cfr. M. MENNA, *Mandato di ricerca della prova e sistemi probatori*, in T. RAFARACI (a cura di), *La cooperazione di polizia*, cit., p. 171 s.

⁸¹ Cfr. S. MARCOLINI, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo tra vecchi e nuovi modelli: la difficile convivenza tra efficienza e tutela*, in G. GRASSO, L. PICOTTI e R. SICURELLA (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Milano, 2011, p. 546.

⁸² Si pensi all'impossibilità di movimento del dichiarante a causa di un'infermità fisica o di un'indisponibilità di mezzi di trasporto, oppure alla mancanza della tecnologia necessaria per effettuare l'esame a distanza. Cfr. Corte EDU, 3 marzo 2011, *Zbukovskiy*, cit., § 45 s.; Id., 17 novembre 2005, *Haas c. Germania*. In dottrina L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings*, cit., p. 137 s.

⁸³ Ad esempio l'integrità fisica o il benessere del dichiarante, qualora quest'ultimo potrebbe essere sottoposto a violenza o minaccia, oppure si trovasse in una situazione di vulnerabilità. In tale ultima evenienza le prescrizioni della direttiva sull'o.e.i. vanno integrate dalle prescrizioni rinvenibili negli *artt.* 17, 20 e 23 della direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012 sulla protezione della vittima.

⁸⁴ Cfr. L. BACHMAIER WINTER, *Transnational Criminal Proceedings*, cit., p. 138, 144 s.

⁸⁵ Da intendere in modo elastico, quale dovere – comunque imposto dalla logica induttiva che governa la ricostruzione dei fatti nel processo – di rinvenire una solida rete inferenziale a sostegno delle dichiarazioni.

⁸⁶ Così A. MANGIARACINA, *A New and Controversial Scenario*, cit., p. 124 s., in rapporto alla documentazione degli atti istruttori.

nella valutazione delle prove *ex art. 14.7 dir. o.e.i.*⁸⁷.

6.2.

La tutela del diritto alla riservatezza: le garanzie ineliminabili.

A differenza del diritto al confronto, il diritto alla riservatezza vede una convergenza fra lo *standard* nazionale (artt. 14 e 15 Cost.) e lo *standard* convenzionale (art. 8 CEDU) di tutela, ai quali deve pertanto tendenzialmente allinearsi anche lo *standard* UE *ex art. 7 Carta di Nizza*⁸⁸.

Ciò significa che anche nell'ambito della raccolta transnazionale delle prove la restrizione del diritto alla riservatezza deve trovare una previsione legislativa dotata di sufficiente precisione, ed in ogni caso avvenire nel rispetto delle condizioni imposte dal principio di proporzionalità, il quale trova un'esplicita statuizione anche nella clausola *ex art. 8.2. CEDU* della "necessità in una società democratica" dello scopo perseguito dal legislatore.

Di qui la possibilità di ovviare ad alcune lacune della direttiva, fissando le garanzie ineliminabili che le operazioni istruttorie che si pongono in tensione con il diritto alla riservatezza – in particolare le perquisizioni e i sequestri in luoghi privati e le intercettazioni di comunicazioni – devono osservare.

Una prima garanzia è di tipo giurisdizionale: la raccolta delle prove deve essere autorizzata o almeno sottoposta ad un controllo successivo da parte di un giudice indipendente⁸⁹.

Sotto questo profilo la direttiva non è sufficientemente netta⁹⁰. L'art. 2 *c* prevede che ad emettere un o.e.i. potrebbe essere non solo un giudice, ma anche un "magistrato inquirente o un pubblico ministero competente nel caso interessato". L'art. 2 *d*, dal canto suo, identifica l'autorità di esecuzione con l'autorità competente in base "alle procedure applicabili in un caso interno analogo"⁹¹: anche, pertanto, un pubblico ministero o addirittura un membro della polizia, laddove ciò fosse previsto dal diritto nazionale. Evidente la tensione con l'art. 7 Carta di Nizza, considerato che l'art. 2 *d* porterebbe ad eludere le garanzie giurisdizionali statuite dal nostro ordinamento – in particolare in rapporto alle intercettazioni⁹² – qualora le operazioni istruttorie venissero eseguite in sistemi che non richiedessero la supervisione di un giudice.

In secondo luogo, la raccolta delle prove tale da interferire con il diritto alla riservatezza non deve determinare abusi e non deve avvenire in modo arbitrario⁹³.

Ne deriva che le perquisizioni non possono che fondarsi sul ragionevole sospetto della presenza in un dato luogo di cose pertinenti al reato⁹⁴. Le intercettazioni, dal canto loro, devono possedere presupposti il più possibile precisi e dettagliati⁹⁵, come l'esistenza di indizi di reato e la necessità – e non la mera rilevanza, come invece sembra presupporre l'art. 30.4 dir. o.e.i.⁹⁶ – ai fini dello svolgimento delle indagini.

Tali requisiti, rappresentando un'implicazione del principio di proporzionalità, devono es-

⁸⁷ Di qui la possibilità per l'autorità giudiziaria di esecuzione di integrare le disposizioni della direttiva con le prescrizioni nazionali capaci di assicurare tali garanzie. Si pensi al nostro art. 134 c.p.p., il quale consente la documentazione tramite videoregistrazione se "assolutamente indispensabile": un requisito in linea di massima rinvenibile nella raccolta transnazionale delle prove, in cui la ricerca e la formazione degli atti istruttori non possono essere direttamente gestite e controllate dalle autorità giudiziarie dei processi in cui i medesimi verranno utilizzati. **Il criterio della Corte europea della misura esclusiva o determinante, dal canto suo**, trova una sostanziale convergenza con lo *standard* dell'oltre ogni ragionevole dubbio statuito dall'art. 533.1 c.p.p.: così P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, III ed., Bologna, 2012, p. 201 s. Nel senso, invece, della possibilità di ricavarlo da un'applicazione diretta dell'art. 111.3 Cost. v. O. MAZZA, *La procedura penale, in Europa e giustizia penale, spec. dir. pen. proc.*, 2011, p. 43, nonché R. DEL COCO, *L'utilizzabilità contra reum delle dichiarazioni rese in assenza di contraddittorio da persone residenti all'estero*, in Id. e E. PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale: problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed europea*, Bari, 2014, p. 81 s.

⁸⁸ Si vedano le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, cit., p. 20.

⁸⁹ Cfr. Corte EDU, 15 febbraio 2011, *Harju c. Finlandia*, § 39 s. e Id., 7 giugno 2007, *Smirnov c. Russia*, § 45, in rapporto alle perquisizioni; nonché Id., 18 maggio 2010, *Kennedy c. Regno Unito*, § 167, e Id., 14 settembre 2009, *Iordachi c. Moldavia*, § 40 s. in rapporto alle intercettazioni. Si tratta di una riserva di giurisdizione analoga a quella prescritta dagli artt. 14.2 e 15.2 Cost.

⁹⁰ Cfr. T. RAFARACI, *General Considerations*, cit., p. 39; B. SCHÜNEMANN, *The European Investigation Order*, cit., p. 32.

⁹¹ Aggiungendo che tali procedure "potrebbero comportare l'autorizzazione di un organo giurisdizionale nello Stato di esecuzione, ove previsto dal diritto nazionale".

⁹² Le quali, richieste dal pubblico ministero, di regola devono essere autorizzate dal giudice per le indagini preliminari (art. 267 c.p.p.).

⁹³ La medesima imposizione discende dall'obbligo di motivazione *ex artt. 14.2 e 15.2 Cost.*

⁹⁴ V. Corte EDU, 3 luglio 2012, *Robathin c. Austria*, § 44 s.

⁹⁵ Cfr. Corte EDU, 14 settembre 2009, *Iordachi*, cit., § 37 s. Di qui l'illegittimità della tecnica dell'instradamento, la quale comporta l'intercettazione indiscriminata di un numero indefinito di utenze e, quindi, una violazione del principio di proporzionalità.

⁹⁶ Il quale prevede che l'autorità di emissione deve indicare le ragioni per cui considera l'intercettazione "utile" al procedimento penale interessato.

sere oggetto di uno specifico controllo da parte dell'autorità di esecuzione anche se non sono espressamente previsti dalla direttiva⁹⁷.

Infine va garantito il controllo sulle operazioni istruttorie da parte della difesa, secondo quanto richiesto anche dall'art. 48 Carta di Nizza. Esso deve tradursi nella partecipazione attiva del difensore o, laddove questa non fosse possibile, nella possibilità di esperire adeguati mezzi di impugnazione⁹⁸.

Ciò significa che il controllo della difesa va realizzato perlomeno dopo lo svolgimento delle attività istruttorie⁹⁹, le quali dovrebbero essere integralmente documentate; solo così si realizzerebbe il contraddittorio posticipato imposto dalla clausola *ex art.* 14.7 dir. o.e.i. del rispetto del diritto di difesa e del giusto processo ai fini della valutazione delle prove.

6.3.

L'inutilizzabilità ex art. 729 c.p.p. rivitalizzata.

Qualora una prova venisse raccolta tramite un o.e.i. ed utilizzata in violazione dei principi di equivalenza e di proporzionalità, dopo il passaggio in giudicato della sentenza il condannato potrebbe rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di ottenere, ricorrendone i presupposti, una riapertura del processo. Ma è ipotizzabile anche un rimedio processuale preventivo, finalizzato all'estromissione della prova così ottenuta dalla piattaforma conoscitiva a sostegno della decisione di merito¹⁰⁰?

Al di là di una specifica prescrizione relativa alle intercettazioni rinvenibile nella stessa direttiva¹⁰¹, nel nostro sistema viene in gioco il divieto probatorio previsto dall'art. 729.1 c.p.p. in caso di violazione delle norme richiamate dall'art. 696.1 c.p.p., ossia le prescrizioni degli atti internazionali recepiti dall'Italia. Si è visto come esso, innestato nel tradizionale sistema delle rogatorie, abbia un ambito limitato: si tratta di un'inutilizzabilità che sorge in seguito all'inosservanza di atti che perlopiù prevedono il criterio della *lex loci*, svincolando così le autorità di esecuzione dall'obbligo di osservare tutte le regole probatorie italiane¹⁰². Ma è consentito attribuirgli uno spazio operativo anche nel contesto della disciplina dell'o.e.i.?

In generale le direttive, in quanto emesse sulla base dei Trattati dell'Unione – i quali rappresentano accordi multilaterali volti a disciplinare rapporti giuridici intercorrenti fra più Stati – possono farsi rientrare nella categoria delle “norme delle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato” a cui allude l'art. 696.1 c.p.p.

Si potrebbe obiettare che l'inutilizzabilità *ex art.* 729.1 c.p.p. attiene alle prove trasmesse o acquisite “a seguito di rogatoria”: una precisazione che, formalmente parlando, la escluderebbe dall'area applicativa dell'o.e.i. Ma non si deve dimenticare che le prescrizioni della direttiva sull'o.e.i. sono destinate a sostituire le corrispondenti previsioni degli atti normativi in tema di raccolta transnazionale delle prove attualmente in vigore¹⁰³. Lo scopo del divieto probatorio *ex art.* 696.1 c.p.p., dal canto suo, è di sanzionare l'inosservanza di tutte le regole valide per l'Italia in questa materia. Dunque il divieto va rapportato a qualsiasi strumento di ricerca e di formazione delle prove all'estero¹⁰⁴. Un'interpretazione strettamente letterale, in questo caso, vanificherebbe l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano.

La direttiva sull'o.e.i. ha, così, l'effetto di rivitalizzare l'inutilizzabilità prevista dall'art. 729.1 c.p.p.: quest'ultimo arriva a conferire al giudice del dibattimento il potere di dichiarare l'invalidità delle prove acquisite o trasmesse in violazione dei principi di equivalenza e di

⁹⁷ Gli artt. 30.5 e 31.3 dir. o.e.i. si limitano a prevedere un motivo di rifiuto qualora l'intercettazione non sarebbe ammessa dal diritto dello Stato di esecuzione in un caso interno analogo.

⁹⁸ Cfr. Corte EDU, 3 luglio 2012, *Robathin*, cit., § 50 s. per le perquisizioni, e Corte EDU, 14 settembre 2009, *Iordachi*, cit., § 39 s. per le intercettazioni.

⁹⁹ Cfr. S. MARCOLINI, *La circolazione della prova*, cit., p. 550 s.

¹⁰⁰ In questo senso, in una prospettiva *de iure condendo*, v. S. MARCOLINI, *La circolazione della prova*, cit., p. 553 s.

¹⁰¹ Si allude al divieto probatorio *ex art.* 31.3 *b* dir. o.e.i., il quale contempla la possibilità che il materiale intercettato non sia utilizzabile, o lo sia solo a certe condizioni, quando le intercettazioni non sarebbero ammissibili in un caso nazionale analogo in base al diritto interno dello Stato in cui si trova l'utenza da intercettare. Ma è evidente come si tratti di un divieto dalla portata ristretta, e comunque dal contenuto variabile a seconda dei presupposti legali delle intercettazioni dello Stato in questione.

¹⁰² Cfr. *supra*, § 2.

¹⁰³ Così l'art. 34.1 dir. o.e.i.

¹⁰⁴ Analogamente M.R. MARCHETTI, *Dalla convenzione di assistenza*, cit., p. 163, nt. 72, in riferimento all'inutilizzabilità *ex art.* 431.1 *f* c.p.p.

proporzionalità¹⁰⁵.

È un'inutilizzabilità di tipo discrezionale, diversa dai divieti probatori a struttura rigida normalmente previsti dal nostro sistema¹⁰⁶. Come tale, potrebbe causare errori e disparità di trattamento. Ma è un rischio inevitabile, se non si vuole azzerare il livello di tutela dei diritti fondamentali nel momento in cui, a causa della globalizzazione, il potere legislativo statale sta progressivamente cedendo le sue prerogative al potere giudiziario.

7.

Conclusioni.

Quale atteggiamento adottare nei confronti dei mutamenti di non poco conto che discendono dalla direttiva sull'ordine europeo di indagine penale?

È anzitutto ipotizzabile una reazione di chiusura finalizzata alla massima difesa della sovranità nazionale e delle regole probatorie interne, specie laddove queste ultime fossero ritenute capaci di tutelare i diritti fondamentali in modo efficace. Anche se vanta ottimi argomenti a suo sostegno, tuttavia, a lungo andare tale approccio rischia di diventare una battaglia di retroguardia. La marginalizzazione dei legislatori nazionali che deriva dalla direttiva e, più in generale, dal diritto dell'Unione non è l'imposizione unilaterale di un legislatore capriccioso: è la strada obbligata di un sistema sovranazionale che sta cercando di adattarsi alle profonde trasformazioni tecnologiche ed economiche generate dalla globalizzazione.

Ciò non significa che sia necessario accogliere entusiasticamente i poteri conferiti alla magistratura dalla direttiva, accettando in modo acritico qualsiasi impiego dell'o.e.i. a prescindere dalle sue ripercussioni per i diritti fondamentali.

In questo articolo si è cercato di prospettare una via intermedia: un attento monitoraggio caso per caso delle implementazioni della direttiva, ponendo le decisioni delle autorità giudiziarie chiamate a raccogliere e ad utilizzare le prove tramite l'o.e.i. sotto la lente dei principi di equivalenza e di proporzionalità. Qualunque restrizione dei diritti fondamentali imposta nel nome del primato, dell'unità e dell'effettività del diritto dell'Unione deve essere rigorosamente motivata sulla base delle peculiarità della situazione concreta. Se non appare più possibile rifiutare aprioristicamente il passaggio dalle regole legislative ai principi postulato dalla direttiva, è necessario però minimizzarne i difetti di assestamento, senza mai dimenticare quali sono i valori in gioco nel processo penale.

¹⁰⁵ Lo stesso risultato ermeneutico può essere raggiunto in relazione al divieto probatorio previsto dall'art. 729.1 *bis* c.p.p., il quale, in presenza di un accordo internazionale che lo consenta, sanziona l'inosservanza da parte dell'autorità straniera delle modalità istruttorie specificamente indicate dall'autorità giudiziaria italiana: si veda l'art. 727.5 *bis* c.p.p., a cui l'art. 729.1 *bis* rinvia. Questo è, per l'appunto, il caso dell'art. 9.2 dir. o.e.i., che come si è detto obbliga l'autorità di esecuzione ad attenersi a tali modalità salvo che contrastino con i principi fondamentali del proprio diritto, da intendere alla luce dei parametri dell'equivalenza e della proporzionalità.

¹⁰⁶ Su tale differenza ci si permette di rinviare a M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, p. 37 s.

DALLA CORTE DI GIUSTIZIA IMPORTANTI INDICAZIONI ESEGETICHE IN RELAZIONE ALLE PRIME DUE DIRETTIVE SUI DIRITTI DELL'IMPUTATO

Nota a Corte di giustizia UE, sent. 15 ottobre 2015, causa C-216/14, Covaci

Mitja Gialuz

ABSTRACT

L'Autore presenta la prima pronuncia della Corte di giustizia sulle cosiddette direttive di Stoccolma. Dopo aver ripercorso le argomentazioni spese dall'avvocato generale, vengono analizzati i principi di diritto accolti dal giudice del Lussemburgo. Si tratta di una decisione che, pur con cautela, valorizza la portata normativa delle direttive sull'interpretazione e sulla traduzione e sul diritto all'informazione nel processo penale.

SOMMARIO

1. Il caso che ha originato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 2. Le conclusioni originali dell'Avvocato generale. – 3. L'approccio prudente della Corte sulla traduzione degli atti dell'imputato. – 4. La lettura dell'art. 3 par. 3 della direttiva 2010/64 come clausola di chiusura del sistema. – 5. Le conseguenze nell'ordinamento italiano. – 6. La conclusione della Corte sul diritto all'informazione dell'accusato.

1.

Il caso che ha originato il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

La sentenza in esame rappresenta la prima pronuncia della Corte di giustizia sulle *direttive emesse dal legislatore europeo a tutela dei diritti dell'imputato* nel procedimento penale, ossia la *direttiva 2010/64/UE*, relativa al diritto all'assistenza linguistica¹ e la *direttiva 2012/13/UE*, sul diritto all'informazione dell'imputato².

Il caso di specie aveva avuto origine da un controllo di polizia effettuato sul territorio della Repubblica federale di Germania, durante il quale veniva accertato che il sig. Covaci, cittadino rumeno, era alla guida di un veicolo senza un valido contratto di assicurazione obbligatoria per la responsabilità civile e che il certificato di assicurazione (carta verde) esibito era falsificato. L'indagato veniva successivamente ascoltato su tali fatti dalla polizia, con l'assistenza di un interprete. Non avendo un domicilio o una residenza abituale nel territorio tedesco, egli rilasciava una procura a ricevere notifiche, in lingua rumena, a favore di tre funzionari dell'*Amtsgericht Laufen* (tribunale distrettuale di Laufen, Germania). Tale procura precisava che tutti gli atti giudiziari sarebbero stati notificati ai domiciliatari indicati e che i termini di ricorso avrebbero iniziato a decorrere dalla notifica ai medesimi. All'esito delle indagini, il pubblico ministero competente richiedeva al tribunale l'emanazione di un *decreto penale di condanna* nei confronti dell'indagato per tutti i reati commessi, ai fini dell'inflizione di una pena pecuniaria: chiedeva inoltre che la notifica del decreto all'imputato avvenisse tramite i suoi domiciliatari e che la proposizione di un eventuale ricorso avverso il decreto fosse redatto in lingua tedesca.

L'*Amtsgericht Laufen*, investito della richiesta di emissione del decreto penale di condanna, si è interrogato sulla compatibilità della richiesta della pubblica accusa con le direttive 2010/64 e 2012/13. Da una parte, il giudice del rinvio si è chiesto se l'obbligo di presentare

¹ Su tale direttiva, cfr., in particolare, C. AMALFITANO, *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, 83; C. ARANGÜENA FANEGO, *El derecho a la interpretación y a la traducción en los procesos penales. Comentario a la directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, 20 de octubre de 2010*, in *Revista General de Derecho Europeo* 2011, 24; C. ARANGÜENA FANEGO, *Nuevas directivas sobre derechos procesales de sospechosos e imputados en el proceso penal*, in *Cooperación judicial civil y penal en el nuevo escenario de Lisboa*, Granada 2011, 269; A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea, Manuale di procedura penale europea*, 2ª ed., Milano, 2014, 138; M. BARGIS, *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla Direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela fra teoria e prassi*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano, 2013, 96; V. BAZZOCCHI, *L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini, 2013, 170; P. BEAUVAIS, *Droit pénal de l'Union européenne*, in *RTDE* 2011, 642; G. BIONDI, *La tutela processuale dell'imputato all'oblio alla luce della direttiva 2010/64/UE*, in *CP* 2011, 2422; S. CRAS – L. DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings. Genesis and Description*, in *EUCRIM*, 2010, n. 4, 153; S. DADJIO, *La direttiva 2010/64/UE*, in *Arch. Pen.*, 2014, p. 26; M. GIALUZ, *Novità sovranazionali*, in *Proc. pen. giust.*, 2011 (2), 9; ID., *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, 1193; ID., *La lingua come diritto: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nel processo penale*, in *Processo penale, lingua e Unione Europea*, a cura di F. Ruggeri, T. Rafaraci, G. Di Paolo, S. Marcolini, R. Belfiore, Padova, 2013, p. 227; A. GUIDO, *Incontro di studio sulla Direttiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione nei procedimenti penali*, in www.corteappello.genova.it; A. IERMANO, *Verso comuni regole processuali europee: il diritto alla traduzione e all'interpretazione nei procedimenti penali*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011 (2), 335; I. IZZO, *Spazio europeo di giustizia e cooperazione giudiziaria*, in "Spazio europeo di giustizia" e *procedimento penale italiano*, a cura di L. Kalb, Torino 2012, 313 ss.; L. KALB, *Il rafforzamento del diritto e gli effetti nell'ordinamento italiano*, ivi, 344 ss.; L. KATSCHINKA, *The impact of Directive 2010/64/EU on the right to interpretation and translation in criminal proceedings*, in *Traduzione e interpretazione per la società e le istituzioni*, a cura di C. Falbo e M. Viezzi, Trieste 2014, 105; R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, Milano, 2014, 95; S. MONJEAN-DECAUDIN, *L'Union européenne consacre le droit à l'assistance linguistique dans les procédures pénales. Commentaire de la directive relative aux droits à l'interprétation et à la traduction dans les procédures pénales*, in *RTDE* 2011, 763; T. RAFARACI, *The Rights of Defence in EU Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A study in memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg, 2013, 336; F. ROMOLI, *La direttiva 64/2010 sul diritto all'interprete e l'ordinamento italiano: prospettive su una zona d'ombra del diritto alla difesa*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, 32; P. TROISI, *L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 109 ss.; R. VOGLER, *Lost in Translation: Language Rights for Defendants in European Criminal Proceedings*, in *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, a cura di S. Ruggeri, Heidelberg, 2015, 95.

² Con riguardo a tale direttiva, v., senza pretesa di completezza, A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, cit., 127; G.L. CANDITO, *The Influence of the Directive 2012/13/EU on the Italian System of Protection of the Right to Information in Criminal Procedures*, in *Human Rights in European Criminal Law*, cit., 231; S. CIAMPI, *LA DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO SUL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE NEI PROCEDIMENTI PENALI*, in *Dir. pen. Cont.*, 27 giugno 2012; ID., *Letter of Rights e Full Disclosure nella direttiva europea sul diritto all'informazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 21; ID., *DIRITTO ALL'INFORMAZIONE NEI PROCEDIMENTI PENALI: IL RECEPIMENTO LOW PROFILE DELLA DIRETTIVA 2012/13/UE DA PARTE DEL D.LGS. 1° LUGLIO 2014 N. 101*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2014; S. CRAS – L. DE MATTEIS, *The Directive on the Right to Information. Genesis and Short Description*, in *EUCRIM*, 2013, n. 1, 22; C. GRANDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 678 s.; R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., 95; R. PUGLISI, *Le nuove garanzie informative nel procedimento cautelare*, in *Misure cautelari ad personam in un triennio di riforme*, a cura di A. Diddi e R.M. Geraci, Torino, 2015, 207; S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in *Human Rights in European Criminal Law*, cit., 81.

ricorso in lingua tedesca avverso il decreto penale di condanna, derivante dall'articolo 184 della legge sull'ordinamento giudiziario (Gerichtsverfassungsgesetz: il «GVG»), sia conforme alle disposizioni della direttiva 2010/64, che prevede un'assistenza linguistica gratuita a favore degli imputati in procedimenti penali. Dall'altra parte, il medesimo giudice ha dubitato della compatibilità della procedura di notifica del decreto penale di condanna tramite un domiciliatario, seguita da un invio per posta ordinaria, con la direttiva 2012/13, e in particolare con il diritto all'informazione sull'accusa.

Il tribunale ha pertanto deciso di sospendere il procedimento di emissione del decreto penale di condanna e di sottoporre alla Corte due differenti questioni pregiudiziali:

«1) Se gli articoli 1, paragrafo 2, e 2, paragrafi 1 e 8, della direttiva 2010/64 (...) debbano essere interpretati nel senso che ostino all'applicazione di un provvedimento giudiziale che consenta all'imputato, in applicazione dell'articolo 184 [del GVG], di presentare validamente ricorso soltanto nella lingua processuale, nella specie il tedesco.

2) Se gli articoli 2, 3, paragrafo 1, lettera c), e 6, paragrafi 1 e 3, della direttiva 2012/13 (...) debbano essere interpretati nel senso che ostino a che venga disposta la nomina di un domiciliatario di un imputato qualora il termine per la presentazione di rimedi giuridici inizi a decorrere già con la notifica al domiciliatario restando, in definitiva, irrilevante se l'imputato abbia o meno avuto conoscenza dell'accusa».

2.

Le conclusioni originali dell'Avvocato generale.

Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Yves Bot auspicava un'interpretazione non riduttiva delle norme delle direttive n. 64 e 13: si tratta di un *nucleo imperativo di norme inderogabili* che vanno rispettate – a pena di invalidità – dai sistemi nazionali e che vanno intese nel senso di attribuire loro un pieno effetto utile, poiché una siffatta interpretazione rafforzerà allo stesso tempo la fiducia reciproca e, di conseguenza, faciliterà l'attuazione del riconoscimento reciproco.

Con riguardo alla *prima questione*, l'Avvocato generale la riformulava nel senso di chiedersi se la garanzia dell'assistenza linguistica trovi applicazione nell'ambito della proposizione di un ricorso: in particolare, «si tratta di determinare se il costo dell'intervento di un traduttore o di un interprete in tale ambito debba essere a carico della difesa, obbligandola a depositare un ricorso in lingua tedesca, o della parte procedente, autorizzando la difesa a presentare un ricorso in una lingua diversa da quella del procedimento» (par. 44).

Ciò premesso, l'Avvocato generale prospettava un'interpretazione molto originale in forza della quale non dovrebbe trovare applicazione la norma dell'art. 3, destinata ad assicurare soltanto la traduzione dalla lingua del procedimento alla lingua compresa dall'imputato degli atti emessi dall'autorità e destinati all'imputato, ma l'art. 2, volto ad assicurare il diritto all'interpretazione. Secondo tale impostazione, la norma in parola sarebbe l'unica applicabile sia per quanto riguarda le dichiarazioni o gli atti destinati alla difesa, sia per quanto riguarda le dichiarazioni o gli atti emessi dalla difesa e destinati alle autorità giudiziarie competenti. Ed essa non garantirebbe – come si tende comunemente a ritenere – l'assistenza linguistica soltanto nelle comunicazioni orali, ma in presenza di qualsiasi atto comunicativo (par. 64): «quando l'imputato non è in grado di esprimersi nella lingua del procedimento, ha pertanto diritto alle prestazioni di un interprete affinché le parole espresse in una lingua che egli padroneggia, oralmente, per iscritto o eventualmente con il linguaggio dei segni, se è affetto da disturbi dell'udito o del linguaggio, siano tradotte nella lingua del procedimento» (par. 61).

In quest'ottica, l'imputato che non padroneggi la lingua del procedimento deve poter proporre un ricorso avverso una sentenza penale in una lingua che conosce e beneficiare dell'assistenza di un interprete al fine di tradurre tale ricorso nella lingua del procedimento.

Con riguardo all'opposizione a decreto penale, poi, l'Avvocato generale precisa come l'assistenza di un interprete nell'ambito dell'opposizione presentata avverso un decreto penale di condanna possa assumere sia la forma orale, sia la forma scritta. Infatti, ai sensi dell'articolo 410, paragrafo 1, della StPO, l'opposizione al decreto penale di condanna può essere proposta per iscritto o con dichiarazione verbalizzata dal cancelliere del tribunale che ha emesso il decreto. Se, dunque, l'assistenza di un interprete è garantita nell'ambito di un ricorso proposto oralmente presso la cancelleria del tribunale competente, essa deve essere ugualmente garan-

tita quando il ricorso è presentato per iscritto.

Peraltro, l'affermazione del diritto all'assistenza linguistica in sede di proposizione di un ricorso prescinde dalla specificità del procedimento per decreto: l'Avvocato generale respinge infatti la tesi – proposta dalla Commissione nelle osservazioni scritte – secondo la quale sarebbe l'assenza di udienza a privare la difesa della possibilità di esercitare il proprio diritto all'interpretazione e a richiedere l'assistenza linguistica nella fase della proposizione del ricorso.

Con riguardo alla seconda questione, l'Avvocato generale prende le mosse dalla considerazione che l'obbligo di fornire informazioni dettagliate sull'accusa, previsto dall'art. 6, par. 3, della direttiva 2012/13 si estende sicuramente alla situazione in cui viene emesso un decreto penale di condanna nei confronti di un imputato e quest'ultimo può proporre un'opposizione avverso tale decreto, facendo sì che il merito dell'accusa sia sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria.

La direttiva non si occupa peraltro delle modalità di notifica degli atti che intervengono nel procedimento penale (par. 105): dunque, non si può ritenere a priori contrario al dettato eurounitario il meccanismo che si basa sulla notifica al domiciliatario nel caso di persone non residenti nel territorio dello Stato. Ciò che rileva è che le *modalità prescelte non pregiudichino il diritto all'informazione sull'accusa e, più in particolare, il diritto di proporre ricorso*.

Sotto questo profilo, quel che conta è che l'imputato possa disporre di un termine effettivo di due settimane per la proposizione del ricorso. Pertanto, secondo l'Avvocato generale, quel che rileva è che il termine per proporre l'opposizione decorra dall'effettiva conoscenza da parte dell'imputato del decreto e non dalla notifica effettuata a favore del domiciliatario.

3.

L'approccio prudente della Corte sulla traduzione degli atti dell'imputato.

Con riferimento al diritto all'assistenza linguistica, la Corte di giustizia non ha accolto la tesi dell'Avvocato generale. Pur ribadendo che, ai fini dell'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione, si deve tenere conto *non soltanto del suo tenore letterale*, ma anche del suo contesto e degli *obiettivi perseguiti dalla normativa* di cui essa fa parte³, la Corte nega alla radice la possibilità di applicare l'art. 2 della direttiva 2010/64: essa ribadisce l'impostazione tradizionale secondo la quale tale norma si riferisce esclusivamente all'interpretazione orale di enunciati orali. Non a caso, la disposizione fa riferimento a situazioni che danno luogo a comunicazioni orali, quali gli interrogatori di polizia, tutte le udienze, comprese le necessarie udienze preliminari e gli atti preparatori, nonché le comunicazioni con il rispettivo difensore, direttamente correlate a qualsiasi interrogatorio o audizione durante il procedimento o alla presentazione di un ricorso o di un'altra istanza procedurale.

Per altro verso, la Corte esclude in linea di massima anche che possa trovare applicazione nel caso di specie l'articolo 3, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2010/64, che si riferisce esclusivamente alla traduzione scritta nella lingua compresa dalla persona interessata di *determinati documenti redatti nella lingua del procedimento da parte delle autorità competenti* (par. 44).

La Corte non si ferma al dato letterale e alla sistematica della direttiva, che separa l'interpretazione (intesa come trasposizione orale di testi orali) e la traduzione (concepita come trasposizione scritta od orale di testi scritti); essa valuta anche gli effetti della lettura proposta dal ricorrente e dal governo tedesco: secondo i giudici di Lussemburgo, pretendere che gli Stati membri «si facciano carico sistematicamente della traduzione di tutti i ricorsi proposti dalle persone interessate avverso un provvedimento giudiziario emesso nei loro confronti eccederebbe gli obiettivi perseguiti dalla stessa direttiva 2010/64» (par. 38).

Peraltro, per suffragare tale conclusione, viene richiamata quella *giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, che ha sempre ribadito come il rispetto dei requisiti relativi al processo equo garantisca che l'accusato sia a conoscenza degli addebiti contestatigli e possa difendersi, senza che sia necessaria la traduzione scritta di tutte le prove documentali o di tutti i documenti ufficiali contenuti nel fascicolo⁴.

³ Corte giust., 21 maggio 2015, C65/14, punto 43; Corte giust., 20 novembre 2014, C40/14, punto 27; Corte giust., 4 maggio 2010, C533/08, punto 44.

⁴ Corte e.d.u., 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, § 74.

Dopo aver accolto una posizione restrittiva, però, la Corte lascia aperto più di qualche spiraglio: da un lato, ricorda che «la direttiva 2010/64 si limita a stabilire norme minime lasciando gli Stati membri liberi, così come precisato al considerando 32, di ampliare i diritti previsti da tale direttiva al fine di assicurare un livello di tutela più elevato anche in fattispecie non espressamente contemplate da detta direttiva» (par. 48); dall'altro, rileva che l'art. 3, par. 3, della direttiva n. 64 consente espressamente alle autorità competenti di decidere, caso per caso, se un documento diverso da quelli enucleati dallo stesso art. 3, par. 1 e 2, debba reputarsi fondamentale e quindi vada tradotto.

Viene pertanto individuata una norma che attribuisce all'autorità procedente la facoltà di valutare, «alla luce del procedimento di cui trattasi e delle circostanze del caso di specie», *se l'opposizione al decreto penale costituisca un documento fondamentale, che va dunque tradotto a spese dello Stato* (par. 51).

In definitiva, la Corte ritiene dunque che la direttiva 2010/64 lasci alle autorità degli Stati membri la definizione dell'obbligo di traduzione, sulla base di una valutazione che tenga conto delle peculiarità del caso concreto.

4.

La lettura dell'art. 3 par. 3 della direttiva 2010/64 come clausola di chiusura del sistema.

Come si può notare, con la pronuncia in commento la Corte sembra aver voluto mantenere una *certa cautela*.

Non v'è dubbio che la posizione espressa dall'Avvocato generale appariva più coerente con le finalità della direttiva n. 64, enucleate nel considerando n. 17, in forza del quale essa «dovrebbe assicurare un'assistenza linguistica adeguata e gratuita, consentendo a indagati o imputati che non parlano o non comprendono la lingua del procedimento penale di *esercitare appieno i loro diritti della difesa* e tutelare l'equità del procedimento [corsivo nostro]». Per di più, il richiamo alla giurisprudenza di Strasburgo – effettuato dalla Corte di giustizia per giustificare la propria posizione più prudente – appare decisamente improprio: la direttiva n. 64, infatti, sia sul versante dell'interpretazione (si pensi all'estensione dell'assistenza linguistica ai colloqui con il difensore), sia su quello della traduzione, sembra andare ben oltre agli standard di Strasburgo.

Facendo leva sull'unicità del diritto all'assistenza linguistica, la Corte avrebbe potuto basarsi proprio su quella norma dell'art. 2, par. 2, che garantisce il diritto all'interpretazione per le comunicazioni tra indagati o imputati e il loro avvocato, direttamente correlate «alla presentazione di un ricorso». Al contrario, valorizzando il riferimento all'*interpretazione* e alle *comunicazioni* tra imputato e difensore, la Corte ha accolto invece l'impostazione restrittiva secondo la quale la norma garantirebbe un'assistenza soltanto preventiva e orale, che non può arrivare sino ad assicurare all'alloggiato la trasposizione scritta dell'istanza.

Ora, non c'è dubbio che la norma sia stata molto dibattuta a livello preparatorio; sicuramente il legislatore europeo non voleva giungere ad affermare esplicitamente l'assistenza gratuita per la traduzione di *ogni* ricorso da parte dell'imputato. Tuttavia, tenuto conto delle peculiarità dell'opposizione a decreto penale (sottolineate peraltro dalla Commissione europea), la Corte avrebbe potuto spingersi sino a estendere direttamente la garanzia dell'assistenza linguistica basandosi sull'art. 2, par. 2.

Ha preferito invece rimettere la questione all'autorità procedente, facendo leva sulla clausola dell'art. 3, par. 3, che consentirebbe «di decidere, caso per caso, se un documento diverso da quelli contemplati dall'articolo 3, paragrafi 1 e 2, di tale direttiva sia fondamentale, ai sensi di tale disposizione».

È proprio questo il passaggio più significativo della pronuncia: a meno di non voler privare tale brano di qualsiasi rilievo, bisogna prendere atto che esso porta con sé un'affermazione implicita tutt'altro che scontata. Secondo l'impostazione più comune, siccome i documenti *fondamentali* espressamente contemplati nel par. 2 sono soltanto quelli che promanano dall'autorità e hanno come destinatario l'imputato, si è generalmente ritenuto che i documenti diversi ai quali allude il par. 3 possano essere considerati fondamentali solo quando siano della stessa specie: pertanto, la loro traduzione è stata sempre giustificata in chiave di garanzia della co-

noscenza dell'accusa.

Ebbene, la Corte smentisce alla radice questa interpretazione restrittiva dell'art. 3, par. 3: tale disposizione non serve semplicemente a estendere, sulla base delle specificità del caso, l'elenco dei documenti contenuto nel par. 2, ossia dei documenti che vanno tradotti per assicurare la *conoscenza dell'accusa a fini difensivi*; si tratta invece di una vera e propria clausola di chiusura in forza della quale *devono potersi ritenere fondamentali* – e quindi tradotti a spese dello Stato – anche *gli atti elaborati dall'imputato in lingua straniera e indirizzati all'autorità, purché essenziali per l'esercizio del diritto di difesa e per la tutela dell'equità del procedimento*.

In base a tale impostazione, evidentemente, gli Stati membri dovrebbero prevedere una sorta di norma di chiusura in materia di traduzione, che consenta all'autorità di disporre la traduzione a spese dello Stato anche di atti dell'imputato.

5.

Le conseguenze nell'ordinamento italiano.

Con specifico riguardo all'ordinamento italiano, a seguito della riforma dell'assistenza linguistica non vi era una norma di chiusura nell'art. 143 c.p.p. del tenore di quella indicata dalla Corte. La disposizione volta a dare attuazione all'art. 3 par. 3 della direttiva – ossia il terzo comma dell'art. 143 c.p.p., come novellato dall'art. 1 del d.lgs. 4 marzo 2014, n. 32⁵ – stabilisce infatti che «la traduzione gratuita di altri atti o anche solo di parte di essi, ritenuti essenziali per consentire all'imputato di conoscere le accuse a suo carico, può essere disposta dal giudice, anche su richiesta di parte, con atto motivato, impugnabile unitamente alla sentenza [corsivo nostro]». Come si può notare, non si tratta affatto di una norma di chiusura del sistema, ma di una regola che mira semplicemente a superare il rigore della tassatività dell'elenco contenuto nel comma 2 dell'art. 143 c.p.p.

Peraltro, va notato come una tale clausola di chiusura esistesse nel testo dell'art. 143, comma 2, c.p.p. anteriore alla novella: vi si prevedeva infatti la nomina di «un interprete quando occorre tradurre uno scritto in lingua straniera». La riforma del 2014 ha cancellato quel passaggio e ha dato attuazione restrittiva al par. 3 della direttiva 2010/64, escludendo la traduzione in italiano di atti processuali redatti dall'imputato in lingua straniera. Prima della recente riforma introdotta con il d.lgs. 212 del 2015⁶, l'unica norma utile per garantire la piena conformità del nostro ordinamento al precetto avrebbe potuto essere quella dell'art. 242 c.p.p. È ben vero che si tratta di norma che si riferisce espressamente – tanto nella rubrica, quanto nel testo – alla traduzione del «documento redatto in lingua diversa da quella italiana». Nondimeno, al fine di dare attuazione alla pronuncia della Corte di giustizia, si sarebbe potuto probabilmente andare oltre al dato letterale.

Peraltro, va segnalato che, con il decreto legislativo che ha dato attuazione alla direttiva 2012/29/UE, il panorama è radicalmente mutato. Il legislatore ha infatti inserito una clausola generale analoga a quella contenuta nel vecchio art. 143 comma 2 c.p.p. nel nuovo art. 143-bis c.p.p.: in forza di tale disposizione «l'autorità procedente nomina un interprete quando occorre tradurre uno scritto in lingua straniera».

In conclusione, l'auspicio è che la giurisprudenza italiana, proprio in forza di un'interpretazione di tale precetto conforme alla direttiva 2010/64, come intesa dalla Corte di giustizia nel-

⁵ Sulle novità introdotte dal d.lgs. 4 marzo 2014 n. 32, si leggano M. ANTINUCCI, *L'attuazione della direttiva europea sul diritto alla traduzione: verso la tutela sostanziale del diritto alla difesa effettiva*, in *Arch. Pen.*, 1/2014, p. 1; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Dagli interrogatori con la polizia alla fase della difesa l'assistenza dell'interprete segue l'iter procedurale*, in *Guida dir.*, 2014, n. 16, p. 59; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Atti fondamentali scritti nella lingua dell'imputato*, in *Guida dir.*, 2014, n. 16, p. 64; G. CECANESE, *Rilievi minimi su persistenti dubbi interpretativi in tema di traduzione degli atti*, in *Arch. Pen.*, 2014, n. 3, p. 3; D. CHINNICI, *Diritto dell'imputato all'interprete e alla traduzione degli atti*, in www.treccani.it, 2015; A. COCOMELLO – F. COSTANTINI, *Interpretazione-traduzione degli atti del procedimento*, in *Rassegna della giurisprudenza penale della Corte di Cassazione – ufficio del Massimario*, 2014, p. 304; D. CURTOTTI NAPPI, *La normativa in tema di assistenza linguistica tra direttiva europea e nuove prassi applicative*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2014, p. 115; M. GIALUZ, *La riforma dell'assistenza linguistica: novità e difetti del nuovo assetto codicistico*, in *Leg. Pen.*, 3/2014, p. 185; ID., *Il d.lgs. n. 32 del 2014: le modifiche in tema di interprete nel processo penale*, in *Le nuove norme sulla giustizia penale*, a cura di C. Conti, A. Marandola e G. Varraso, Padova, 2014, 439; S. RECCHIONE, *L'impatto della direttiva 2010/64/UE SULLA GIURISDIZIONE PENALE: PROBLEMI, PERCORSI INTERPRETATIVI, PROSPETTIVE*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2014, p. 1.

⁶ Su tale manovra legislativa, cfr. M. CAGOSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in *questa Rivista*, 16 gennaio 2016; D. FERRANTI, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, *ivi*, 29 gennaio 2016.

la sentenza Covaci, possa garantire anzitutto la traduzione dell'eventuale opposizione a decreto penale presentata in lingua straniera dall'imputato alloglotto. Non si vede, infatti, come si possa mettere in dubbio che tale atto è fondamentale per garantire all'imputato di esercitare i suoi diritti della difesa e per tutelare l'equità del procedimento (art. 3, par. 1, direttiva 2010/64). Di più: si tratta dell'atto su cui si regge la stessa legittimità costituzionale del rito.

Ma non ci si può accontentare di questo. La forza espansiva del diritto alla traduzione dovrà – in forza della stessa impostazione esegetica – estendersi anche all'atto di impugnazione, con il definitivo superamento di quel discutibile orientamento giurisprudenziale di chiusura accolto dalle Sezioni Unite in una sentenza del 2008⁷. In fondo, in una recente e nota pronuncia, il massimo consesso della Cassazione ha riconosciuto l'esistenza di un *favor* per la traduzione di documenti ritenuti fondamentali⁸: in quel caso si trattava di documenti in senso stretto la cui comprensione era indispensabile per l'esercizio dei diritti difensivi, ma il principio dovrebbe estendersi – proprio in forza del *decisum* della Corte di giustizia – anche agli atti processuali provenienti dall'imputato alloglotto.

6. La conclusione della Corte sul diritto all'informazione dell'accusato.

In ordine alla questione relativa all'interpretazione dell'*art. 6 della direttiva n. 13 del 2012*, che riconosce all'imputato il diritto a essere informato sull'accusa, la Corte sembra riprendere sostanzialmente le conclusioni dell'Avvocato generale.

Anzitutto, la Corte si interroga se la situazione relativa alla notifica del decreto penale di condanna rientri nell'ambito di applicazione di tale disposizione. La risposta affermativa discende dalla norma dell'art. 2, che stabilisce che questa si applica dal momento in cui la persona sia posta a conoscenza, dalle autorità competenti di uno Stato membro, di essere indagata o imputata per un reato, fino alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla decisione definitiva; orbene, posto che il decreto penale di condanna non passa in giudicato prima della scadenza del termine stabilito per proporre opposizione, una fattispecie come quella del sig. Covaci rientra manifestamente nella sfera di applicazione della direttiva 2012/13. Anzi, vista la peculiare struttura del procedimento per decreto, la notifica del decreto penale di condanna deve essere considerata proprio una forma di comunicazione dell'accusa a carico della persona interessata, per cui essa deve rispettare i requisiti stabiliti da tale articolo.

La direttiva – come rilevato dall'Avvocato generale – non fissa le modalità della notifica. Lo Stato membro *può anche prevedere il meccanismo della notifica al domiciliatario*: ciò che conta è che le modalità prescelte non rechino pregiudizio «all'obiettivo perseguito, in particolare, dallo stesso articolo 6, che consiste, come emerge altresì dal considerando 27 di detta direttiva, nel consentire alle persone indagate o imputate per aver commesso un reato di predisporre la propria difesa e garantire l'equità del procedimento» (par. 63).

Pertanto, se la finalità dell'informazione è quella di consentire all'imputato di proporre opposizione, quel che rileva è che il termine di due settimane previsto dall'ordinamento tedesco per fare ricorso decorra dall'*effettiva conoscenza del provvedimento da parte dell'imputato e non dalla notifica al domiciliatario*.

Anche questo insegnamento appare – almeno in parte – estensibile all'ordinamento italiano, ove la notifica del decreto penale potrebbe avvenire anche semplicemente nelle mani del difensore ai sensi dell'art. 169 c.p.p. Dovrà dunque ripensarsi l'insegnamento della Corte costituzionale in forza del quale la notifica nelle mani del difensore di fiducia o di ufficio, qualora l'imputato residente all'estero non abbia dichiarato o eletto domicilio in Italia, «appare idonea ad assicurare il diritto di difesa, tenuto conto del fatto che l'imputato ha puntuale notizia del procedimento (attraverso l'interpello ex art. 169 c.p.p.) e che fruisce di adeguato termine – di trenta giorni – per assumere le proprie determinazioni in ordine all'utilità di indicare uno specifico recapito degli atti del procedimento stesso; vengono quindi meno, anche sotto questo

⁷ Il riferimento è a Cass., Sez. un., 26 giugno 2008, Akimenko, in *Cass. pen.*, 2009, p. 480, con nota di M. BARGIS, *Inammissibile l'impugnazione redatta in lingua straniera: punti fermi e lacune di sistema dopo la pronuncia delle Sezioni unite* (ivi, p. 2016).

⁸ Si allude a Cass., Sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, p. 426.

profilo, i dubbi di costituzionalità prospettati»⁹.

Anche su questo versante, dall'Europa arriva la ferma prescrizione a predisporre garanzie sostanziali di conoscenza dell'accusa e a non accontentarsi di mere presunzioni formali.

⁹ Corte cost., 23 aprile 1993, n. 225.

PRESENTE E FUTURO DEL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE EUROPEA DELLA PARTE GENERALE DEL DIRITTO PENALE

Francesco Rossi

ABSTRACT

Il processo di armonizzazione su impulso europeo delle legislazioni criminali degli Stati UE non sembra circoscritto alle sole fattispecie incriminatrici appartenenti alla “parte speciale” del diritto penale. Al contrario, le fonti europee sia di *hard* sia di *soft law* e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno dato vita ad un ravvicinamento occulto, frammentario ed embrionale di alcuni principi e regole di “parte generale” funzionali a garantire l'effettiva realizzazione degli obiettivi perseguiti dai trattati e l'effettiva attuazione delle norme penali UE su scala continentale. Questo lavoro riflette sui possibili sbocchi di una simile armonizzazione/unificazione sia sul piano normativo sia sul piano giurisprudenziale e sugli ostacoli, attuali e potenziali, al raggiungimento di tale traguardo.

SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. L'armonizzazione embrionale e frammentaria su impulso europeo della parte generale del diritto penale. – 2.1. I risultati sul piano normativo. – 2.2. I risultati sul piano giurisprudenziale. – 3. L'opportunità di ulteriori sviluppi del processo di armonizzazione della parte generale. – 4. Prospettive per la futura parte generale del diritto penale UE: «consolidare, codificare, completare». – 4.1. Prospettive di breve periodo. – 4.2. Prospettive di medio-lungo periodo. – 5. Considerazioni conclusive.

1.

Introduzione.

Il diritto penale contemporaneo non è più materia gelosamente riservata alla competenza esclusiva di ciascuno Stato sovrano. La crescente dimensione transnazionale delle moderne e più evolute forme di criminalità ha favorito la graduale internazionalizzazione ed europeizzazione di tale branca del diritto¹ e ha sensibilizzato gli attori della scena giuridica penale alla necessità di ricercare risposte comuni ed effettive a problematiche che fuoriescono dai confini di ciascuno Stato. In un simile contesto, il diritto penale nazionale non è più autosufficiente² e necessita, al contrario, di uscire dal cono d'ombra proiettato dalle barriere statali e di trovare nuove sedi a livello sovranazionale ove concentrare una parte più o meno ampia della sovranità in tale materia³.

Il diritto penale ha fatto significativi progressi in questa direzione. Per rispondere alle minacce incombenti a livello regionale, la competenza concorrente, settoriale e indiretta dell'Unione in materia penale definitivamente consacrata dal Trattato di Lisbona⁴ (art. 83 TFUE) consente di stabilire, all'interno di direttive, «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità⁵ particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale derivante dal carattere o dalle implicazioni di tali reati o da una particolare necessità di combatterli su basi comuni» (par. 1, comma 1). Analoghe norme minime possono essere introdotte «per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione» extrapenale, «allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si riveli indispensabile» in tal senso (par. 2, comma 1).

L'Unione europea dispone quindi, all'esito di un cammino lungo e non privo di ostacoli, di un'esplicita competenza penale votata alla riduzione – per quanto possibile e limitatamente a determinati settori – delle differenze tra le legislazioni penali sostanziali dei vari Stati membri. Stando alla lettera dell'art. 83 TFUE, tale competenza sembrerebbe essere circoscritta al ravvicinamento settoriale della c.d. parte speciale delle suddette legislazioni, con conseguente esclusione della c.d. parte generale del diritto penale: ossia di quei principi e di quelle regole comuni a tutti i reati che regolano l'applicazione al caso concreto delle fattispecie incrimi-

¹ Sull'europeizzazione del diritto penale v., per tutti, K. TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, pp. 3 ss.; A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011.

² In questo senso, ad esempio, v. A. WEYEMBERGH, *The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 12, 2005, p. 165.

³ Individua, a monte, nell'inarrestabile fenomeno della globalizzazione la causa di un «predominio dell'economia [...] sulle tradizionali tecniche del diritto» nazionale e autarchico M. DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 3/2002, p. 478. Cfr. anche ID., *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Diritto penale comparato, europeo e internazionale: prospettive per il XXI secolo*, a cura di L. Foffani, Milano, 2006, p. 82.

⁴ Come noto, prima del Trattato di Lisbona (entrato in vigore il 1 dicembre 2009) una competenza dell'Unione europea in materia penale era già stata prevista dagli artt. 29 ss. del Trattato di Maastricht, entrato in vigore il 1 novembre 1993 e poi novellato dal Trattato di Amsterdam (entrato in vigore il 1 maggio 1999). Si trattava, tuttavia, di una competenza penale a carattere essenzialmente intergovernativo: per tutti, per ulteriori approfondimenti, v. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, pp. 283 ss.

⁵ Tali sfere di criminalità sono elencate tassativamente dall'art. 83, par. 1, comma 2 TFUE, fatto salvo il potere del Consiglio di adottare, all'unanimità e previa approvazione del Parlamento europeo, una decisione che individui altre sfere di criminalità particolarmente grave a dimensione transnazionale «in funzione dell'evoluzione della criminalità» stessa (art. 83, par. 1, comma 3 TFUE).

natrici e delle corrispondenti sanzioni⁶ e che costituiscono il fondamento di ogni sistema di giustizia criminale nel suo complesso⁷. Senonché, riguardo a tale apparente esclusione, uno sguardo più attento allo stato dell'arte del diritto europeo in ambito penale potrebbe mettere in luce alcuni interessanti sviluppi di segno opposto.

In particolare, muovendo dall'analisi delle fonti penali UE e di come alcuni dei concetti in esse richiamati "vivono" nella giurisprudenza della Corte di giustizia, questo lavoro mira *in primo luogo* a sottolineare come possa dirsi *già avviato* un processo di armonizzazione – seppure ancora embrionale e frammentaria – di alcuni elementi di parte generale (par. 2), distinguendo i risultati raggiunti sul piano normativo (par. 2.1) da quelli raggiunti sul piano giurisprudenziale (par. 2.2). *In secondo luogo*, questo lavoro mira a evidenziare l'opportunità di sviluppare e affinare tale processo al fine di garantire l'effettiva realizzazione degli obiettivi di armonizzazione penale e di lotta alla criminalità transnazionale perseguiti dall'Unione all'interno del suo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (d'ora in avanti SLSG: artt. 3, par. 2 TUE e 67 TFUE). *In terzo luogo*, infine, questo lavoro intende mettere in luce i possibili approdi di una più incisiva armonizzazione su impulso europeo dei più importanti concetti di parte generale (par. 4), distinguendo al riguardo tra prospettive verosimilmente realizzabili nel breve periodo (par. 4.1) e prospettive ipotizzabili soltanto nel medio-lungo periodo (par. 4.2).

Ogni ottimistica previsione sui traguardi ancor più significativi che potrebbero presto o tardi essere raggiunti dal diritto penale a livello sovranazionale non può tuttavia non fare i conti con le «forze inerziali»⁸ che tuttora ostacolano modifiche profonde dei sistemi di parte generale e con il verosimile disaccordo tra Stati membri sulla possibilità o sulla necessità di trasferire all'Unione ulteriori porzioni della propria sovranità in materia penale⁹. La parte generale dello *ius criminale* è infatti una materia particolarmente vicina al cuore delle tradizioni giuridiche nazionali¹⁰: contro un ravvicinamento più esplicito ed incisivo della parte generale, evocativo in un ulteriore futuro di una vera e propria unificazione giuridica, è quindi da attendersi un'aspra resistenza di quella parte della dottrina refrattaria ad aprire i cancelli del diritto penale alle esigenze dell'integrazione europea in tale materia¹¹.

Date inoltre le peculiarità del sistema europeo multilivello, al tempo stesso dipendente e indipendente dai sistemi giuridici degli Stati membri¹², un ruolo decisivo a favore o contro

⁶ Per tutti, F. VIGANÒ, *Verso una "parte generale europea"?*, in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, a cura di G. Grasso, G. Illuminati, R. Sicurella, S. Allegrezza, Milano, 2013, pp. 125-126; R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, in questa *Dir. pen. cont.*, 17 dicembre 2013, p. 30; J. BLOMSMA, C. PERISTERIDOU, *The way forward: a general part of European Criminal Law*, in *Approximation of substantive criminal law in the EU: the way forward*, a cura di A. Weyembergh, F. Galli, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2013, p. 123; S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 5, Issue 3, 2014, p. 292. In altre parole, la parte generale estrinseca le scelte di fondo operate da un dato ordinamento giuridico sulla struttura del fatto criminoso e della relativa responsabilità, orientando così il «modo di essere» della parte speciale del diritto penale: F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, quinta edizione, Torino, 2013, pp. 203 ss.

La parte generale e la parte speciale sono quindi strettamente correlate tra loro: se è vero che la parte generale non può essere compresa a fondo indipendentemente dalla sua applicazione alle varie fattispecie incriminatrici, è altrettanto vero che la parte speciale mutua lo scopo perseguito dalle singole incriminazioni proprio dai principi e dalle regole della parte generale (v., con specifico riferimento al diritto europeo, K. AMBOS, *Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible? Some Preliminary Reflections*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 12, 2005, pp. 175-176; ID., *Comments on the Model Penal Code and European Criminal Law*, in *Substantive Criminal Law of the European Union*, a cura di A. Klip, Antwerpen, 2011, p. 228; L. GRÖNING, *A Criminal Justice System or a System Deficit? Notes on the System Structure of the EU Criminal Law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 18, 2010, pp. 118-119; cfr. anche R. SICURELLA, *Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law*, in *Substantive Criminal Law of the European Union*, cit., p. 243; J. BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, pp. 6, 8 e 26; J. KEILER, *Actus reus and participation in European criminal law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, p. 2). Sempre con riferimento al diritto europeo, peraltro, parte della dottrina sottolinea l'artificiosità e la discutibilità della distinzione tra parte generale e parte speciale del diritto penale: v. L. A. ZAPATERO, A. NIETO MARTÍN, M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El derecho penal de la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, Cuenca, 2007, p. 341.

⁷ V. A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, in *Substantive Criminal Law of the European Union*, cit., p. 17 e S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, cit., pp. 276 e 290.

⁸ A. BERNARDI, *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015, p. XXXIV.

⁹ V. J. OUWERKERK, *Criminal Justice beyond National Sovereignty. An Alternative Perspective on the Europeanisation of Criminal Law*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 23, 2015, p. 20.

¹⁰ Per tutti, limitatamente alla più recente pubblicistica in tema di diritto penale europeo, v. J. BLOMSMA, C. PERISTERIDOU, *The way forward: a general part of European Criminal Law*, cit., p. 135 e S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, cit., pp. 275-276.

¹¹ V. F. VIGANÒ, *Verso una "parte generale europea"?*, cit., p. 126 e R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea: diritto penale sovranazionale o diritto nazionale 'armonizzato'? Le questioni in gioco*, cit., pp. 28-29.

¹² V. L. GRÖNING, *A Criminal Justice System or a System Deficit?*, cit., p. 127.

un simile ravvicinamento sembra essere svolto proprio dalle tradizioni giuridiche degli Stati membri sopra richiamate¹³. Il quesito cui si intende dare risposta riguarda il ruolo che tali tradizioni svolgono o devono svolgere nell'ambito del processo di integrazione europea in materia penale: e cioè se esse debbano essere concepite *staticamente* come ancore di salvataggio per manifestazioni residue di neonazionalismo giuridico in materia penale o se, al contrario, debbano essere osservate *dinamicamente* da una prospettiva sovranazionale, nell'ottica di un riformismo penale democraticamente legittimato e razionale che sappia fornire risposte concrete ed efficaci alle fenomenologie criminali contemporanee.

2. L'armonizzazione embrionale e frammentaria su impulso europeo della parte generale del diritto penale.

La frequente tendenza a sottovalutare o a criticare (talora anche aspramente) l'influenza che il diritto penale europeo esercita sui sistemi criminali nazionali¹⁴ induce a trascurare il dato che quest'ultima non sembra affatto limitarsi al ravvicinamento di alcune sfere della parte speciale. Il primo passo di questo lavoro sarà, pertanto, quello di mettere in luce le prime embrionali e frammentarie manifestazioni di un processo di armonizzazione su impulso europeo che coinvolge i più importanti concetti di parte generale.

Nell'evidenziare i risultati che sono già stati raggiunti al riguardo dal diritto penale europeo, l'attenzione verrà focalizzata innanzitutto sul piano normativo (par. 2.1). Come si vedrà, il legislatore europeo percepisce da tempo la necessità di richiamare alcuni concetti di parte generale all'interno dei testi "legislativi" varati in materia penale. Seppure del tutto privi di definizione, l'utilizzo – peraltro costante e mai ostacolato dagli Stati membri – di tali concetti non rappresenta tuttavia solamente un indizio dell'avvertita necessità di coinvolgere anche i più importanti profili di parte generale nell'esercizio della competenza penale UE, ma ha anche e soprattutto posto le basi per il raggiungimento di ulteriori e più concreti risultati sul piano giurisprudenziale (par. 2.2).

2.1. I risultati sul piano normativo.

Come accennato in sede di introduzione, sin dal 1993 all'Unione europea è stata attribuita una competenza penale indiretta in vista del ravvicinamento settoriale delle legislazioni criminali sostanziali degli Stati membri. Sulla base di tale competenza, il legislatore dell'Unione ha varato – oltre a due convenzioni – una serie abbastanza numerosa¹⁵ prima di decisioni quadro di (ex) terzo pilastro¹⁶ e poi di direttive¹⁷ che obbligano gli Stati membri ad incriminare determinate condotte lesive di beni–interessi di rilievo europeo. La produzione normativa UE in questione incide fortemente sui sistemi penali dei Paesi membri: essa, in particolare, attrae parzialmente a livello sovranazionale la potestà di effettuare i giudizi di meritevolezza e di necessità di pena e obbliga, appunto, i legislatori nazionali a ricorrere allo strumento penale per tutelare i beni–interessi di rilevanza europea presi in considerazione.

Nell'ambito dei settori esplicitamente ricondotti nell'alveo della competenza penale dell'Unione, gli atti normativi sopra richiamati hanno armonizzato alcune fattispecie incriminatrici

¹³ L. GRÖNING, (*A Criminal Justice System or a System Deficit?*, cit., p. 116) sottolinea che le tradizioni giuridiche degli Stati membri costituiscono le fondamenta dell'integrazione europea in materia penale: cfr., in questo senso, l'art. 67, par. 1 TFUE, in base al quale «l'Unione realizza uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

¹⁴ Si pensi, per tutti, all'acceso dibattito sui casi *Melloni* (Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, causa C-399/11) e *Taricco* (Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 8 settembre 2015, causa C-105/14) risolti, in maniera per certi aspetti dirompente, dai giudici di Lussemburgo.

¹⁵ La maggior parte degli atti normativi europei già adottati in materia penale risalgono al periodo pre-Lisbona, anche se alcuni di loro sono stati sostituiti (o comunque integrati o modificati) da misure successive a tale periodo: nella manualistica, anche per una rassegna di tali atti, v. R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, pp. 568-569.

¹⁶ Nel periodo compreso tra il 1993 e il 2008.

¹⁷ Nel periodo compreso dal 2008 fino ad oggi.

di parte speciale in tema di traffico illecito di stupefacenti¹⁸, favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali all'interno di uno Stato membro¹⁹, sfruttamento sessuale e pornografia infantile e minorile²⁰, corruzione nel settore privato²¹, criminalità organizzata²², protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale²³ e terrorismo²⁴. Dalla lettura di tali atti si può facilmente notare come il legislatore UE faccia costantemente ricorso a vari concetti di parte generale – siano essi inerenti, ad esempio, all'elemento soggettivo del reato²⁵, alle forme di manifestazione di quest'ultimo²⁶ o alla responsabilità da reato delle persone giuridiche e alle sanzioni ad esse applicabili²⁷ – spesso anche per definire l'area del penalmente rilevante a livello europeo²⁸.

La prassi, consolidatasi con i vari strumenti normativi di (ex) terzo pilastro e con le direttive *ante* Lisbona, dell'utilizzo costante di alcuni concetti di parte generale è rimasta intatta anche all'interno delle direttive d'armonizzazione penale adottate dopo l'entrata in vigore del Trattato del 2009²⁹. Sempre a titolo esemplificativo, le direttive sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani³⁰, sulla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile³¹ e, più di recente, sugli abusi di mercato³² ritengono nuovamente necessario ricorrere ai concetti di dolo/intenzione³³, istigazione, favoreggiamento e tentativo³⁴, circostanze aggravanti³⁵ e responsabilità da reato delle persone giuridiche³⁶. La proposta di direttiva relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale³⁷, infine, mira ad armonizzare anche i termini minimi di prescrizione dei reati considerati e delle pene corrispondenti (art. 12) e a prevedere, per la prima volta, il minimo

¹⁸ Dec. quadro 2004/757/GAI del 25 ottobre 2004, riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.

¹⁹ Dir. 2002/90/CE del 28 novembre 2002, adottata secondo la tecnica del c.d. doppio testo contestualmente alla dec. quadro 2002/946/GAI. Tale tecnica è oggi superata: in argomento, cfr. L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei*, in *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, a cura di G. Grasso, R. Sicurella, Milano, 2008, pp. 343 ss.

²⁰ Dec. quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003, in seguito sostituita dalla dir. 2011/93/UE del 5 aprile 2011.

²¹ Dec. quadro 2003/568/GAI del 22 luglio 2013.

²² Dec. quadro 2008/841/GAI del 24 ottobre 2004, sostitutiva della precedente azione comune 1998/733/GAI del 21 dicembre 1998.

²³ Dec. quadro 2003/80/GAI del 27 gennaio 2003, successivamente annullata dalla Corte di giustizia in esito alla celebre vicenda *Commissione c. Consiglio* (Grande Sezione, sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03) e sostituita dalla dir. 2008/99/CE del 19 novembre 2008.

²⁴ Dec. quadro 2002/475/GAI del 13 giugno 2002, in seguito modificata dalla dec. quadro 2008/919/GAI del 24 ottobre 2008.

²⁵ V., ad esempio, il riferimento alle «condotte *intenzionali*» (corsivo aggiunto) nella dec. quadro 2004/757/GAI, cit., art. 2, par. 1; l'utilizzo dei termini «*intenzionalmente*», «*intenzionale*» e «*intenzionali*» (corsivi aggiunti) rispettivamente nella direttiva 2002/90/CE, cit., art. 2, nella dec. quadro 2004/68/GAI, cit., artt. 2-3 e nella dec. quadro 2003/568/GAI, cit., art. 2; o ancora il riferimento a condotte commesse «*intenzionalmente ed essendo a conoscenza dello scopo e dell'attività generale dell'organizzazione criminale o dell'intenzione di quest'ultima di commettere i reati in questione*» (corsivo aggiunto) e l'ulteriore requisito della conoscenza, da parte del soggetto attivo, che la sua partecipazione contribuirà alla realizzazione dell'attività dell'organizzazione criminale inserito nella dec. quadro 2008/841/GAI, cit., art. 2. La dir. 2008/99/CE, cit., ritiene invece sufficiente la sussistenza di una «*grave negligenza*» (v. art. 3; corsivo aggiunto).

²⁶ A titolo esemplificativo, obbligano gli Stati membri ad incriminare il delitto tentato la dec. quadro 2004/757/GAI, cit. (art. 3), la dir. 2002/90/CE, cit. (art. 2) e la dec. quadro 2004/68/GAI, cit. (art. 4). Sempre a titolo esemplificativo, obbliga invece gli Stati stessi a sanzionare penalmente il concorso di persone nel reato la dir. 2002/90/CE, cit. (art. 2). Utilizzano invece il concetto di complicità, ad esempio, la dec. 2004/757/GAI, cit. (art. 3), la dec. quadro 2004/68/GAI, cit. (art. 4). Non mancano poi riferimenti frequenti all'istigazione (v., ad esempio, l'art. 3 della dec. quadro 2004/757/GAI, cit., l'art. 4 della dec. quadro 2004/68/GAI, cit., l'art. 3 della dec. quadro 2003/568/GAI, cit. e l'art. 4 della dir. 2008/99/CE, cit.), al favoreggiamento (v., ad esempio, l'art. 4 della dec. quadro 2004/68/GAI, cit., l'art. 3 della dec. quadro 2003/568/GAI, cit. e l'art. 4 della dir. 2008/99/CE, cit.) e al reato circostanziato (v., ad esempio, l'art. 5 della dec. quadro 2004/757/GAI, cit., l'art. 5 della dec. quadro 2004/68/GAI, cit. e l'art. 4 della dec. quadro 2008/841/GAI, cit.).

²⁷ A titolo esemplificativo, v. gli artt. 6 e 7 della dec. quadro 2004/757/GAI, cit., della dec. quadro 2004/68/GAI, cit. e della dir. 2008/99/CE, cit., nonché gli artt. 5 e 6 della dec. quadro 2003/568/GAI, cit. e della dec. quadro 2008/841/GAI, cit.

²⁸ V. R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea*, cit., p. 31.

²⁹ In questo senso, v. S. MIETTINEN, *Criminal Law and Policy in the European Union*, London-New York, 2013, p. 134, ove l'A. evidenzia il maggior grado di dettaglio delle fonti penali europee varate dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: al loro interno sembrano infatti fare ingresso – seppure ancora timidamente – anche alcuni cause embrionali di giustificazione come la tutela di un pubblico interesse (anche se, a dire il vero, come accaduto con l'art. 8 della dir. 2011/93/UE, cit. sulla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e contro la pornografia infantile il legislatore europeo si limita per prassi a *consentire* agli Stati membri di escludere l'antigiuridicità di determinate condotte: v. S. MIETTINEN, *Criminal Law and Policy in the European Union*, cit., p. 135).

³⁰ Dir. 2011/36/UE, varata in sostituzione della dec. quadro 2002/629/GAI del 12 luglio 2002.

³¹ Dir. 2011/93/UE del 13 dicembre 2011, varata in sostituzione della succitata dec. quadro 2004/68/GAI.

³² Dir. 2014/57/UE del 16 aprile 2014.

³³ V., rispettivamente, l'art. 2 della dir. 2011/36/UE, cit., l'art. 3 della dir. 2014/57/UE, cit. e l'art. 3 della dir. 2011/93/UE, cit.

³⁴ V. l'art. 3 della dir. 2011/36/UE, cit., l'art. 7 della dir. 2011/93/UE e l'art. 6 della dir. 2014/57/UE, cit. Gli ultimi due articoli menzionati peraltro obbligano gli Stati membri ad incriminare anche condotte concorsuali.

³⁵ V. dir. 2011/93/UE, cit., art. 9.

³⁶ V. gli artt. 5 e 6 della dir. 2011/36/UE, cit., gli artt. 12 e 13 della dir. 2011/93/UE, cit. e gli artt. 8 e 9 della dir. 2014/57/UE, cit.

³⁷ COM(2012) 363 def. dell'11 luglio 2012.

editale da rispettare in sede di trasposizione dell'atto normativo negli ordinamenti giuridici nazionali (art. 8)³⁸.

La prassi sopra descritta manifesta chiaramente come il legislatore europeo avverta da tempo l'esigenza di coinvolgere nell'armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri anche alcuni concetti di parte generale³⁹. Del resto, come vedremo subito, tale conclusione sembra trovare riscontro anche all'interno di alcune fonti UE di *soft law*.

Nel *Libro verde sul ravvicinamento, il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sanzioni penali nell'Unione europea*⁴⁰, innanzitutto, la Commissione muove dalla «grande diversità»⁴¹ tra le parti generali degli Stati membri e dalle ripercussioni negative che tale diversità produce sull'effettività dell'armonizzazione delle legislazioni criminali nazionali⁴² per stimolare il dibattito «sull'utilità e la fattibilità»⁴³ di proposte legislative tese a ravvicinare le «norme applicabili alle sanzioni penali in generale»⁴⁴. L'esecutivo europeo, in particolare, enfatizza l'opportunità di procedere ad un'armonizzazione legislativa su impulso europeo di concetti quali l'istigazione, la complicità e il concorso di persone nel reato⁴⁵, la recidiva⁴⁶ e il concorso di reati⁴⁷. Inoltre, mossa sempre dall'esigenza di garantire l'effettività degli interventi normativi dell'Unione in materia penale, la Commissione stessa ha messo in luce la necessità di prevedere discipline comuni in relazione all'esercizio del potere di commisurazione della pena del giudice⁴⁸, alle sanzioni privative della libertà personale, a quelle pecuniarie e alle rispettive modalità di calcolo⁴⁹, alle sanzioni applicabili alle persone giuridiche⁵⁰, alle pene alternative alla detenzione⁵¹ e alla liberazione anticipata⁵².

La tendenza a coinvolgere alcuni profili di parte generale nella legislazione UE in materia penale è esplicitamente rimarcata anche nella *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale*⁵³, dove l'esecutivo europeo rimarca come nelle fonti penali europee «la definizione dei reati, ossia la descrizione della condotta considerata criminosa [...] nella maggior parte dei casi, include anche [...] l'istigazione e il favoreggiamento», «il tentativo di commettere il reato», l'intenzionalità della condotta (ma «in taluni casi [...] anche la colpa grave»), le «circostanze 'aggravanti' o 'attenuanti'» e la responsabilità delle persone giuridiche «come società o associazioni»⁵⁴. Qui però le indicazioni della Commissione appaiono più caute rispetto a quelle inserite nel *Libro verde* sopra richiamato: nonostante infatti la *Comunicazione*

³⁸ La previsione di minimi edittali all'interno di direttive *ex art.* 83 TFUE potrebbe suscitare frizioni in quegli Stati membri il cui ordinamento penale non prevede livelli sanzionatori minimi: cfr. M. KALIFA-GBANDI, *The Commission's Proposal for a Directive on the Fight Against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law (COM (2012) 363 final) – An Assessment Based on the Manifesto for a European Criminal Policy*, in *European Criminal Law Review*, n. 12/2012, p. 328 e S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, cit., p. 297.

³⁹ Parte della dottrina, inoltre, non ha mancato di rilevare che una forma di europeizzazione indiretta di alcuni concetti nazionali di parte generale – quali la colpa, l'antigiuridicità e le scriminanti – si riscontra già nell'incidenza esercitata nei confronti di questi ultimi da quei regolamenti e quelle direttive UE che formulano precetti extrapenalistici in punto di regole cautelari e di sicurezza. A titolo esemplificativo, infatti, laddove il diritto europeo imponga agli Stati membri di rispettare un certo *standard* di sicurezza, la violazione individuale di quest'ultimo integrerà – quantomeno nell'ambito della normativa attuativa del diritto UE – l'elemento soggettivo della colpa eventualmente richiesto all'interno di una data fattispecie incriminatrice: per tutti, v. M. DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, cit., pp. 485-486 e P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stockholm, 2013, pp. 235-236.

⁴⁰ COM(2004)334 def. del 30 aprile 2004.

⁴¹ *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., par. 3.1.

⁴² Per l'analisi di tali ripercussioni cfr., *infra*, *sub* par. 3.

⁴³ *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., p. 2.

⁴⁴ *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., p. 2 (corsivo aggiunto). Con accento critico, cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, pp. 175-176.

⁴⁵ V. *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., par. 4.1.1.3.

⁴⁶ V. *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., par. 4.1.1.5.

⁴⁷ V. *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., par. 4.1.1.6.

⁴⁸ V. *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., par. 4.1.1.2.

⁴⁹ V. *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., par. 4.1.2 e 4.1.3.

⁵⁰ V. *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., par. 4.1.6.

⁵¹ V. *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., par. 4.1.7. Anche il *Programma di Stoccolma: un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini* del Consiglio europeo (4 maggio 2010) fa riferimento all'opportunità di «esaminare questioni quali alternative alla reclusione» (anche se, questa volta, in vista soprattutto del miglioramento della situazione di sovraffollamento patologico delle carceri: p. 14, par. 3.2.6).

⁵² V. *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., par. 4.1.8. La Commissione, tra l'altro, fa riferimento anche all'istituto della confisca, recentemente armonizzato dalla dir. 2014/42/UE del 3 aprile 2014.

⁵³ COM(2011) 573 def. del 20 settembre 2011.

⁵⁴ *Comunicazione della Commissione Verso una politica penale dell'Unione europea*, cit., p. 11.

in analisi intenda «delineare un quadro per l'ulteriore sviluppo di una politica penale dell'Unione europea»⁵⁵, i cenni sul coinvolgimento di alcuni concetti di parte generale nell'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali si limitano a descrivere quanto è stato fatto finora, senza prendere posizione sulla necessità di ulteriori sviluppi al riguardo.

Ciò premesso, si deve rimarcare anche la totale assenza, nelle fonti penali UE di *hard law*, di un nucleo contenutistico comune dei vari concetti di parte generale richiamati dal legislatore europeo⁵⁶. A dire il vero, la scelta di quest'ultimo di non ingerirsi nella definizione a scopo di armonizzazione di tali concetti non deve destare particolare stupore. Essa pare dovuta, infatti, alla piena consapevolezza da parte della Commissione della tendenziale ritrosia degli Stati membri a discutere trasferimenti di ulteriori porzioni della propria sovranità in materia penale e delle reazioni che un'eventuale proposta di direttiva che tenti di penetrare nel castello organico, sistematico e coerente delle parti generali nazionali susciterebbe verosimilmente negli Stati stessi e nelle istituzioni europee che maggiormente li rappresentano.

In ogni caso, anche se i timidi risultati raggiunti sul piano normativo non possono certo soddisfare quanti auspicano un ravvicinamento più effettivo e penetrante dei sistemi penali nazionali, l'utilizzo costante di concetti di parte generale all'interno delle fonti penali europee di *hard law* non si è dimostrato privo di implicazioni. Infatti, come si vedrà nel paragrafo successivo, tale prassi ha consentito alla Corte di giustizia di pronunciarsi sui suddetti concetti per dare loro un nucleo contenutistico uniforme su scala europea.

2.2.

I risultati sul piano giurisprudenziale.

Spostando la lente d'ingrandimento dal piano normativo a quello giurisprudenziale, la ricerca di frammenti di una parte generale armonizzata su impulso europeo sembra mostrare qualche risultato più concreto.

Ancora una volta nella storia dell'Unione, infatti, la Corte di giustizia sembra assumere un ruolo primario nello sviluppare e accelerare il corso dell'integrazione europea in materia penale⁵⁷. Da sempre orientato alla ricostruzione del sistema giuridico dell'Unione come ordinamento omogeneo, coerente e sistematico, il lavoro della Corte sulle disposizioni del diritto UE contribuisce in maniera decisiva a garantire quell'organicità e, soprattutto, quell'autonomia rivendicata dal (e che costituisce una delle peculiarità strutturali del) diritto europeo. In questa direzione, i giudici di Lussemburgo rilevano i principi qualificanti dell'ordinamento giuridico UE e contribuiscono a definire le nozioni impiegate dal legislatore europeo in modo da fornire all'ordinamento stesso un carattere unitario e da sottrarre altresì tali nozioni alla presa degli Stati membri⁵⁸.

Quanto detto finora sul ruolo svolto dalla Corte di giustizia nell'ambito dell'integrazione penale europea non può certo essere privo di riflessi sull'armonizzazione dei concetti di parte generale costantemente utilizzati dal legislatore dell'Unione⁵⁹. Sembra evidente, infatti, che una volta aditi i giudici di Lussemburgo potranno utilizzare tutti i canoni ermeneutici a propria disposizione – e, in particolare, quello evolutivo⁶⁰ e quello teleologico – per interpretare unitariamente e autonomamente tali concetti, così da conferire loro il massimo di funzionalità

⁵⁵ Comunicazione della Commissione Verso una politica penale dell'Unione europea, cit., p. 2.

⁵⁶ Per tutti, v., S. MIETTINEN, *Criminal Law and Policy in the European Union*, cit., p. 135; L. A. ZAPATERO, A. NIETO MARTÍN, M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El derecho penal de la Unión Europea*, cit., p. 341; S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, cit., p. 277; P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, cit., pp. 97-98.

⁵⁷ Nella manualistica, sul ruolo «fondamentale» (e, in definitiva, «strutturale») della Corte di giustizia per lo sviluppo dell'integrazione europea v., per tutti, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 254 ss.

⁵⁸ Sempre nella manualistica, sull'autonomia del diritto dell'Unione europea cfr. diffusamente R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 10 ss.

⁵⁹ Cfr., *supra*, sub par. 2.1.

V. S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, cit., p. 292.

⁶⁰ Sempre nel rispetto, beninteso, delle tradizioni giuridiche degli Stati membri.

in relazione alle finalità generali dell'armonizzazione penale⁶¹.

Prima di passare all'analisi di alcuni casi particolari in cui la Corte di giustizia ha fornito simili interpretazioni ai concetti di parte generale impiegati dal legislatore dell'Unione, si deve inoltre ricordare brevemente come la Corte stessa non abbia mancato nel tempo nemmeno di prendere in esame una serie di principi di parte generale, riconoscendoli espressamente come principi fondamentali facenti parte integrante dell'ordinamento giuridico europeo ed implementandoli in modo significativo⁶². Si pensi, ad esempio, agli sviluppi che i giudici di Lussemburgo hanno saputo imprimere al principio di legalità in materia penale (artt. 7 CEDU e 49, par. 1 CDFUE)⁶³ e ai suoi corollari⁶⁴, al *ne bis in idem* (art. 50 CDFUE)⁶⁵ e al principio di proporzione della sanzione (art. 49, par. 3 CDFUE)⁶⁶ a partire da operazioni di sintesi tra i sistemi giuridici dei vari Stati membri⁶⁷. In questo modo, la Corte di giustizia ha contribuito in maniera decisiva a configurare l'Unione come una vera e propria «comunità di diritto»⁶⁸ all'interno della quale anche la definitivamente consacrata competenza normativa in materia penale è fornita di un indefettibile sostrato garantista di riferimento per la tutela degli individui da eventuali abusi perpetrati dalle pubbliche autorità nei loro confronti.

Ma l'attività interpretativo-creativa della Corte di giustizia non si è limitata all'individuazione e al riconoscimento di alcuni importanti principi di parte generale quali principi fondamentali dell'ordinamento giuridico europeo. Uno sguardo attento alla giurisprudenza della Corte UE mostra anche come quest'ultima abbia raggiunto risultati importanti riguardo alla definizione, più o meno dettagliata, di alcuni concetti di parte generale richiamati dal legislatore dell'Unione.

Già nel 1981, i giudici di Lussemburgo furono chiamati a pronunciarsi nel caso *Procedimenti penali c. Siegfried Ewald Rinkau*⁶⁹ su un rinvio pregiudiziale vertente, per quanto interessa in questa sede, sulla nozione di «infrazione non volontaria» ai sensi dell'art. II, comma 1 del Protocollo 3 giugno 1971 allegato alla Convenzione del 27 settembre 1968 sulla competenza

⁶¹ Nella manualistica, cfr. R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 254-255, nt. 10. Parla di una «responsabilità condivisa» tra il legislatore europeo e la Corte di giustizia quanto alla definizione dei concetti giuridici utilizzati dalle fonti penali UE. C. PERISTERIDOU, in *The principle of lex certa in national law and European perspectives*, in *Substantive Criminal Law of the European Union*, cit., pp. 88 e 94. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia v., a titolo esemplificativo, Grande Sezione, sent. 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Procedimento avente ad oggetto l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso nei confronti di Szymon Kozłowski*, punto 42; Grande Sezione, sent. 16 novembre 2010, causa C-261/09, *Procedimento avente ad oggetto l'esecuzione di un mandato d'arresto europeo emesso nei confronti di Gaetano Mantello*, punto 38; sent. 21 dicembre 2011, causa C-72/11, *Afrasiabi*, punto 63.

⁶² V. U. LÖHMUS, *European Criminal Law: Can a General Part be developed through Case Law?*, in *Substantive Criminal Law of the European Union*, cit., p. 203.

⁶³ Dal principio di legalità in materia penale la Corte di giustizia ha ricavato, innanzitutto, che una direttiva «di per se stessa [...] non può far nascere obblighi in capo ai singoli e che, perciò, una sua disposizione non può essere invocata, come tale, contro tali soggetti dinanzi al giudice nazionale»: Corte di giustizia, sent. 8 ottobre 1987, causa C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*, punto 9. Da una prospettiva nazionale, per vero, assai discussa è la compatibilità della disapplicazione in senso sfavorevole all'imputato con il principio di legalità in materia penale nell'interpretazione datane dai giudici di Lussemburgo nel succitato caso *Taricco* (v., *supra*, sub nt. 14). Per alcuni commenti, cfr., con accenti sensibilmente diversi tra loro: F. VIGANO, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), Taricco, causa C-105/14, in Dir. pen. cont., 14 settembre 2015; A. VENEGONI, La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi, in Dir. pen. cont., 29 ottobre 2015; S. MANACORDA, Per la Corte di giustizia le frodi gravi in materia di IVA si prescrivono troppo in fretta: note minime a prima lettura della sentenza "Taricco", in corso di pubblicazione; G. SALCUNI, Legalità europea e prescrizione del reato, in www.archiviopenale.it, n. 3/2015; E. LUPO, La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale. Riflessioni sulla sentenza Taricco, in Dir. pen. cont., 29 febbraio 2016; C. AMALFITANO, Da una impunità di fatto a una imprescrittibilità di fatto della frode in materia di imposta sul valore aggiunto?, in *SIDIBlog* (www.sidi-isil.org/sidiblog/), 15 settembre 2015; G. CIVELLO, La sentenza "Taricco" della Corte di giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato, in www.archiviopenale.it; L. EUSEBI, Nemmeno la Corte di giustizia dell'Unione europea può erigere il giudice a legislatore. Note in merito alla sentenza Taricco, in Dir. pen. cont., 10 dicembre 2015.*

⁶⁴ In particolare, per quanto maggiormente interessa in questa sede, a partire dal principio di legalità in materia penale la Corte di giustizia ha sviluppato il corollario della prevedibilità delle norme penali sia in sede legislativa (sufficiente chiarezza e precisione delle suddette norme) sia in sede applicativa (loro interpretazione ragionevole da parte del giudice): al riguardo, per tutti, v. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria: problemi e prospettive*, in questa Rivista, n. 1/2012, p. 60.

⁶⁵ Nell'ambito di una giurisprudenza in lenta evoluzione verso una maggiore garanzia del principio di *ne bis in idem*, v. ad esempio Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 5 giugno 2012, causa C-489/10, *Bonda*. Per una lettura di tale sentenza, v. J. A. E. VERVAELE, *Ne bis in idem: verso un principio costituzionale transnazionale in UE?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1/2014, p. 54. Sul tema, da ultimo, cfr. N. RECCHIA, *Il ne bis in idem transnazionale nelle fonti eurounitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di giustizia UE*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2015, pp. 1373 ss.

⁶⁶ All'interno di una giurisprudenza sterminata, v. ad esempio Corte di giustizia, sent. 24 settembre 1985, causa C-181/85, *Man Sugar*.

⁶⁷ Nella manualistica, sullo sforzo di sintesi tra i diversi sistemi giuridici degli Stati membri operato dalla Corte di giustizia v. R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 258.

⁶⁸ Per tutte, Corte di giustizia, ord. 3 luglio 1990, causa C-2/88, *J.J. Zwartveld e altri*, punto 16.

⁶⁹ Corte di giustizia, causa C-157/80, sent. 26 maggio 1981, .

giurisdizionale e sull'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Sebbene non fosse stata definita in alcun modo all'interno della Convenzione suddetta, la Corte di giustizia ha ritenuto che tale nozione dovesse essere ugualmente precisata «onde garantire nei limiti del possibile l'uguaglianza e l'uniformità dei diritti e degli obblighi che derivano dalla Convenzione» stessa «per gli Stati contraenti e per gli interessati»⁷⁰.

A tal fine, i giudici di Lussemburgo si sono richiamati «anzitutto agli scopi ed alla struttura della Convenzione e, in secondo luogo, ai principi generali del complesso degli ordinamenti giuridici nazionali»⁷¹, rimarcando poi che precisare nozioni simili risulta «tanto più necessario qualora, come nel presente caso, vi siano differenze terminologiche fra le versioni linguistiche della Convenzione»⁷². A partire quindi da una considerazione comparata delle tradizioni giuridiche degli Stati membri⁷³, la Corte di giustizia ha fornito una definizione – seppure meramente in negativo – di infrazione non volontaria, ritenendola sussistente in presenza di «qualsiasi reato la cui definizione legale non richiede, espressamente o data la natura stessa del reato che essa definisce, l'intenzione dell'imputato di commettere l'azione o l'omissione penalmente punita»⁷⁴.

Nella di poco successiva vicenda *SA Musique diffusion Française e A. c. Commissione*⁷⁵, la Corte di giustizia è stata poi chiamata a pronunciarsi sulla presunta assenza di intenzionalità della condotta tenuta dalla ricorrente, la quale sosteneva in sede di ricorso di non aver potuto conoscere l'illegittimità del proprio comportamento. Rigettando il motivo di doglianza, la Corte ha ritenuto sufficiente che il soggetto si rappresenti che il proprio comportamento sia «atto a provocare restrizioni del gioco della concorrenza»⁷⁶, estendendo così la configurabilità dell'illecito in questione nel caso concreto anche al di là del solo dolo intenzionale.

Nel caso *Afrasiabi*⁷⁷, inoltre, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a fornire «precisazioni in merito ai termini <consapevolmente> e <deliberatamente> utilizzati all'art. 7, n. 4, del regolamento n. 423/2007»⁷⁸ concernente talune misure restrittive nei confronti dell'Iran. In questa sede, la Corte di giustizia ha specificato che tali concetti «comportano [...] da un lato, l'elemento della coscienza e, dall'altro, l'elemento della volontà. Tali due elementi cumulativi» sussistono non solo «quando la persona che partecipa a un'attività di cui all'art. 7, n. 4, del regolamento n. 423/2007 persegue deliberatamente l'obiettivo o il risultato, diretto o indiretto, di elusione»⁷⁹ del divieto di cui all'art. 7, n. 3 del regolamento stesso, ma anche «quando la persona in questione ritiene che la sua partecipazione a una siffatta attività possa avere tale obiettivo o tale risultato e accetti detta possibilità»⁸⁰. Anche in questa vicenda, pertanto, la Corte ha concluso nel senso dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato non solo in presenza del dolo intenzionale o del dolo diretto, ma anche del dolo eventuale.

All'esito della vicenda *The International Association of Independent Tanker Owners and Others* (meglio nota come *Intertanko*)⁸¹, infine, la Corte di giustizia ha fornito una definizione autonoma del concetto di «negligenza grave» richiamato dall'art. 4 della direttiva 2005/35/CE sull'inquinamento provocato da navi⁸². Il giudizio della Corte all'esito del ricorso in via pregiudiziale si apre con l'affermazione secondo cui il principio generale di certezza del diritto – «che costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario»⁸³ – e il principio di legalità dei reati e delle pene – che rappresenta a sua volta una particolare espressione della stessa certezza del diritto⁸⁴ – esigono che la normativa europea in materia penale sia «chiara e precisa»⁸⁵ nel definire le fattispecie incriminatrici, garantendo così a ciascun individuo la possibilità effettiva

⁷⁰ Corte di giustizia, sent. *Rinkau*, cit., punto 11.

⁷¹ Corte di giustizia, sent. *Rinkau*, cit., punto 11 (corsivo aggiunto).

⁷² Corte di giustizia, sent. *Rinkau*, cit., punto 11.

⁷³ Cfr. Corte di giustizia, sent. *Rinkau*, cit., punti 13-15.

⁷⁴ Corte di giustizia, sent. *Rinkau*, cit., punto 16.

⁷⁵ Corte di giustizia, cause riunite da C-100 a C-103/80, sent. 7 giugno 1983.

⁷⁶ Corte di giustizia, sent. *SA Musique diffusion*, cit., punti 111-112.

⁷⁷ Cit., *supra*, sub nt. 62.

⁷⁸ Corte di giustizia, sent. *Afrasiabi*, cit., punto 59.

⁷⁹ Corte di giustizia, sent. *Afrasiabi*, cit., punto 67.

⁸⁰ Corte di giustizia, sent. *Afrasiabi*, cit., punto 67.

⁸¹ Corte di giustizia, Grande Sezione, causa C-308/06, sent. 3 giugno 2008.

⁸² Dir. 2005/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005.

⁸³ Oggi eurounitario: Corte di giustizia, sent. *Intertanko*, cit., punto 69.

⁸⁴ V. Corte di giustizia, sent. *Intertanko*, cit., punti 70-71.

⁸⁵ Corte di giustizia, sent. *Intertanko*, cit., punto 68 (corsivo aggiunto).

di «conoscere [...]»⁸⁶ gli atti e le omissioni che chiamano in causa la sua responsabilità penale»⁸⁷ e di regolarsi liberamente di conseguenza.

Soffermandosi soltanto su questo ordine di argomenti, il lettore avrebbe con ogni probabilità la tentazione di concludere nel senso dell'annullamento da parte della Corte di giustizia della direttiva suddetta nella parte in cui, all'art. 4, viola i corollari qualitativi del principio europeo di legalità in materia penale avendo utilizzato il concetto di «negligenza grave» per definire l'elemento soggettivo del reato senza però fornirne una qualsiasi definizione. Ma l'apparenza, in questo caso, ingannerebbe: la Corte, infatti, prosegue il proprio ragionamento affermando che se «è vero che l'art. 4 della direttiva 2005/35 [...] obbliga gli Stati membri a punire gli scarichi di sostanze inquinanti dalle navi se effettuati 'intenzionalmente, temerariamente o per negligenza grave', senza peraltro definire tali nozioni»⁸⁸, è altresì vero che simili nozioni «sono pienamente integrate ed utilizzate nei rispettivi sistemi giuridici degli Stati membri»⁸⁹, che «tutti questi sistemi ricorrono segnatamente alla nozione di negligenza, che si riferisce a un'azione o un'omissione involontaria mediante la quale il soggetto viola il suo obbligo di diligenza»⁹⁰ e che, infine, «come previsto da numerosi sistemi giuridici nazionali, la nozione di negligenza 'grave' può riguardare solamente una violazione qualificata di un siffatto obbligo di diligenza»⁹¹.

Pertanto, muovendo dall'esigenza di garantire il principio di certezza del diritto e di quella sua particolare espressione data dal principio di legalità penale nei suoi corollari qualitativi, la Corte di giustizia ha fornito – utilizzando un criterio comparatistico – una definizione autonoma del concetto di «negligenza grave» impiegato dall'art. 4 della direttiva 2005/35. In particolare, tale concetto deve essere inteso «nel senso che [esso] implica un'azione o un'omissione involontaria mediante la quale il responsabile viola, in maniera qualificata, l'obbligo di diligenza che avrebbe dovuto e potuto rispettare alla luce delle sue qualità, conoscenze, capacità nonché della sua situazione soggettiva»⁹².

Questa breve quanto non esaustiva rassegna dei segmenti di una parte generale europea rinvenibili in alcune pronunce della Corte di giustizia sembra quindi confermare quanto anticipato in sede di introduzione. In particolare, risulta essere già stato avviato anche e soprattutto sul piano giurisprudenziale un processo – seppure ancora occulto, frammentario e in fase embrionale – di armonizzazione su impulso europeo di quei concetti, per l'appunto, di parte generale utilizzati all'interno delle fonti penali dell'Unione. In tutte le vicende sopra richiamate, i giudici di Lussemburgo tengono più o meno esplicitamente conto dei risultati della comparazione tra i sistemi giuridici degli Stati membri, della struttura della singola fonte normativa e degli obiettivi da quest'ultima perseguiti per individuare il contenuto normativo comune espresso da tali concetti e fornire loro una definizione unitaria e autonoma su scala europea. Nella sentenza *Intertanko*, inoltre, i corollari qualitativi del principio di legalità chiamati in causa dal rinvio pregiudiziale sono stati utilizzati dalla Corte di giustizia non come argomento decisivo per ritenere sussistente la violazione del principio generale di certezza del diritto, bensì come canale per veicolare un'interpretazione creativa dei suddetti concetti in ossequio alle esigenze e agli obiettivi dell'armonizzazione penale a livello europeo.

Le summenzionate pronunce avranno notevoli ripercussioni sul piano delle parti generali nazionali del diritto penale. Come noto, quantomeno nell'ambito della normativa attuativa del diritto UE i giudici nazionali sono tenuti a ricavare dalla disposizione rilevante per la soluzione del procedimento una norma in linea con la lettera e lo scopo del diritto europeo stesso, onde conseguire il risultato da quest'ultimo perseguito e garantire quindi una sua applicazione uniforme nel territorio dell'Unione. Il canone ermeneutico in analisi è quello dell'interpretazione conforme al diritto europeo, principio generalissimo dell'ordinamento giuridico dell'Unione strettamente correlato ai principi del primato di tale diritto sul diritto nazionale⁹³.

⁸⁶ «[...] in base al testo della disposizione rilevante e, se del caso, con l'aiuto dell'interpretazione che ne sia fatta dai giudici»: Corte di giustizia, sent. *Intertanko*, cit., punto 70.

⁸⁷ Corte di giustizia, sent. *Intertanko*, cit., punto 71.

⁸⁸ Corte di giustizia, sent. *Intertanko*, cit., punto 72.

⁸⁹ Corte di giustizia, sent. *Intertanko*, cit., punto 74 (corsivo aggiunto).

⁹⁰ Corte di giustizia, sent. *Intertanko*, cit., punto 75 (corsivo aggiunto).

⁹¹ Corte di giustizia, sent. *Intertanko*, cit., punto 76 (corsivo aggiunto).

⁹² Corte di giustizia, sent. *Intertanko*, cit., punto 77. In dottrina, per tutti, v. S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, cit., p. 292.

⁹³ V. Corte di giustizia, sent. 15 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa c. E.N.E.L.* e sent. 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*.

e di leale cooperazione (art. 4, par. 3 TUE)⁹⁴ che vincola tutti i giudici nazionali – siano essi di merito, di legittimità o di costituzionalità – ad allineare il proprio ragionamento giudiziale ed i relativi esiti interpretativi ai contenuti e alle finalità del diritto europeo⁹⁵.

L'ambito di applicazione quanto mai esteso dell'obbligo di interpretazione conforme, comprensivo della legge penale e che si impone, in linea di massima, rispetto a tutto il diritto dell'Unione (e, quindi, anche rispetto alle sentenze della Corte di giustizia)⁹⁶ fa sì che perlomeno quando si tratti di applicare la normativa penale nazionale attuativa del diritto suddetto, i giudici interni dovranno allinearsi alle nozioni autonome di parte generale enunciate dalla Corte di giustizia nelle pronunce sopra richiamate. In questo modo, il vincolo di interpretazione conforme al diritto europeo opera come una «valvola»⁹⁷ attraverso la quale tali nozioni confluiranno all'interno degli ordinamenti penali nazionali.

Ma non finisce qui. Sempre a seguito delle succitate pronunce della Corte di giustizia, la valvola dell'obbligo d'interpretazione conforme potrebbe anche aprirsi ulteriormente per favorire un'armonizzazione dei concetti nazionali di parte generale addirittura al di fuori dei casi in cui si tratta di applicare una normativa interna attuativa del diritto europeo. I giudici di Lussemburgo hanno talora precisato, infatti, che «se è vero che il principio di interpretazione conforme del diritto nazionale, così come imposto dal diritto comunitario, riguarda in primo luogo le norme interne introdotte per recepire la direttiva in questione, esso non si limita, tuttavia, all'esegesi di tali norme, bensì esige che il giudice nazionale prenda in considerazione *tutto il diritto nazionale* per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello cui mira la direttiva»⁹⁸. Si ritiene, pertanto, che il riferimento della Corte a «tutto il diritto nazionale» – oltre ad implicare che l'obbligo di interpretazione conforme grava su tutte le norme penali interne indipendentemente dal fatto che siano entrate in vigore prima o dopo delle fonti UE in rapporto di potenziale conflitto con esse⁹⁹ – significhi anche che lo stesso obbligo possa condizionare l'esegesi dei giudici interni fino al punto di innescare, seppure sempre nel rispetto dei limiti generali di operatività del canone ermeneutico in questione¹⁰⁰, un'armonizzazione estensibile financo a norme interne espressive di competenze penali «esclusivamente nazionali»¹⁰¹ laddove, in assenza di una siffatta armonizzazione, dette norme si rivelino capaci di interferire in situazioni giuridiche tutelate dal diritto dell'Unione¹⁰².

⁹⁴ L'art. 4, par. 3 TUE recita: «In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati [co. 1]. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione [co. 2]. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione [co. 3]».

⁹⁵ All'interno di una vastissima casistica, cfr. ad esempio Corte di giustizia, sent. 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Sabine von Colson e Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein – Westfalen*, punto 26 e sent. 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing SA c. La Comercial Internacional de alimentación SA*, punto 8. In tema, da ultimo e per tutti, cfr i vari contributi all'interno di *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, cit..

⁹⁶ «[L']esigenza di un'interpretazione conforme è inerente al sistema del Trattato»: Corte di giustizia, sent. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer*, punto 114. Per ulteriori precisazioni, cfr. A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea. Brevi osservazioni di un penalista*, in questa Rivista, n. 3/2013, pp. 232 ss; Id., *Presentazione. Nei meandri dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, cit.; M. E. BARTOLONI, *Competenze puramente statali e interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, ivi; J. ZILLER, *L'interpretazione conforme ai principi generali e diritti fondamentali UE*, ivi; G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit., p. 166; S. MIETTINEN, *Criminal Law and Policy in the European Union*, cit., p. 99.

⁹⁷ F. VIGANÒ, *Verso una "parte generale europea"?*, cit., p. 133.

⁹⁸ Corte di giustizia, sent. *Pfeiffer*, cit., punto 115.

⁹⁹ Cfr. anche Corte di giustizia, sent. *Marleasing*, cit., punto 8. In dottrina, v. A. BERNARDI, *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione europea*, cit., p. 232, in particolare nt. 12.

¹⁰⁰ La Corte di giustizia ha individuato tali limiti nel rispetto del nucleo inviolabile del dato letterale del testo normativo, nel divieto di analogia (quantomeno *in malam partem*) e nel divieto di interpretazioni contrarie ai principi generali del diritto: in dottrina, per tutti, v. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 242 e ulteriori riferimenti bibliografici ivi riportati e G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, cit., p. 175.

¹⁰¹ Sulla coincidenza solo tendenziale tra competenze normative esclusive dei Paesi membri e competenze normative non devolute all'Unione v., da ultimo e per tutti, L. BOUCON, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in *The Question of Competence in the European Union*, a cura di L. AZOULAI, Oxford, 2014, pp. 168 ss.

¹⁰² V. M. E. BARTOLONI, *Competenze puramente statali e interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, cit., *passim*.

3.

L'opportunità di ulteriori sviluppi del processo di armonizzazione della parte generale.

Lo sguardo posto allo stato dell'arte del diritto penale europeo nei paragrafi precedenti ha messo in luce i risultati raggiunti sul piano normativo (par. 2.1) e giurisprudenziale (par. 2.2) nell'ambito di un embrionale processo di ravvicinamento su impulso sovranazionale di alcuni concetti di parte generale costantemente utilizzati nelle fonti UE. Come accennato in sede d'introduzione, si intende ora evidenziare alcune delle ragioni per cui pare opportuno ricercare nuovi e più ampi sbocchi a tale processo, in direzione di un'armonizzazione non più meramente occulta e frammentaria ma al contrario esplicita e coerente dei concetti suddetti.

La c.d. competenza penale autonoma UE (art. 83.1 TFUE) è votata, si ricorda, al ravvicinamento di alcune sfere delle legislazioni criminali degli Stati membri in modo da garantire al cittadino europeo e alle persone giuridiche operanti nel territorio dell'Unione una tutela effettiva nei confronti delle moderne e più gravi forme di criminalità a dimensione transnazionale¹⁰³. L'attribuzione di tale competenza alle istituzioni europee è funzionale alla realizzazione dell'obiettivo esplicitamente perseguito dall'Unione di realizzare «uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne [...] la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima»¹⁰⁴.

La dottrina sembra essere tendenzialmente concorde sull'attuale sussistenza di notevoli divergenze tra i principi e le regole di parte generale dei vari Stati membri¹⁰⁵. Anche se, a ben vedere, esse sembrano gradualmente affievolirsi grazie ad alcuni «processi di convergenza d'ordine culturale, sociale, politico e financo giuridico favoriti dall'incremento della circolazione di persone e idee, dalla osmosi dei modelli, [e] dalla acquisita consapevolezza di offrire risposte a problemi comuni»¹⁰⁶, simili divergenze non sembrano certo essere prive di controindicazioni.

Per quanto riguarda, innanzitutto, il momento di *costruzione dei precetti penali europei*, la loro funzione armonizzatrice (o, in futuro, addirittura unificatrice¹⁰⁷) rischierebbe seriamente di essere vanificata ove persistessero significative discrepanze tra i vari Paesi membri a livello di parte generale. L'assenza di una base solida comune quanto agli scopi perseguiti, ai principi e alle condizioni d'applicabilità delle fattispecie incriminatrici di fonte UE al caso concreto priva infatti queste ultime di un inquadramento sistematico generale a livello sovranazionale e lascia quindi agli Stati membri un margine di discrezionalità eccessivamente ampio in sede di trasposizione delle fattispecie stesse nell'ordinamento giuridico interno¹⁰⁸. Senza un nucleo europeo di parte generale esplicito e coerente, pertanto, la traduzione concreta delle incriminazioni formulate dal legislatore UE viene rimessa ai particolarismi sistemici di ciascun ordinamento penale nazionale, in pregiudizio dell'effettività degli obiettivi di armonizzazione perseguiti dall'Unione all'interno del suo SLSG.

¹⁰³ V., per tutti, A. WEYEMBERGH, *The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, cit., p. 164.

¹⁰⁴ Art. 3, par. 2 TUE.

¹⁰⁵ Cfr., per tutti: F. VIGANÒ, *Verso una "parte generale europea"?*, cit., p. 128; J. BLOMSMA, C. PERISTERIDOU, *The way forward: a general part of European Criminal Law*, cit., p. 122; A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, cit., pp. 17 e 19; A. WEYEMBERGH, *The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, cit., p. 154. Per un'analisi dei diversi ordini di ragioni alla base di tali differenze, cfr. A. BERNARDI, *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, in *Diritto penale comparato, europeo e internazionale*, cit., pp. 118 ss.

¹⁰⁶ Così, sia pure con specifico riferimento al progressivo ravvicinamento dei sistemi punitivi nazionali, A. BERNARDI, *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, cit., pp. 123 ss.

Cfr. anche K. TIEDEMANN, *L'europeizzazione del diritto penale*, cit., pp. 9-10.

¹⁰⁷ Vere e proprie fattispecie incriminatrici unificate su scala europea potrebbero infatti essere formulate, secondo parte della dottrina, facendo ricorso agli artt. 325, par. 4 e 86, parr. 1 e 2 TFUE in quanto attributivi all'Unione di una competenza penale settoriale non più indiretta bensì, al contrario, diretta: in argomento, cfr., da ultimo, A. VENEGONI, *La sentenza Taricco della Corte di giustizia: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in questa *Rivista*, 29 ottobre 2015, p. 3 e ulteriori riferimenti bibliografici *ivi* riportati.

¹⁰⁸ Cfr., in questo senso, C. PERISTERIDOU, *The principle of lex certa in national law and European perspectives*, in *Substantive Criminal Law of the European Union*, cit., p. 88. Una parte della dottrina, per vero, è particolarmente restia ad accettare la compressione di tale discrezionalità per mano delle fonti penali UE, le quali rappresenterebbero veri e propri «fattori esogeni» di «crisi della legalità, di perdita di centralità del ruolo di garanzia della riserva di legge e di inarrestabile ascesa del c.d. formante giurisprudenziale»: per tutti e da ultimo, C. CUPELLI, *Il problema della legalità penale. Segnali in controtendenza sulla crisi della riserva di legge*, in *Giur. cost.*, n. 1/2015, pp. 181 ss. (in particolare pp. 196 ss.). Sempre con accento critico, cfr. diffusamente C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislative nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

Anche per quanto riguarda il momento di *interpretazione-applicazione a livello nazionale dei precetti penali di matrice europea*, il vuoto normativo di parte generale nel diritto UE abbandona la parte speciale ravvicinata su impulso di quest'ultimo alle specificità degli Stati membri. Se infatti gli istituti di parte generale disciplinano le condizioni di applicabilità delle fattispecie incriminatrici astratte al caso concreto¹⁰⁹, l'assenza di una disciplina comune di tali istituti determinerebbe necessariamente – in forza, per l'appunto, dell'applicazione di concetti e di *standard* di parte generale differenziati a livello nazionale – il verificarsi di sensibili disparità di trattamento giudiziario da Stato a Stato, in piena contraddizione con l'obiettivo istituzionale di creare uno SLSG effettivo, efficace ed efficiente¹¹⁰.

Anche in questo caso, in un contesto di interdipendenza tra sistemi nel quale le scelte espresse da ciascun ordinamento penale non sono prive di incidenza sugli ordinamenti penali degli altri Paesi membri¹¹¹, le controindicazioni sembrano essere molteplici.

Innanzitutto, le suddette disparità di trattamento dei fatti previsti come reato dal legislatore dell'Unione consentirebbero ai centri decisionali della criminalità di scegliere strategicamente in quale Stato membro conviene delinquere¹¹². Il fenomeno di *c.d. forum shopping* ora descritto e la correlata creazione di «zone franche»¹¹³ e di «paradisi criminali»¹¹⁴ rappresentano con ogni evidenza fattori ostacolanti la realizzazione di uno spazio penale unico a favore dei cittadini europei e delle persone giuridiche operanti nel territorio UE.

Inoltre, se è vero che un'armonizzazione ovvero un'ipotetica unificazione su scala europea di certi compassi edittali senza una parallela armonizzazione o unificazione della disciplina generale in materia di sanzioni si traduce sul piano applicativo in disparità di trattamento disfunzionali rispetto alle finalità della pena¹¹⁵, è certamente vero anche che un'armonizzazione o un'unificazione dei precetti si traduce in analoghe disparità in assenza di una corrispondente armonizzazione/unificazione dei più importanti istituti di parte generale. Anzi, in assenza di tale armonizzazione/unificazione, le suddette disparità possono rivelarsi ancora più eclatanti, dato che in questo caso può mutare non solo il *quantum* di pena applicabile, ma addirittura la possibilità di irrogare la pena stessa in sede di giudizio. Si pensi, ad esempio, ai margini applicativi più o meno ampi concessi a livello nazionale alle regole sulle scriminanti, sul tentativo, sul concorso di persone: il mantenimento di simili divergenze può determinare, seppure in relazione alla medesima fattispecie incriminatrice astratta, giudizi assai diversi e addirittura, assai spesso, radicalmente opposti da Stato a Stato tra condotte lecite e condotte al contrario riconducibili all'area del penalmente rilevante.

In definitiva, il mantenimento delle divergenze tra le parti generali nazionali del diritto penale e delle disparità di trattamento giudiziario che ne conseguono finisce col ledere anche

¹⁰⁹ V., *supra*, sub par. 1.

¹¹⁰ In questo senso, v. F. VIGANÒ, *Verso una "parte generale europea"?*, cit., p. 126. Cfr. anche M. DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, cit., pp. 480 e 484; R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea*, cit., pp. 30-31; A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, cit., pp. 16 ss.; Id., *European Criminal Law. An Integrative Approach*, Ius Communitatis II, 2nd edition, Cambridge-Antwerp-Portland, 2012, p. 208; K. AMBOS, *Is the Development of a Common Substantive Criminal Law for Europe Possible?*, cit., p. 175; A. BERNARDI, *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, cit., pp. 115-117; J. BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, cit., pp. 6 e 8; J. KEILER, *Actus reus and participation in European criminal law*, cit., pp. 3-4; L. GRÖNING, *A Criminal Justice System or a System Deficit?*, cit., pp. 130-131.

¹¹¹ V. A. WEYEMBERGH, *The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, cit., p. 165.

¹¹² Cfr. A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 196, ove l'A. analizza anche le ripercussioni negative del fenomeno in analisi sul principio di territorialità, «ormai non più in grado di esprimere un sufficiente controllo sui naturali destinatari dei precetti». Auspica, al riguardo, la formulazione di un principio di territorialità europea sulla scia dell'art. 24 del celebre progetto *Corpus Juris 2000* contenente disposizioni penali per la tutela delle finanze dell'Europa. A. PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 1/1993, p. 206.

¹¹³ *Comunicazione della Commissione Verso una politica penale dell'Unione europea*, cit., p. 5.

¹¹⁴ A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 80; Id., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 199; S. RIONATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, p. 142; H. G. SEVENSTER, *Criminal Law and EC Law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 29, 1992, Issue 1, p. 30; A. WEYEMBERGH, *The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, cit., p. 164, dove l'A. sottolinea che anche qualora gli autori ignorino la diversità delle risposte sanzionatorie o comunque non ne abbiano tratto alcun vantaggio, l'eterogeneità su scala europea delle leggi penali sostanziali e processuali rende ancora più complesso combattere la criminalità transnazionale e limita – o comunque rallenta – l'innescio della giurisdizione penale.

¹¹⁵ In sostanza, parte della dottrina ha messo in evidenza che esiti applicativi sensibilmente divergenti dall'uno all'altro degli Stati membri pregiudicano anche l'assolvimento delle diverse funzioni di prevenzione generale e speciale tipicamente connesse alla previsione e all'irrogazione della pena: v., per tutti, A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa*, cit., p. 80; Id., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, cit., pp. 194 ss.; A. WEYEMBERGH, *The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, cit., p. 165.

il generale principio di eguaglianza-non discriminazione tra i cittadini europei e tra le persone giuridiche operanti all'interno dell'Unione stessa – siano essi soggetti attivi o passivi del reato – e col vanificare l'ambizione di alimentare nei cittadini europei un sentimento comune di equità e di giustizia¹¹⁶. Gli stessi ordini di ragioni sembrano peraltro perfettamente trasponibili alle ipotesi di esercizio della competenza penale accessoria UE di cui all'art. 83, par. 2 TFUE.

Tutto ciò premesso, pare dunque assai arduo contraddire quanti auspicano nuovi passi in avanti verso una più intensa armonizzazione su impulso europeo dei più importanti concetti di parte generale¹¹⁷. Seppure per certi versi ambiziosa, questa meta rappresenta un presupposto imprescindibile per un ravvicinamento veramente effettivo delle legislazioni criminali degli Stati membri¹¹⁸: senza di essa, come si è visto, gli obiettivi istituzionalmente perseguiti dall'Unione europea attraverso l'esercizio della propria competenza penale resterebbero soltanto meri proclami enunciati sulla carta e privi di riscontro nella realtà giuridica.

4. Prospettive per la futura parte generale del diritto penale UE: «consolidare, codificare, completare».

Se il dimostrare l'opportunità – o addirittura la necessità – di avanzare sulla strada dell'armonizzazione penale su impulso europeo della parte generale del diritto penale può sembrare ad alcuni un'impresa non particolarmente ardua, assai più difficile appare il descrivere con altrettanta fermezza quali potrebbero essere in un futuro più o meno prossimo le tappe di un percorso diretto, come suo ultimo traguardo, all'elaborazione di una parte generale europea organica, coerente e razionale.

Inoltre, come accennato in sede d'introduzione, non possono e non devono certamente essere sottovalutate le reazioni di rigetto – figlie di un'ostinata concezione autarchico-statalista del diritto penale – che accompagnerebbero plausibilmente ogni futuro tentativo di elaborare una parte generale europea. Anche per questo motivo, si ritiene utile operare una bipartizione tra gli strumenti verosimilmente utilizzabili in una prospettiva di breve periodo (par. 4.1) e gli strumenti il cui impiego è soltanto ipotizzabile in una più lungimirante e meno nitida prospettiva di medio-lungo periodo (par. 4.2).

Una parte generale europea razionale dovrebbe essere rispettosa delle tradizioni giuridico-penali degli Stati membri, dei principi e diritti fondamentali riconosciuti esplicitamente o implicitamente dall'ordinamento giuridico UE e del principio-valore di coerenza nella sua duplice accezione verticale e orizzontale¹¹⁹. Inoltre, essa deve al tempo stesso essere effettivamente applicata e giustiziabile a livello nazionale¹²⁰.

Recentemente messo in risalto nel panorama giuridico europeo, il filo conduttore che potrebbe accomunare le varie fasi di questo processo di sviluppo e garantire loro la suddetta razionalità potrebbe essere individuato proprio nel summenzionato principio-valore di coerenza. Da intendersi appunto sia in relazione al «quadro di riferimento creato dai preesistenti atti giuridici dell'Unione Europea»¹²¹ in materia penale (c.d. coerenza orizzontale) sia in relazione

¹¹⁶ Cfr. A. WEYEMBERGH, *The Functions of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, cit., pp. 166-168; L. GRÖNING, *A Criminal Justice System or a System Deficit?*, cit., p. 126; S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, cit., p. 280.

¹¹⁷ Alcune voci in dottrina precisano, infatti, che vi sono concetti di parte generale che sembrano assumere ben poco peso rispetto all'obiettivo di un'armonizzazione effettiva delle legislazioni criminali degli Stati membri. Con qualche differenza tra loro, cfr. F. VIGANÒ, *Verso una "parte generale europea"?*, cit., p. 127; R. SICURELLA, *Il diritto penale applicabile dalla Procura europea*, cit., p. 31; A. BERNARDI, *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, cit., p. 115; A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, cit., p. 17.

¹¹⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *Verso una "parte generale europea"?*, cit., p. 123; A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, cit., p. 16; A. BERNARDI, *Sull'opportunità di una armonizzazione europea delle scelte sanzionatorie nazionali*, cit., p. 112; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, Pamplona, 2011, pp. 231-232.

¹¹⁹ V., ad esempio, *Council conclusions on guidelines for future criminal law in EU legislation*, 9 ottobre 2009, 14162/09, DROIPEN 118, p. 3; *Comunicazione della Commissione Verso una politica penale dell'Unione europea*, cit., p. 3; *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni su l'agenda giustizia dell'UE per il 2020: rafforzare la fiducia, la mobilità e la crescita nell'Unione*, 11 marzo 2014, COM(2014) 144 def., pp. 5 ss., in particolare p. 8. V. anche ECPI (*European Criminal Policy Initiative*), *Manifesto sulla politica criminale europea*, art. 6. In dottrina, sul principio-valore di coerenza cfr., per tutti, P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, cit., pp. 206-207.

¹²⁰ V. A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, cit., p. 21.

¹²¹ Art. 6, co. 2 del *Manifesto sulla politica criminale europea*, cit.

ai diversi sistemi penali nazionali (c.d. coerenza verticale), l'obiettivo di una maggiore coerenza del diritto penale UE potrebbe consentire alle istituzioni sovranazionali di elaborare, passo dopo passo, una parte generale comune rispettosa dei suddetti requisiti generali¹²².

In questa direzione, l'attività del legislatore europeo potrebbe svolgersi lungo tre direttrici di sviluppo. Se nel pragmatismo dell'integrazione europea¹²³ in materia penale può essere sufficiente – e, per certi versi, persino auspicabile – perseguire nel breve periodo un'armonizzazione frammentaria e segmentata della parte generale, negli anni a venire l'UE dovrà mirare, in particolare, a *consolidare* quanto già realizzato e, laddove necessario e opportuno, a *codificare* leggi e prassi dell'Unione e altresì a *completare* il quadro esistente con nuove iniziative. Questi tre metodi potranno poi addirittura «essere combinati in funzione del tipo di sfida»¹²⁴, in modo da gettare basi ancora più solide per «affrontare le sfide individuate sulla strada di uno spazio europeo di giustizia pienamente operativo»¹²⁵.

4.1. *Prospettive di breve periodo.*

Nel passare in rassegna i possibili approdi del processo di armonizzazione su impulso europeo della parte generale in una prospettiva temporale di *breve periodo*, si ritiene altresì utile operare un'ulteriore bipartizione tra risultati ottenibili sul piano legislativo e risultati ottenibili sul piano giurisprudenziale.

Per quanto riguarda, innanzitutto, *il piano legislativo*, si ritiene che la Commissione potrebbe presto presentare alcune proposte di direttiva finalizzate al ravvicinamento di quei concetti di parte generale che contribuiscono a definire l'area del penalmente rilevante in uno dei settori riconducibili alla competenza dell'Unione in materia penale e, altresì, di quelle regole che dirigono (non solo la fase della comminatoria edittale, ma anche) le fasi della commisurazione e dell'esecuzione della pena¹²⁶. A tal fine, l'esecutivo europeo farebbe certamente leva su un'interpretazione evolutivo-teleologica dell'art. 83 TFUE, la cui lettera isolatamente considerata non sembrerebbe invece idonea a supportare simili contenuti¹²⁷.

Nonostante l'opportunità di simili interventi normativi, a dire il vero, la strada da percorrere non sembra priva di ostacoli.

In primo luogo, permangono dubbi sulla possibilità di ricorrere ad un'unica direttiva “trasversale” (ossia contenente principi e regole di parte generale applicabili orizzontalmente a tutte le fonti penali europee vigenti)¹²⁸, sulla scia dell'esempio fornito dalla recente direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea¹²⁹. Una parte della dottrina, al contrario, ritiene che sarebbero legittime o comunque fattibili soltanto direttive che coinvolgano concetti di parte generale incidentalmente

¹²² Ritiene possibile una «politica di piccoli passi» verso l'elaborazione di una parte generale europea («soprattutto per quei settori del sistema sanzionatorio più recenti in ogni Stato membro, e che pertanto non si sono ancora radicati saldamente nella tradizione») F. VIGANÒ, in *Verso una “parte generale europea”?*, cit., p. 129.

¹²³ Cfr. A. PATUELLI, *Nuova Europa o neonazionalismo?*, Catanzaro, p. 3.

¹²⁴ *Comunicazione della Commissione su l'agenda giustizia dell'UE per il 2020*, cit., p. 5.

¹²⁵ *Comunicazione della Commissione su l'agenda giustizia dell'UE per il 2020*, cit., p. 5.

¹²⁶ Cfr. A. MIRANDA RODRIGUES, *El sistema de determinación de la pena en la Unión Europea*, in L. ARROYO ZAPATERO e A. NIETO MARTÍN, *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Europolípticos de corrupción y fraude*, Cuenca, 2006, pp. 519 ss. e in particolare p. 524, dove l'A. sottolinea la necessità di un'armonizzazione che coinvolga anche le fasi di applicazione e di esecuzione della pena, onde evitare che il ravvicinamento settoriale su impulso europeo delle parti speciali nazionali sia meramente “superficiale” e garantita soltanto in astratto; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, cit., pp. 226 e 230-231, dove l'A. sottolinea l'esigenza di coinvolgere nell'armonizzazione anche le sanzioni alternative alla detenzione (come suggerito, del resto, dal *Libro verde sul ravvicinamento*, cit., pp. 12 ss. e, seppure molto più timidamente, dal *Programma di Stoccolma*, cit., p. 14); A. WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations: condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, Bruxelles, 2004, p. 112.

¹²⁷ V. S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, cit., p. 290. L'A., inoltre, ritiene possibile individuare la base giuridica per simili proposte anche in altre disposizioni del trattato (pp. 295 ss.).

Il limite derivante dal dato letterale dell'art. 83 TFUE non sarebbe da individuarsi tanto nel concetto di «norme minime», quanto nella possibilità di «definire i reati e le sanzioni» (corsivo aggiunto); anche se, a dire il vero, parte della dottrina non manca di rilevare che la definizione di un illecito include non solo la sua descrizione analitica ma anche altri e più generali prerequisiti: P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, cit., p. 94. In questo senso, cfr. anche M. DONINI, *L'armonizzazione del diritto penale nel contesto globale*, cit., p. 484.

¹²⁸ Qualora accolta, siffatta direttiva darebbe quindi vita ad una prima, storica codificazione europea «minima» di parte generale: F. VIGANÒ, *Verso una “parte generale europea”?*, cit., p. 124.

¹²⁹ Cit., *supra*, sub nt. 53.

all'armonizzazione contestuale di una o più fattispecie incriminatrici di parte speciale¹³⁰. Se è vero che la soluzione di una direttiva "trasversale" porterebbe indubbiamente con sé ulteriori vantaggi in termini di economia legislativa, di semplificazione, di organicità e di coerenza¹³¹, la diversa scelta di armonizzare gradualmente certi elementi di parte generale in relazione a singoli blocchi di fattispecie potrebbe essere sì meno suggestiva ma anche, inevitabilmente, maggiormente verosimile allo stadio attuale dell'integrazione europea in materia penale.

In secondo luogo e a prescindere dall'opzione del ricorso a una direttiva "trasversale" piuttosto che a singole direttive, la presentazione a livello europeo di proposte normative finalizzate all'armonizzazione di alcuni concetti di parte generale incontrerebbe verosimilmente una serie di opposizioni da parte degli Stati membri e delle istituzioni dell'Unione che maggiormente li rappresentano. In particolare, alcuni (se non addirittura la maggioranza degli) Stati membri potrebbero ricorrere al c.d. freno d'emergenza (art. 83, par. 3, co. 1 e 2 TFUE), rimedio che consente a ciascun componente del Consiglio di opporsi all'adozione di direttive che incidono «su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale» (co. 1). Come noto, una volta azionato il freno, la procedura legislativa ordinaria è sospesa e viene investito della questione il Consiglio europeo, il quale dispone di un termine di quattro mesi per trovare un accordo e rinviare di conseguenza il progetto al Consiglio (co. 1). In caso di disaccordo o di scadenza del termine suddetto, è fatta comunque salva per almeno nove Stati membri la possibilità di essere autorizzati ad «instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione» (co. 2). A tal fine, una volta informati il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione, l'autorizzazione a procedere si considera automaticamente concessa e si applicano le disposizioni che regolano detta cooperazione (co. 2)¹³².

Le questioni che circondano lo strumento compromissorio del freno d'emergenza sono molteplici ed è ancora tutto da scoprire l'uso che ne verrà fatto in materia penale¹³³. Ideato per contribuire alla salvaguardia delle tradizioni giuridiche di più alto rango degli Stati membri, si potrebbe rilevare che se osservato e interpretato da un'ottica esclusivamente statocentrica, tale strumento potrebbe risolversi di fatto nell'attribuzione a ciascun membro del Consiglio di un potere di veto su qualsiasi proposta di direttiva in materia penale ritenuta "indecente"¹³⁴ e, inoltre, nello scadimento delle fonti penali europee in termini qualitativi a causa del voto unanime richiesto in seno al Consiglio europeo (art. 15, par. 4 TUE)¹³⁵.

Dal canto loro, tenuto conto delle peculiarità che caratterizzano le procedure utilizzabili per l'instaurazione delle cooperazioni rafforzate rispetto alla procedura legislativa ordinaria, tali strumenti potrebbero rappresentare un pretesto per bypassare un dibattito pubblico appropriato. Inoltre, esse potrebbero financo dare vita a una giustizia penale europea frammentata¹³⁶ e a più velocità¹³⁷, se si considera che gli atti adottati nel quadro di una cooperazione rafforzata vincolano solo gli Stati membri partecipanti e non sono considerati parte dell'*acquis* che deve essere accettato dagli Stati terzi che aderiscano all'Unione europea¹³⁸.

Vero è che le potenziali questioni problematiche correlate ad un ricorso pretestuoso e distorto al freno d'emergenza potrebbero forse essere risolte dall'esercizio, da parte della Corte di giustizia, del proprio ruolo di garante della corretta interpretazione e del rispetto dei trattati. Nessuno meglio dei giudici di Lussemburgo potrebbe infatti vigilare dall'alto sul rispetto della

¹³⁰ V. G. GRASSO, *La "competenza penale" dell'Unione europea nel quadro del Trattato di Lisbona*, in *Levoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO, L. PICOTTI e R. SICURELLA, Milano, 2011, p. 700.

¹³¹ Vantaggi che contribuirebbero a ridurre i profili di tensione rispetto alla dimensione qualitativa del principio di legalità.

¹³² Sul freno d'emergenza, nella manualistica, v. R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 206 e 559, sub nt. 89.

¹³³ V. A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, cit., p. 36.

¹³⁴ Cfr. A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, cit., pp. 36-37 e S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, cit., pp. 289-290, dove l'A. evidenzia che un ricorso indiscriminato al freno d'emergenza possa confliggere persino con il generale principio di effettività dell'ordinamento giuridico europeo. Alcune voci in dottrina non sembrano invece nutrire particolari preoccupazioni riguardo a un uso distorto del suddetto freno: cfr. J. BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, cit., p. 32; P. ASP, *Substantive Criminal Law of the EU*, cit., 140; V. MITSILEGAS, *European Criminal Law and Resistance to Communautarisation Post-Lisbon*, in *New Journal of European Criminal Law*, n. 1/2010, p. 458. In particolare, ritiene che verrà fatto un uso piuttosto raro di tale strumento M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, in *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, cit., p. 707. In questo senso, cfr. anche *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, House of Lords, European Union Committee, 10th Report of Session 2007-08, Vol. II: Evidence, HL Paper 62-II, E1, J. SHAW, Oral evidence, 14 november 2007, *passim*.

¹³⁵ V. il Memorandum di M. FLETCHER in *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, cit., E149, p. 249.

¹³⁶ V. il Memorandum di M. FLETCHER in *The Treaty of Lisbon: an impact assessment*, cit., E149, p. 250.

¹³⁷ V. M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, cit., p. 706.

¹³⁸ V. art. 20, par. 4 TUE. Nella manualistica, sull'applicazione «differenziata» del diritto dell'Unione europea creato tramite la cooperazione rafforzata, R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 52.

funzione tipica del freno d'emergenza di garantire il pluralismo costituzional-penalistico nel sistema multilivello dell'Unione europea¹³⁹, verificando caso per caso che tale strumento non venga utilizzato per finalità – come quella di bloccare o comunque rallentare il processo di integrazione europea in materia penale – che invece non gli appartengono¹⁴⁰.

In ogni caso, quand'anche gli Stati membri non si appellassero al freno d'emergenza il dibattito interno al *law making process* europeo sui contenuti di eventuali direttive UE che definiscano anche alcuni concetti di parte generale sarebbe verosimilmente – ancora una volta – aspro e non privo di ostacoli. L'atteggiamento sovranistico sovente tenuto in sede europea da detti Stati e dal Consiglio, l'attuale conflittualità tra le varie ideologie penali nazionali e il legame particolarmente stretto tra la parte generale del diritto penale e le tradizioni storiche, politiche e culturali di ciascuno Stato sembrerebbero infatti rappresentare fattori ostacolanti non trascurabili nemmeno all'interno del momento negoziale della procedura legislativa UE, nella quale potrebbe risultare oltremodo difficile – ma, forse, non impossibile – operare una sintesi dei particolarismi nazionali di parte generale che consenta di raggiungere le maggioranze di voto necessarie al varo delle direttive d'armonizzazione penale.

Per quanto riguarda invece il *piano giurisprudenziale*, si deve innanzitutto sottolineare come la Corte di giustizia potrebbe proseguire nelle proprie opere di riconoscimento e di valorizzazione – a partire dall'art. 6, par. 3 TUE¹⁴¹ – di quei principi di parte generale che assurgono a un rango costituzionale in tutti o in gran parte degli Stati membri come principi generali del diritto europeo. Qualora ciò avvenisse, tutti i giudici di tutti gli Stati membri sarebbero tenuti ad applicare tali principi quantomeno nell'ambito della normativa penale interna attuativa delle direttive d'armonizzazione penale¹⁴².

Sempre sul piano giurisprudenziale, si ritiene inoltre che la Corte di giustizia possa proseguire – sulla scorta della sentenza *Intertanko*¹⁴³ e degli altri casi ad essa analoghi – nella propria attività interpretativo-creativa dei concetti di parte generale richiamati dal legislatore europeo nelle fonti penali UE, col risultato di fornire loro un nucleo contenutistico comune e di favorire un ravvicinamento – seppure frammentario – di tali concetti attraverso la «valvola» dell'obbligo di interpretazione conforme¹⁴⁴. A tal fine, i corollari qualitativi del principio europeo di legalità in materia penale potrebbero rappresentare il «ponte» per consentire alla Corte di fornire definizioni autonome – e quindi, si ripete, sottratte alla presa dei sistemi penali nazionali¹⁴⁵ – dei concetti suddetti¹⁴⁶, col risultato di garantire un'applicazione uniforme su tutto il territorio dell'Unione alle fattispecie incriminatrici armonizzate su scala europea e di impedire che i concetti di parte generale UE vengano interpretati esclusivamente in base alla luce dei sistemi, dei modelli e delle prassi nazionali¹⁴⁷.

Ma il ruolo dei giudici di Lussemburgo potrebbe anche non esaurirsi nelle opere, per quanto importanti, di riconoscimento dei principi di parte generale ricavati dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri come principi generali del diritto UE e nell'interpretazione, caso per caso, di tutti quei concetti di parte generale richiamati ma non definiti dal

¹³⁹ Cfr. L. GRÖNING, *A Criminal Justice System or a System Deficit?*, cit., p. 136.

¹⁴⁰ In simili ipotesi, la Corte di giustizia svolgerebbe un ruolo per certi versi affine a quello tipico delle Corti costituzionali nazionali.

¹⁴¹ L'art. 6, par. 3 TUE recita: «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».

¹⁴² V. L. A. ZAPATERO, A. NIETO MARTIN e M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El derecho penal de la Unión Europea*, cit., p. 342. Si ritiene, inoltre, che il processo di definizione o ridefinizione dei principi a livello europeo sulla base dei corrispondenti principi nazionali eserciterà col tempo un'influenza sempre più pervasiva nei confronti di questi ultimi: influenza che potrebbe riscontrarsi, in particolare, anche al di fuori dell'ambito della normativa attuativa del diritto penale UE.

¹⁴³ Cit., *supra*, sub nt. 85.

¹⁴⁴ F. VIGANÒ, *Verso una "parte generale europea"?*, cit., p. 133. Alcune voci in dottrina rilevano, tuttavia, una certa qual riluttanza delle Corti nazionali nell'impiegare l'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: per tutti, v. A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, cit., p. 40. Altre voci prevedono un suo scarso utilizzo nel futuro nell'ambito del diritto penale europeo: per tutti, v. P. ASP, *The Substantive Criminal Competence of the EU*, cit., pp. 227–228. Anche se, per certi versi, alcuni pessimismi al riguardo potrebbero non essere ingiustificati, si ritiene in questa sede che la soluzione sia quella di impegnarsi per infondere sempre più negli operatori giuridici nazionali una formazione sul e una cultura del diritto dell'Unione europea, in modo tale da renderli consapevoli degli effetti di quest'ultimo sulla vita dei cittadini e delle imprese, della necessità di interpretare ed applicare efficacemente tale diritto e dell'importanza cruciale, qualora l'interprete versi in uno stato di dubbio, di adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia per ottenere lumi sulla corretta interpretazione del diritto europeo. In questo senso, v. la *Comunicazione della Commissione su l'agenda giustizia dell'UE per il 2020*, cit., pp. 6–7.

¹⁴⁵ Nella manualistica, R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 257.

¹⁴⁶ Cfr. A. KLIP, *Towards a General Part of Criminal Law for the European Union*, cit., p. 21.

¹⁴⁷ Cfr. A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, cit., p. 40.

legislatore UE. Le sopra prospettate opposizioni ad eventuali proposte di direttiva finalizzate – in tutto o in parte – all’armonizzazione dei concetti suddetti potrebbero infatti sfociare (analogamente a quanto accaduto in passato nell’ambito della nota disputa circa l’attribuzione a strumenti di primo oppure di terzo pilastro della competenza a tutelare l’ambiente attraverso il diritto penale a livello europeo¹⁴⁸) in una nuova battaglia istituzionale tra la Commissione e il Consiglio, con la Corte di giustizia in veste di arbitro garante del rispetto delle competenze inscritte, esplicitamente o implicitamente¹⁴⁹, all’interno dei trattati. Qualora ciò avvenisse, si ritiene che la Corte avrebbe a disposizione tutta una serie di argomenti – quali l’obiettivo dell’Unione di garantire ai suoi cittadini e alle sue persone giuridiche uno SLSE effettivo, efficace ed efficiente (art. 67 TFUE)¹⁵⁰ e i correlati scopi d’armonizzazione perseguiti dalla competenza penale dell’Unione stessa (art. 83 TFUE); la necessità di un’applicazione effettiva ed uniforme su scala continentale del diritto europeo; la potenziale valenza espansiva insita nel principio di sussidiarietà UE¹⁵¹; il rispetto delle implicazioni derivanti dal principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3 TUE); la possibilità di fare emergere i poteri attribuibili in via implicita alle istituzioni UE – per fare proprio lo “spirito dei tempi” e riconoscere esplicitamente una competenza di tali istituzioni a varare norme minime per il ravvicinamento dei più importanti concetti di parte generale del diritto penale.

4.2. *Prospettive di medio-lungo periodo.*

Passati in rassegna i possibili approdi, in un’ottica di breve periodo, del processo di armonizzazione della parte generale del diritto penale, pare ora decisamente più difficile illustrare le prospettive del processo in questione in un’ottica di medio-lungo periodo, stante l’inevitabile incremento delle variabili correlato alla dilatazione dell’intervallo temporale preso in considerazione.

In ogni caso, qualora le prospettive di cui al paragrafo precedente dovessero realizzarsi è verosimile ritenere che le istituzioni dell’Unione dovrebbero innanzitutto mirare a *consolidare* i risultati di armonizzazione dei principali concetti di parte generale faticosamente raggiunti all’interno di un’unica fonte penale UE. Una simile consolidazione potrebbe essere racchiusa, ad esempio, in una direttiva che funga da “cornice” entro la quale raccogliere e riordinare razionalmente tutti i materiali europei legislativi e giurisprudenziali via via varati dall’Unione in ambito penale¹⁵². Siffatta soluzione sembrerebbe preferibile, sotto diversi aspetti, rispetto ad un’eventuale consolidazione racchiusa invece – sempre a titolo esemplificativo – all’interno di una fonte di *soft law*: anche e soprattutto perché al di là della minore visibilità rispetto alle più incisive fonti di *hard law*, il loro grado di vincolatività in sede di interpretazione conforme risulta tutt’oggi un problema che talune prese di posizione “progressiste” della Corte di giustizia¹⁵³ non sembrano certo aver risolto una volta per tutte, e che dunque rimane aperto¹⁵⁴.

Un processo di consolidazione del diritto penale europeo di parte generale porterebbe con

¹⁴⁸ V. Corte di giustizia, sent. *Commissione c. Consiglio*, cit. *supra*, sub nt. 23.

¹⁴⁹ Come noto, infatti, il sistema delle competenze dell’Unione europea è retto sì dal principio di attribuzione (art. 4, par. 1 TUE), ma anche dal principio dei poteri impliciti attribuibili alle istituzioni della stessa Unione qualora indispensabili a compiere una missione ad essa esplicitamente e specificamente affidata dai trattati: nel *case law* della Corte di giustizia, per tutte e con valenza generale, v. sent. 9 luglio 1987, causa C-281/85, da C-283/85 a C-285/85 e C-287/85, *Germania e a. c. Commissione*, 3203, punto 28. La giurisprudenza consolidata della Corte UE sui poteri impliciti attenua quindi la rigidità del principio di attribuzione, consentendo in casi eccezionali e di particolare importanza di interpretare evolutivamente ed estensivamente la portata delle competenze dell’Unione ampliandone la portata: nella manualistica, v. R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, cit., pp. 429-430.

¹⁵⁰ Spazio che deve quindi essere in grado di trovare un bilanciamento adeguato tra le esigenze – concettualmente distinte ma strettamente correlate – di libertà, di sicurezza e di giustizia: cfr., da ultimo, J. OUWERKERK, *Criminal Justice beyond National Sovereignty*, cit., *passim*.

¹⁵¹ V., per tutti, A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea? Ostacoli e prospettive*, in *Annali dell’Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, Sezione Saggi, 1996, pp. 12 ss. e ID., *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 1/2012, pp. 20 ss.

¹⁵² R. SICURELLA, *Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law*, cit., p. 248. Per la presenza costante, nella storia delle fonti di cognizione di tutti i popoli e in tutte le epoche, di una vera e propria «legge della consolidazione» che esprime «la uniforme tendenza delle norme a consolidarsi e a sistemarsi in corpi organici», v. la ricostruzione del pensiero di M. E. VIOIRA effettuata da A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, tomo 1, Milano, 1982, pp. 256-257, nt. (I).

¹⁵³ V. Corte di giustizia, sent. 13 dicembre 1989, causa C-322/88, *Grimaldi*, punto 19 e sent. 11 settembre 2003, causa C-207/2001, *Altair Chimica*, punto 41.

¹⁵⁴ V., per tutti, R. BARATTA, *Il telos dell’interpretazione conforme all’acquis dell’Unione*, in *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, cit., p. 39; A. BERNARDI, *Presentazione. Nei meandri dell’interpretazione conforme al diritto dell’Unione europea*, cit., pp. XI ss.; ID., *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 536 ss.

sé maggiore ordine e certezza sullo stato dell'arte di quest'ultimo, col risultato di semplificare l'operato degli interpreti nazionali e di garantire quindi un grado maggiore di giustiziabilità di tale diritto sul piano interno. Una simile consolidazione, inoltre, potrebbe rappresentare una tappa intermedia rispetto ad un regolamento UE di codificazione "minima" di parte generale e, quindi, rispetto a una unificazione – seppure parziale – del diritto penale europeo¹⁵⁵ e alla creazione di un vero e proprio sistema penale sovranazionale di impronta latamente federale.

Sembra legittimo ritenere che uno sforzo codificatorio volto alla creazione di una parte generale "minima" europea¹⁵⁶ dovrebbe concentrarsi, innanzitutto, sull'individuazione di *un nucleo di principi fondamentali in materia penale comuni a tutti gli Stati membri* e sull'elaborazione del loro contenuto¹⁵⁷. Come d'altronde già evidenziato dalla Commissione, «dovrebbe esservi un'intesa comune sui principi ispiratori della normativa dell'Unione in materia penale, quali l'interpretazione di concetti giuridici di base usati nel diritto penale dell'Unione»¹⁵⁸.

Approfondire sempre più il confronto sui tradizionali principi nazionali di diritto penale, sulla loro adeguatezza alle esigenze di lotta ai c.d. eurodelitti, sull'eventuale necessità di un loro adattamento in ragione delle finalità del processo di integrazione europea in materia penale e – soprattutto – della rigorosa tutela dei diritti fondamentali dell'individuo¹⁵⁹ potrebbe imprimere a tale processo nuovi e assai significativi sviluppi¹⁶⁰ in direzione della creazione di un vero e proprio sistema penale UE¹⁶¹ e dell'affermazione di un linguaggio penale comune a tutto il territorio dell'Unione¹⁶². Detto linguaggio, in particolare, potrebbe essere utilizzato dal legislatore sovranazionale per *completare* lo sforzo codificatorio con una successiva unificazione di quelle *regole di parte generale* necessarie a garantire la coerenza e l'applicazione uniforme del diritto penale UE su scala europea.

Un codice penale europeo contenente una disciplina minima comune di parte generale porterebbe inoltre con sé tutta una serie di vantaggi in termini di semplificazione, di razionalità, di sistematicità e di rispetto della dimensione qualitativa del principio di legalità penale¹⁶³. Esso, infine, rappresenterebbe una meta fondamentale per la definitiva consacrazione di una politica anti-criminale europea razionale, capace di delineare soluzioni normative improntate alla stabilità e alla coerenza, di rafforzare la fiducia e la cooperazione tra gli Stati membri e di superare quindi nazionalismi contingenti e opportunistici conflitti di interessi in nome di una lotta più efficace alla moderna criminalità transnazionale¹⁶⁴.

Secondo alcuni, la prossima istituzione di una Procura europea sulla base dell'art. 86

¹⁵⁵ Per i vantaggi connessi ad un'eventuale unificazione, totale o parziale, del diritto penale su scala europea v. A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea?*, cit., pp. 12 ss.

¹⁵⁶ Di una simile parte generale "minima" europea è possibile rinvenire significativi precedenti storici nei progetti *Corpus Juris 2000* ed *Europa-Delikte*, in merito ai quali. in dottrina, v. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., pp. 47 ss.; F. DE ANGELIS, *Il Corpus Juris recante disposizioni penali per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione europea: origine e prospettive*, in *La lotta contro la frode agli interessi finanziari della Comunità europea tra prevenzione e repressione. L'esempio dei fondi strutturali*, a cura di F. DE ANGELIS, G. DE VERO e L. PICOTTI, Milano, 2000, pp. 351 ss.; *Il Corpus Juris 2000. Un modello di tutela penale dei beni giuridici comunitari*, a cura di G. GRASSO e R. SICURELLA, Milano, 2003; *Eurodelitos: el derecho penal económico en la Unión Europea*, editio minor spagnola del progetto a cura di K. TIEDEMANN, A. NIETO MARTÍN e L. ARROYO ZAPATERO, Cuenca, 2006.

¹⁵⁷ Tra le voci in dottrina favorevoli all'elaborazione di una codificazione penale europea "per principi", cfr., per tutti: J. KEILER, *Actus reus and participation in European criminal law*, cit., p. 5; A. PAGLIARO, *Limiti all'unificazione del diritto penale europeo*, cit., p. 205; M. KAIKAFI-GANDI, *The Importance of Core Principles of Substantive Criminal Law for a European Criminal Policy Respecting Fundamental Rights and the Rule of Law*, in *European Criminal Law Review*, n. 1/2011, p. 34; J. BLOMSMA, *Mens rea and defences in European criminal law*, cit., p. 29, ove l'A. sottolinea che una parte generale presuppone un ordine logico, sistematico e coerente di principi giuridici senza il quale non si potrebbe nemmeno parlare, *a fortiori*, del diritto penale UE come sistema.

¹⁵⁸ *Comunicazione della Commissione Verso una politica penale dell'Unione europea*, cit., p. 15.

¹⁵⁹ In particolare, sottolinea che i principi della parte generale di diritto penale sono «in gran parte, se non nella loro totalità, riconducibili a diritti fondamentali della persona» F. VIGANÒ, in *Verso una "parte generale europea"*, cit., p. 132.

¹⁶⁰ Nella manualistica, v. R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, cit., p. 558.

¹⁶¹ Sebbene l'unificazione penale su scala europea non debba necessariamente coincidere con una codificazione UE in tale ambito, di fatto l'elaborazione di quest'ultima sembrerebbe di vitale importanza per addivenire alla creazione di un vero e proprio sistema penale europeo: in questo senso, v. A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, cit., p. 480.

¹⁶² V. J. KEILER, *Actus reus and participation in European criminal law*, cit., p. 5; A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, cit., pp. 460 ss.; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El Legislador Penal Europeo: Legitimidad y Racionalidad*, cit., p. 141; R. SICURELLA, *Il Corpus Juris come modello per la definizione di un sistema penale europeo*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di G. GRASSO e R. SICURELLA, Milano, 2007, pp. 785-787.

¹⁶³ Diffusamente, per tutti, v. A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea?*, cit., pp. 23 ss.

V. anche le recenti indicazioni della *Comunicazione della Commissione su L'agenda giustizia dell'UE per il 2020*, cit., p. 8.

¹⁶⁴ V. A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea?*, cit., pp. 57-58.

TFUE¹⁶⁵ potrebbe rappresentare l'occasione ideale per prendere maggiormente sul serio l'elaborazione di un vero e proprio codice penale europeo. Pare infatti evidente che per gli stessi ordini di ragioni sviluppati in precedenza¹⁶⁶, l'operato di tale istituzione risulterebbe privo di coerenza e iniquo in assenza, a monte, di una disciplina comune di parte generale¹⁶⁷.

A prescindere dall'opzione per un codice modello o per un codice vero e proprio e dalle diverse implicazioni derivanti dalla scelta dell'uno piuttosto che dell'altro modello¹⁶⁸, sono le *tradizioni giuridiche degli Stati membri* ad assumere, come accennato in sede d'introduzione, un ruolo decisivo in direzione di una futura parte generale europea. Al riguardo, è importante sottolineare che sebbene al concetto di "tradizione" sembri essere connaturato, in generale, un accento tendenzialmente conservatore (in quanto detto concetto evocherebbe un patrimonio lentamente e faticosamente sedimentato nel tempo, che viene tramandato pressoché intatto di generazione in generazione), esso sembra invece assumere una ben altra portata se considerato nel contesto specifico dell'Unione delineata dal Trattato di Lisbona. Nell'ambito del processo dinamico di integrazione europea in materia penale e del più generale processo aperto di costituzionalizzazione dell'Unione europea¹⁶⁹, le tradizioni giuridiche degli Stati membri e le componenti storiche, culturali e valoriali che le stesse riflettono cessano di costituire fattori di opposizione politico-governativa di stampo conservatore per integrare, al contrario, un vero e proprio principio pluralista fondamentale dell'ordinamento giuridico europeo, votato a indicare la strada da percorrere qualora si continui ad aspirare al riformismo penale a livello UE e alla creazione di un sistema penale sovranazionale in senso proprio¹⁷⁰.

Ulteriori e più ambiziosi passi in avanti nell'europeizzazione della parte generale del diritto penale dipenderanno, pertanto, anche (se non soprattutto) dalla capacità, dall'attenzione e dalla sensibilità che non solo le istituzioni dell'Unione, ma anche le istituzioni dei Paesi membri così come le dottrine nazionali sapranno dimostrare nei confronti delle tradizioni giuridiche interne; e, in particolare, dalla consapevolezza del ruolo centrale di queste ultime nel processo di integrazione europea in materia penale¹⁷¹. In un simile contesto riemerge con vigore l'importanza della comparazione giuridica, scienza che si rivela estremamente funzionale all'armonizzazione/unificazione giuridica nella parte in cui non è più concepita soltanto per fornire una mera «conoscenza delle esperienze straniere, per eventuali scopi di politica del diritto, dogmatica, riforme legislative ecc.»¹⁷², bensì anche per individuare la «base epistemologica necessaria per la costruzione di un diritto europeo comune»¹⁷³ democraticamente legittimato «contro l'idea di ordinamenti-modello che possano imporsi autoritativamente e dall'alto»¹⁷⁴ ai vari Stati membri.

¹⁶⁵ In argomento, limitatamente alla letteratura giuridica italiana, cfr. i vari contributi in *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, cit.

¹⁶⁶ Cfr., *supra*, sub par. 3.

¹⁶⁷ V., per tutti, S. MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its effects on the General Part of Criminal Law*, cit., p. 298-299.

¹⁶⁸ Al riguardo, per tutti, v. A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea?*, cit., pp. 18 ss.

¹⁶⁹ Sul processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea, all'interno di una bibliografia sterminata, v. per tutti: S. MANGIAMELI, *L'esperienza costituzionale europea*, Roma, 2008; A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011; G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2008; Id., *Lo spirito polemico del diritto europeo*, Pisa, 2011; Id., *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process. The frustrating knot of Europe*, Londra-New York, 2013; da un'angolatura penalistica, A. BERNARDI, *Cinque tappe nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Note di un penalista*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2013, pp. 551 ss.; P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, 2014.

¹⁷⁰ «La tradizione [...] nulla ha a che vedere con una pigra ripetizione acritica e irriflessa, ma [...] richiede costanti selezioni e reinterpretazioni. In tal modo mantiene aperta la tensione tra permanenza e progresso, tra sedimentazione e innovazione. [...] Ogni tradizione, invero, non costituisce un qualcosa di monolitico, di pietrificato. [...] È soggetta a continua discussione»: B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, pp. 10-11.

¹⁷¹ Più in generale, per l'analisi dei fattori di superamento quantomeno tendenziale delle tradizioni penali statuali nell'ambito del processo di europeizzazione del diritto e della scienza penale, v. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., pp. 53 ss.

Sull'importanza centrale della peraltro non facile opera di «mediazione culturale» tra le diverse tradizioni giuridico-penali degli Stati membri al fine di raggiungere un «compromesso al più alto livello» tra i differenti approcci normativi adottati a livello nazionale, R. SICURELLA, *Il Corpus Juris come modello per la definizione di un sistema penale europeo*, cit., p. 785-787.

¹⁷² A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea?*, cit., pp. 59 ss.

¹⁷³ A. BERNARDI, *Verso una codificazione penale europea?*, cit., pp. 59 ss.

V. anche K. AMBOS, *Comments on the Model Penal Code and European Criminal Law*, cit., p. 230.

¹⁷⁴ M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, cit., p. 81. Cfr. anche R. SICURELLA, *Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law*, cit., p. 245.

5.

Considerazioni conclusive.

Non più considerabile come ultimo baluardo di un sistema giuridico di matrice puramente statale, anche la parte generale del diritto penale è coinvolta in quel generale processo di europeizzazione che ha caratterizzato, almeno sino ad oggi, la recente storia del vecchio continente.

L'impatto che la produzione legislativa sovranazionale e la giurisprudenza della Corte di giustizia producono sui sistemi penali nazionali si riscontra anche in alcuni principi fondamentali e istituti tradizionali delle loro parti generali. La sovrapposizione normativa, a livello europeo, di concetti di parte generale che trovano origine nelle tradizioni penali degli Stati membri ma che al tempo stesso si emancipano da queste ultime – grazie all'opera interpretativo-creativa della Corte di giustizia – per collocarsi in una posizione di autonomia e di supremazia rispetto ai corrispondenti concetti nazionali ha dato impulso ad una loro armonizzazione che sembra destinata, presto o tardi, a conoscere sviluppi più incisivi e coerenti.

In un'area senza frontiere interne che favorisce la crescita continua della mobilità di cittadini e imprese¹⁷⁵, gli obiettivi di armonizzazione e in futuro, forse, di unificazione penale rischiano infatti di essere vanificati qualora i particolarismi e le divergenze nazionali a livello di parte generale vengano mantenuti intatti. Se, sul piano normativo, il varo di direttive contenenti norme minime di parte generale potrebbe essere il primo rimedio, sul piano giurisprudenziale si ritiene che la Corte di giustizia potrebbe addirittura estendere esplicitamente la portata della competenza penale europea al ravvicinamento di alcuni concetti della parte generale stessa nel rispetto del principio di sussidiarietà UE. Nel frattempo, la Corte continuerà certamente ad armonizzare tutti quei concetti di parte generale rinvenibili nelle fonti dell'Unione, fornendo loro interpretazioni autonome in grado di vincolare gli Stati membri attraverso l'obbligo di interpretazione conforme al diritto europeo.

Parallelamente al dibattito sull'istituzione di una Procura europea e sulla possibilità per l'Unione di esercitare una competenza diretta in materia criminale, il fermento e la vivacità del diritto penale UE potrebbero stimolare la riflessione sui vantaggi di una codificazione sovranazionale di parte generale e sugli strumenti adeguati a realizzarla. Raggiungere simili risultati significherebbe fare un passo in avanti decisivo verso la compiuta realizzazione di quei sogni di libertà, di sicurezza e di giustizia collocati dal Trattato di Lisbona tra gli obiettivi istituzionali primari perseguiti dall'Unione europea, verso lo sviluppo di un comune sentimento di giustizia tra i cittadini UE e, in definitiva, verso la creazione di «un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa» (art. 1, co. 2 TUE).

L'Europa stessa, tuttavia, sta vivendo forse la fase di maggior crisi da quando, nell'ormai lontano 1957, sono stati adottati i Trattati di Roma¹⁷⁶. L'ottimismo che pervade questo lavoro sembra infatti contraddetto dai persistenti slanci di sovranità nazionale in materia penale nonché, peggio ancora, dal più generale, vistoso sentimento di rigetto rispetto all'Europa, generato anche dalla incapacità di dare risposte politiche comuni ed efficaci alla crisi economico-finanziaria che attraversa il vecchio continente.

In ogni caso, tale crisi non impedisce di affermare che la “caccia alle streghe” antieuropeista è un atteggiamento tanto facile quanto irrazionale ed antistorico, e che una resuscitata autarchia non sarebbe la soluzione dei problemi dell'Europa¹⁷⁷. Le evoluzioni della criminalità conseguenti non solo alla caduta delle frontiere interne all'Unione, ma anche all'inarrestabile fenomeno della globalizzazione esigono un approccio comune, in grado di fornire risposte effettive su scala europea in termini di prevenzione e di repressione della criminalità transnazionale e di tutela dei diritti fondamentali nell'ambito di uno spazio interno correttamente bilanciato nelle sue componenti di libertà, di sicurezza e di giustizia.

Per non interrompere e, anzi, per stimolare ulteriori e più positivi sviluppi dell'integrazione europea in materia penale, l'elaborazione di una parte generale comune razionale, coerente e rispettosa delle tradizioni giuridiche degli Stati membri deve quindi rappresentare un traguardo essenziale per l'Unione. A tal fine, sarà necessario un impegno deciso e costante da parte

¹⁷⁵ Comunicazione della Commissione su *L'agenda giustizia dell'UE per il 2020*, cit., p. 9.

¹⁷⁶ Vale a dire, come noto, i Trattati che istituirono la Comunità economica europea (CEE) e la Comunità europea dell'energia atomica (Euratom), e che peraltro seguirono al Trattato di Parigi del 1951 che istituì la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA).

¹⁷⁷ V. A. PATUELLI, *Nuova Europa o neonazionalismo*, cit., pp. 25 e 111.

delle istituzioni UE, degli Stati membri e della dottrina, il cui iniziale scarso interesse nei confronti dell'uropeizzazione del diritto penale e, in particolare, all'armonizzazione/unificazione della parte generale su scala continentale dovrà lasciare il posto ad un confronto costruttivo finalizzato a trovare risposte comuni a sfide concrete e attualissime.

PROCEDIMENTO PENALE, DIRITTO DI DIFESA E GARANZIE PARTECIPATIVE NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA*

Stefano Ruggeri

ABSTRACT

Gli ultimi due decenni hanno visto rafforzarsi nello scenario multiculturale europeo una concezione fortemente partecipativa di giustizia penale che, dovuta specie all'opera della giurisprudenza di Strasburgo, sta progressivamente diffondendosi in diversi settori del diritto processuale penale negli ordinamenti nazionali. All'interno del quadrante dell'Unione europea, superata la prima fase di normazione all'interno del III Pilastro, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha posto le basi per l'avvio di un impegno delle istituzioni dell'Unione volto al consolidamento di standard minimi di tutela del diritto di difesa in relazione non solo alle procedure di cooperazione ma anche ai procedimenti nazionali. Sebbene ciò abbia dato avvio a una nuova stagione d'intensa attività normativa, il carattere abbastanza frammentario delle riforme varate fa sì che la voce e la partecipazione di privati all'amministrazione della giustizia penale sia ancora debole. Il presente scritto analizza il cammino percorso dall'Unione europea negli ultimi due decenni verso il rafforzamento di difesa nell'ambito di procedure sia nazionali sia transfrontaliere, verificando inoltre se e in che misura l'armonizzazione operata dall'Unione soddisfi i livelli di tutela richiesti dalla giurisprudenza di Strasburgo e stabiliti nei sistemi costituzionali nazionali.

SOMMARIO

1. Considerazioni introduttive. Il cammino dell'Unione europea verso il rafforzamento delle garanzie partecipative della persona nel processo penale. – 2. Accertamento penale e diritto a partecipare personalmente al procedimento penale. – 2.1. Assenza dell'accusato e procedure penali. – 2.1.1. Assenza dell'accusato nel procedimento penale e mandato d'arresto europeo. – 2.1.2. Il diritto dell'accusato a partecipare al processo penale. – 2.2. Il diritto della vittima a partecipare al procedimento penale. – 3. Diritto al contraddittorio e garanzie difensive. – 3.1. Contraddittorio e diritto alla comprensione linguistica delle attività processuali. – 3.1.1. Il diritto dell'accusato alla comprensione linguistica. – 3.1.2. Il diritto della vittima alla comprensione linguistica. – 3.2. Contraddittorio e diritto all'informazione nel procedimento penale. – 3.2.1. Diritto dell'imputato all'informazione processuale. – 3.2.1.1. Diritto all'informazione sull'accusa. – 3.2.1.2. Diritto alla conoscenza degli atti processuali. – 3.2.2. Diritto della vittima all'informazione processuale. – 3.3. *Fairness* processuale e diritto a essere ascoltati nel procedimento penale. – 3.3.1. Premessa. – 3.3.2. La voce dell'imputato. – 3.3.3. La voce della vittima. – 4. Contraddittorio e libertà personale. – 4.1. Garanzie partecipative nelle procedure di consegna tramite il mandato d'arresto europeo. – 4.1.1. La disciplina UE del 2002. – 4.1.2. Il rafforzamento delle garanzie informative e partecipative della persona richiesta nella recente legislazione dell'Unione. – 4.2. Garanzie partecipative e supervisione di misure restrittive del diritto di libertà in altri Stati Membri. – 5. Contraddittorio e prova penale. Il diritto di difesa nell'assunzione della prova penale in altri Stati Membri. – 5.1. Premessa. – 5.2. Garanzie partecipative e prova penale nella Convenzione di Bruxelles. – 5.3. Contraddittorio e prova transnazionale. – 6. *EU law*, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diritto nazionale. – 6.1. Premessa. – 6.2. *EU law* a confronto con la Convenzione europea. – 6.3. *EU law* a confronto col diritto nazionale. – 6.4. Decostruzione degli ordini giuridici e definizione di nuovi modelli di tutela integrata dei diritti della persona. – 7. Conclusioni.

1.

Considerazioni introduttive. Il cammino dell'Unione europea verso il rafforzamento delle garanzie partecipative della persona nel processo penale.

Nell'evoluzione del percorso di europeizzazione del diritto penale processuale in atto nell'Unione europea non si rinvencono riconoscimenti normativi specifici del diritto al contraddittorio nelle sue manifestazioni tradizionali nei sistemi nazionali di giustizia penale. Ciò non significa peraltro un disinteresse delle istituzioni dell'Unione europea per le esigenze garantistiche inerenti al diritto a partecipare dialetticamente al processo penale, diritto che pone delle sfide che coinvolgono sia la tutela dei soggetti coinvolti nell'indagine penale sia la correttezza dell'accertamento stesso. In effetti, l'attenzione per la partecipazione difensiva delle parti, quale motore di un accertamento penale che possa dirsi autenticamente *fair*, ha attraversato il percorso di armonizzazione del diritto processuale nello scorso decennio, accompagnando l'evoluzione della normativa dell'Unione in tema di cooperazione transnazionale tra gli Stati Membri.

La consapevolezza da parte delle istituzioni dell'Unione della necessità di un approccio alla cooperazione internazionale congiunto al rafforzamento delle garanzie difensive era chiaramente visibile nella prima metà dello scorso decennio, allorché nel 2004 la Commissione europea avanzò la proposta di una Decisione-quadro su alcune garanzie processuali minime delle persone coinvolte in un'indagine penale nell'Unione europea¹. Al di là del riconoscimento di profili che costituiscono il necessario presupposto per l'esercizio di un'autentica dialettica processuale, un esplicito riferimento al contraddittorio figura nel richiamo alle garanzie stabilite dalla Convenzione europea in tema di diritto all'interpretazione, interpretazione che deve essere qualitativamente in grado di assicurare l'effettiva partecipazione dell'accusato al processo penale². Tale proposta avrebbe tuttavia dovuto attraversare un lungo processo di negoziati e discussioni tra gli Stati Membri UE, senza riuscire ad andare in porto.

Alle soglie dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le istituzioni dell'Unione adottarono così un'impostazione più graduale, varando una tabella di marcia volta all'introduzione di misure in grado di fissare specifici diritti processuali nei confronti del destinatario di procedure penali³. Tale *Roadmap* – inserita tra gli obiettivi del Programma di Stoccolma⁴ – ha condotto dal 2010 all'emanazione di provvedimenti normativi la cui importanza nel nuovo scenario europeo si lascia apprezzare non solo per la loro nuova veste formale (direttive e regolamenti), una volta abbattuta la struttura a tre pilastri del sistema dell'Unione, ma anche soprattutto per l'impostazione adottata, che s'inquadra nell'ambito della nuova cornice definita dalla riforma dei Trattati del 2009.

In effetti, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha segnato un significativo mutamento nel cammino di europeizzazione della giustizia penale, un cammino che non si limita più solo a settori del diritto penale transnazionale (le procedure di consegna, la prova transnazionale, ecc.) ma si estende anche all'armonizzazione del diritto processuale nazionale, all'interno delle macroaree tematiche indicate nell'art. 82 c. 2 TFUE. Significativamente, anche tali interventi normativi trovano la loro legittimazione sul piano del diritto dell'Unione solo lì dove e nella misura in cui l'armonizzazione sia necessaria allo scopo di facilitare l'applicazione del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie e la cooperazione giudiziaria e di polizia in materie aventi dimensioni transnazionali⁵. In fondo, l'obiettivo non è molto diverso da quello previsto dall'art. 31 c. 1 lett. c della previgente versione del TUE, che legittimava azioni comuni volte ad assicurare coerenza tra le regole applicabili negli Stati Membri nella misura necessaria a

¹ COM(2004) 328 finale.

² *Ibid.*, par. 69.

³ *Roadmap for strengthening the procedural rights of suspected and accused persons in criminal proceedings*. Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 (2009/295/01).

⁴ *The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting citizens* (2010/ C 115/01), § 2.4.

⁵ Art. 82 c. 2 TFUE.

* *Segue*. Il presente articolo costituisce la versione rielaborata e ampliata del mio contributo 'Contraddittorio e garanzie difensive in materia penale nella normativa dell'Unione europea', pubblicato nella *Revista de Estudos Criminais* 2015, pp. 25-67. La presente versione, rispetto a quella pubblicata online su *Diritto penale contemporaneo* (accesso 22 settembre 2015), è stata aggiornata alla Direttiva 2016/343/UE, emanata il 9 marzo 2016.

migliorare la cooperazione giudiziaria in materia penale. Ora come allora, l'intervento normativo dell'Unione è prevalentemente orientato verso le procedure di cooperazione e il rafforzamento del sistema di mutuo riconoscimento e, pur laddove persegue la promozione dei diritti individuali nell'ambito di procedure penali nazionali, è rimasto ancorato a una logica efficientistica, volta a consentire la più efficace azione comune di accertamento e indagine di reati perlopiù aventi dimensione transnazionale⁶. Diversa è invece la metodologia d'intervento, che mostra la consapevolezza di un'armonizzazione, sia pur per *standard* minimi, nei settori considerati, quale passaggio necessario per la compiuta realizzazione del sistema del mutuo riconoscimento.

All'interno di questa rinnovata cornice normativa, sebbene nessun riferimento specifico compaia al diritto di difesa e al contraddittorio in materia penale, le macro-aree tematiche indicate nell'art. 82 c. 2 TFUE – dalla previsione generale concernente la tutela della persona nel processo penale⁷ a quella relativa alla tutela specificamente rivolta alla vittima del reato⁸ – legittimano senza dubbio interventi di armonizzazione volti a rafforzare il diritto a un'effettiva partecipazione nelle attività processuali non solo dell'accusato ma anche di altri i soggetti coinvolti nell'accertamento penale. E verso questa prospettiva spinge la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di séguito, CDFUE), che proprio attraverso il Trattato di Lisbona ha assunto valore vincolante, equiparato a quello dei Trattati. Come vedremo, nel fornire un proprio apparato di garanzie anche in materia giurisdizionale, questa Carta dei diritti propone un assetto tutt'altro che autoreferenziale, richiedendo all'interprete una lettura orientata delle garanzie da essa previste verso altri strumenti di diritto internazionale di tutela dei diritti dell'uomo, in primo luogo la Convenzione europea⁹.

Lungo questo *fil rouge* possono essere così ricostruiti i provvedimenti varati dall'Unione all'indomani dell'entrata del Trattato di Lisbona. Emblematica anche nella prospettiva del presente studio la storica Direttiva del 2010 sul diritto all'interpretazione e traduzione nei procedimenti penali, Direttiva che – raccogliendo l'eredità della proposta di Decisione-quadro del 2004 e in linea con la costante giurisprudenza di Corte europea dei diritti dell'uomo – enfatizza l'esigenza che la traduzione sia di qualità sufficiente a tutelare la *fairness* del procedimento e a garantire, in particolare, che gli imputati sia posti in condizione di conoscere e comprendere adeguatamente delle accuse a loro carico e siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa¹⁰. Ma anche al di fuori della programmazione della *Roadmap* si collocano interventi normativi che possono essere apprezzati per il tentativo di rafforzare le garanzie partecipative anche di altri soggetti coinvolti a diverso titolo nella giustizia penale, *in primis* la vittima del reato¹¹.

Alla luce di tali premesse, questo studio analizza le tappe più significative dell'evoluzione del diritto dell'Unione verso la creazione di una regolamentazione sovranazionale sul diritto di difesa e alla partecipazione dialettica al procedimento penale. Al termine di questa disamina, il presente scritto si propone di verificare se e in che misura l'evoluzione del diritto dell'Unione ha effettivamente raccolto l'eredità metodologica della copiosa giurisprudenza di Strasburgo, il cui approccio ampiamente partecipativo al processo penale l'ha condotta a ricostruire i confini di garanzie difensive riconosciute all'accusato mediante una considerazione complessiva di tutti gli interessi coinvolti in un procedimento penale propriamente *fair*. Andrà inoltre analizzato se e in che termini l'evoluzione normativa dell'Unione si sta realizzando nel rispetto degli *standard* di tutela stabiliti dal diritto nazionale degli Stati membri, ovvero se le esigenze di armonizzazione e la necessità di affermare il primato del diritto dell'Unione prevalgono su

⁶ Già nella proposta di Decisione-quadro su certi diritti processuali in materia penale nell'Unione europea la Commissione europea presentò tale iniziativa normativa come “*the necessary complement to the mutual recognition measures that are designed to increase efficiency of prosecution. A set of agreed procedural rights to ensure equivalent treatment of suspected persons throughout the EU should enable judicial cooperation measures to be applied as efficiently as possible, especially those that envisage surrender of persons or of evidence to another Member State*”. Cfr. COM(2004) 328 finale, *Explanatory Memorandum*, § 52.

⁷ Art. 82 c. 2 lett. b TFUE.

⁸ Art. 82 c. 2 lett. c TFUE.

⁹ Art. 52 c. 3 CDFUE. Cfr. anche le Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali (2007/C 303/02).

¹⁰ Direttiva 2010/64/UE (di séguito, DirIT). In proposito cfr., tra gli altri, R.K. VOGLER, *Lost in Translation: Language Rights for Defendants in European Criminal Proceedings*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Heidelberg 2015, pp. 104 ss.

¹¹ Direttiva 2012/29/UE (di séguito, DirVR), che ha stabilito, sostituendo la Decisione-quadro 2001/220/GAI (di séguito, DQVPP), norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

consolidati di livelli di tutela individuali affermati dalle normative e dalle prassi applicative nazionali.

Le conclusioni cui perviene questa duplice analisi sono, nonostante i passi avanti compiuti, non particolarmente incoraggianti. La normativa dell'Unione tradisce in buona misura l'annunciata apertura verso altre esperienze ordinamentali, raccogliendo per un verso in modo minimalista l'eredità giurisprudenziale di Strasburgo e, per un altro, imponendo agli Stati Membri *standard* minimi di tutela che rischiano di vanificare le soglie di garanzie perviste dal diritto nazionale, in nome della pretesa esigenza di assicurare un'unicità d'approccio al diritto dell'Unione. Più a fondo, il diritto processuale che si delinea dai più recenti interventi normativi dell'Unione sembra mantenersi ancora lontano da una concezione autenticamente partecipativa del processo penale che, specie in ragione delle complesse sfide delle società attuali, deve porsi sempre più come spazio di ascolto e di composizione fra interessi confliggenti. In ciò s'invera la *fairness* processuale nel suo significato più autentico. Eppure, uno sguardo al percorso compiuto negli ultimi anni dal legislatore dell'Unione rivela una differenza metodologica che separa gli interventi normativi orientati al rafforzamento delle garanzie dell'accusato da quelli concernenti altri soggetti processuali. In particolare, l'impostazione seguita nell'armonizzazione dei diritti della vittima mostra un approccio ancora molto lontano dal riconoscimento di un autentico diritto al processo della persona offesa dal reato¹², anche e soprattutto perché i nuovi approdi di tutela sono spesso ancora rilasciati alle scelte dei legislatori nazionali¹³. Pressoché nessuna attenzione è inoltre ad oggi rivolta a soggetti coinvolti giocoforza nell'accertamento penale, soggetti terzi non gravati da alcuna *suspicion of guilt* e pur destinati a soffrire, sotto più riguardi, le conseguenze del processo penale.

2. Accertamento penale e diritto a partecipare personalmente al procedimento penale.

2.1. Assenza dell'accusato e procedure penali.

2.1.1. Assenza dell'accusato nel procedimento penale e mandato d'arresto europeo.

Il diritto a partecipare personalmente al processo non figura tradizionalmente tra le garanzie riconosciute alla persona sottoposta a una procedura internazionale di consegna estradizionale. In Europa, nulla prevedeva in proposito la Convenzione europea di estradizione del 1957 del Consiglio d'Europa e una previsione espressamente concernente le procedure *in absentia* fu inserita in questo strumento internazionale solo mediante il II Protocollo addizionale del 1978, peraltro in una versione abbastanza compromissoria e minimalista. Lo Stato richiesto avrebbe potuto discrezionalmente rigettare una richiesta di consegna volta all'esecuzione di una pena o un'ordinanza detentiva resa mediante una procedura *in absentia*, laddove reputasse non soddisfatti solo i requisiti minimi del diritto di difesa. Il Paese richiesto avrebbe comunque dovuto ottemperare all'istanza estradizionale, laddove lo Stato rogante offrisse garanzie sufficienti ad assicurare alla persona richiesta il diritto a un nuovo giudizio.

A quasi un quarto di secolo di distanza, la prima normativa dell'Unione europea varata nel nuovo contesto culturale del mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, la Decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo¹⁴ (di seguito, DQ MAE), adottò una soluzione normativa che riproduceva in buona misura l'impostazione tipica del modello di "estradizione

¹² M. CHIAVARIO, *Il "diritto al processo" delle vittime dei reati e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. proc.* 2001, pp. 938 ss.

¹³ S. ALLEGREZZA, *Victim's statute within Directive 2012/29/UE*, in L. LUPÁRIA (coord.), *Victims and criminal justice. European standards and national good practices*, Wolters Kluwer 2015, pp. 5 s.

¹⁴ DQ 2002/584/GAI.

condizionata”¹⁵. Così, tale provvedimento normativo inserì, significativamente tra le garanzie per la persona richiesta, la facoltà per l'autorità di esecuzione di subordinare la consegna – ogniquale il mandato d'arresto europeo fosse stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata *in absentia*, e laddove l'interessato non fosse stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata *in absentia* – alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisse assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio¹⁶.

Tale soluzione costituiva il chiaro tentativo di allineare la nuova procedura di consegna all'impostazione seguita dalla giurisprudenza di Strasburgo che tradizionalmente richiede che all'imputato sia comunque riconosciuta la possibilità di ottenere la rinnovazione del giudizio emesso *in absentia* nei propri confronti a meno che abbia esplicitamente rinunciato a parteciparvi. Sennonché proprio il carattere tassativo della garanzia stabilita nella DQMAE e soprattutto il fatto che essa fosse inserita all'interno di uno strumento caratterizzato, di regola, dall'obbligo di ottemperanza all'ordine emesso dall'autorità di un altro Stato Membro¹⁷ non consentivano all'autorità di esecuzione di subordinare la consegna a condizioni ulteriori a quelle previste. Né poteva l'autorità di esecuzione sindacare la qualità del giudizio restitutorio previsto dal diritto straniero e specificamente la sua idoneità a offrire all'imputato un'effettiva *chance* di recupero delle garanzie perdute. Del resto, abbiamo notato che la stessa garanzia era costruita come una semplice facoltà per l'autorità di esecuzione, col risultato che l'effettività della tutela del diritto dell'imputato a partecipare al processo, sul piano della cooperazione internazionale, rimaneva subordinata alla scelta discrezionale delle autorità nazionali di richiedere simili assicurazioni.

Questi difetti strutturali della disciplina del 2002 condussero le istituzioni dell'Unione a intervenire nuovamente sulla materia. A sette anni di distanza, la Decisione-quadro 2009/299/GAI emendò così il quadro normativo (tra altri provvedimenti) della DQMAE mediante l'introduzione di un nuovo art. 4a nel tessuto normativo del provvedimento normativo del 2002¹⁸. L'obiettivo principale perseguito da tale riforma è stato quello di definire – abbandonando l'incerto parametro dell'adeguatezza delle garanzie offerte dallo Stato emittente – le condizioni al ricorrere delle quali la persona può essere consegnata¹⁹. In base al quadro vigente, l'autorità di esecuzione può così dare esecuzione al mandato europeo laddove *a*) l'imputato in un procedimento penale condotto nello Stato emittente sia stato ufficialmente informato della data fissata per il processo e della circostanza che in sua assenza può essere emessa una decisione nei suoi confronti; *b*) l'imputato, reso edotto del processo, abbia dato mandato a un legale di difenderlo nel processo e ciò sia concretamente avvenuto; *c*) all'imputato sia stata notificata la decisione emessa *in absentia* e questi, debitamente informato della possibilità di ottenere una riapertura del giudizio con la possibilità di ottenere un riesame del merito del caso anche su base di nuovi mezzi di prova, non si sia avvalso di tale facoltà; *d*) la decisione emessa *in absentia*, pur non essendo stata notificata all'imputato prima della consegna, gli sarà notificata personalmente dopo la consegna e questi sarà debitamente informato della possibilità della riapertura del procedimento e delle modalità per avvalersi di questa possibilità.

Nonostante l'impegno definitorio, anche questo strumento normativo presta il fianco a non poche obiezioni da una prospettiva orientata al diritto di difesa e al contraddittorio. A ben guardare, la Decisione-quadro del 2009 non solo non mira in alcun modo ad armonizzare le procedure *in absentia* per i procedimenti nazionali ma neppure riconosce un generale diritto al processo valevole per le procedure transnazionali. Particolarmente problematica si rivela la scelta di considerare fungibili la partecipazione al processo e la possibilità di un rimedio restitutorio in grado di assicurare la riapertura del procedimento. Si tratta di un'impostazione metodologicamente discutibile sotto più di un riguardo. Già in relazione alla possibilità d'instaurare un rimedio restitutorio, la disciplina del 2009 prevede sì espressamente che esso

¹⁵ F. SIRACUSANO, *Nuove prospettive in materie di processo in absentia e procedure di consegna*, in T. RAFARACI (coord.), *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano 2011, p. 91.

¹⁶ Art. 5 c. 1 DQMAE.

¹⁷ Art. 1 c. 2 DQMAE.

¹⁸ In proposito cfr., per tutti, F. SIRACUSANO, *op. cit.*, pp. 90 ss.

¹⁹ Art. 4a c. 1 DQMAE.

debba assicurare un riesame del merito anche sulla base di *fresh evidence*, tuttavia l'informazione su tale possibilità può indistintamente collocarsi prima o dopo la consegna. Tale soluzione non è esente da rischi per il diritto di libertà dell'imputato, che nella seconda ipotesi può vedersi compromesso nell'eventualità in cui l'imputato sia posto in stato di detenzione in attesa dell'avvio del giudizio restitutorio – una situazione che, seppur passibile di revisione, è compensata solo dalla semplice possibilità di ottenere una sospensione o interruzione della detenzione²⁰.

Non meno delicata la questione concernente la qualità delle informazioni da cui dipende la consapevolezza e volontarietà delle scelte dell'imputato. Se è previsto che la *vocatio in iudicium* sia notificata personalmente all'imputato, della possibilità della riapertura del procedimento l'imputato deve essere espressamente informato. Non è invece richiesto che una simile fondamentale informazione sia personalmente notificata all'imputato, cosa del resto spesso inesigibile in un procedimento condotto *in absentia*, e dunque nulla assicura che il mancato ricorso a tale rimedio nel tempo stabilito sia il frutto di una libera scelta dell'imputato. Ma in realtà pure che la *vocatio in iudicium* vada notificata personalmente all'imputato è solo una delle eventualità previste dalla normativa europea, che considera legittimo che l'imputato venga informato ufficialmente con altri mezzi conformemente al diritto interno dello Stato membro emittente.

Tale profilo mette in luce un difetto metodologico della Decisione-quadro del 2009 che, lungi dal riprodurre un preciso ordine progressivo di condizioni, prevede disgiuntivamente situazioni ciascuna delle quali è idonea a soddisfare le esigenze del testo sovranazionale e dunque basta affinché si dia corso alla procedura di consegna²¹. Così, in presenza di un'espressa informazione, accompagnata alla notifica della decisione emessa *in absentia*, sulla possibilità di un rimedio restitutorio e laddove esso non sia stato attivato nei termini previsti, non è dato all'autorità di esecuzione sindacare se l'autorità procedente avesse fatto all'epoca tutto ciò che era in suo potere per far pervenire all'imputato un'informazione ufficiale del procedimento. Né, andando a ritroso, l'autorità di esecuzione, laddove l'imputato sia stato personalmente informato dello svolgimento del processo e delle draconiane conseguenze della sua assenza, è tenuta a verificare se all'imputato sia stata data una concreta possibilità di acconsentire allo svolgimento di un procedimento *in absentia* e quali siano le ragioni della sua assenza, ovvero se essa sia effettivamente espressiva di una volontaria e consapevole rinuncia a partecipare al processo²². A ben guardare, tutte le situazioni considerate – dall'informazione ufficiale ma non necessariamente personale dell'imputato, all'assenza dell'imputato, pur personalmente informato del procedimento e delle conseguenze della sua non comparizione, fino alla mancata proposizione del ricorso restitutorio – possono costituire amorphe circostanze, che non attestano l'effettiva volontà dell'imputato di rinunciare al proprio diritto al contraddittorio o alla partecipazione al nuovo giudizio.

2.1.2. *Il diritto dell'accusato a partecipare al processo penale.*

L'Unione europea non disponeva fino a tempi recenti di una disciplina concernente il diritto dell'accusato a partecipare personalmente al processo penale. La materia è stata regolamentata dalla Direttiva 2016/343/UE, emanata il 9 marzo 2016 e volta a disciplinare alcuni aspetti relativi alla presunzione d'innocenza e al diritto dell'accusato a essere presente al processo. Tale strumento normativo – dichiaratamente ispirato, nella parte in esame, alla Decisione-quadro 2009/299/GAI – mira a stabilire norme minime comuni volte ad armonizzare (stavolta) direttamente i procedimenti nazionali²³. Sennonché, riproducendo in maniera estremamente fedele l'impostazione adottata per le procedure di consegna internazionale, la nuova Direttiva rischia di sortire l'effetto inverso, legittimando sul piano interno prassi ben lontane

²⁰ Art. 4a c. 3 DQ_MAE.

²¹ F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 96.

²² Prudentemente Fabrizio Siracusano ipotizza la possibilità di una presunzione di rinuncia a partecipare personalmente al processo. Cfr. F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 97. Tale soluzione pare tuttavia incompatibile con la costante giurisprudenza di Strasburgo, che impone alle autorità procedenti di verificare l'esistenza di un'inequivoca rinuncia al diritto al processo da parte del suo titolare.

²³ Sull'idoneità della disciplina del 2009 a produrre un risultato indiretto di armonizzazione delle procedure *in absentia* cfr. F. SIRACUSANO, *op. cit.*, pp. 91 s.

dall'obiettivo primario perseguito, che è assicurare la partecipazione personale dell'accusato al processo penale.

In effetti, nonostante la solenne affermazione dell'art. 8 c. 1 della Direttiva²⁴, già l'alternativa della notifica personale della *vocatio in iudicium* e dell'informazione ufficiale mediante "altri mezzi"²⁵ rischia di rendere illusorio il conseguimento di tale ambizioso obiettivo. È vero che la Direttiva insiste sulla necessità di verificare la "diligenza delle autorità pubbliche nell'informare l'interessato"²⁶, sottolineando inoltre che il mezzo usato per l'informazione deve essere in grado di attestare che l'accusato sia stato reso edotto del processo. Nonostante tale formula limiti i margini di discrezionalità dei legislatori nazionali nella costruzione delle forme di tale informazione²⁷, la gamma delle possibili alternative resta tuttavia estremamente ampia e si presta a una diversità di soluzioni attuative. Non meno pericolosa la seconda eccezione, costituita dalla circostanza che l'imputato sia rappresentato in giudizio da un legale. Allontanandosi dalla proposta, che sulla falsariga della Decisione-quadro del 2009 richiedeva che l'imputato, reso edotto del processo penale, avesse conferito mandato a un legale affinché lo difendesse in giudizio, la Direttiva ha oggettivizzato tale situazione, consentendo la celebrazione di un processo penale *in absentia* alla condizione che "l'indagato o imputato, informato del processo, sia rappresentato da un difensore incaricato"²⁸. Se a ciò si aggiunge che può trattarsi anche di un legale nominato dallo Stato, ci si avvede di quanto poco garantistica sia quest'ipotesi nei confronti delle garanzie partecipative dell'imputato. Del resto, il fatto che il difensore rappresenti in giudizio l'imputato e persino il fatto che il legale sia munito di mandato fiduciario non attesta certo che l'accusato abbia avuto la "possibilità di rinunciar[e]" al processo, "esplicitamente o tacitamente, purché in modo inequivocabile"²⁹. Il che basta a far dubitare che le limitate eccezioni al diritto al processo contenute nella proposta in questione – contrariamente a quanto affermato nell'*Explanatory Memorandum*³⁰ – possano considerarsi in linea con la Convenzione europea.

Apparentemente in linea col proclamato obiettivo di assicurare la partecipazione personale dell'imputato al processo sembra invece la clausola che consente agli Stati Membri di procedere laddove, non ricorrendo le sue situazioni anzidette, l'imputato sia stato espressamente informato della possibilità di una riapertura del procedimento o di un'impugnazione in grado di fornire un riesame del merito. La proposta di Direttiva richiedeva anche l'importante requisito che l'imputato non si fosse avvalso di tale facoltà ma le ipotesi allora previste – e in particolare l'equiparazione tra la rinuncia al rimedio restitutorio e l'amorfa circostanza che il nuovo processo non fosse stato richiesto – sollevarono non poche critiche³¹. Nell'eliminare ogni riferimento in proposito, la Direttiva ha certo peggiorato la situazione, rendendo l'informazione sul nuovo processo o sul ricorso giurisdizionale condizione sufficiente per salvare la legittimità della condanna emessa *in absentia*. Sennonché, a differenza di quanto previsto (sia pur, oggi, in modo non vincolante) per l'informazione sul processo penale, la Direttiva appare parca di indicazioni quanto ai requisiti qualitativi dell'informazione sul rimedio restitutorio. In particolare, il fatto che tale informazione che non debba necessariamente tradursi in una notifica personale sembra smentire l'idea, contrariamente al proclamato obiettivo della proposta disciplina, che l'emanazione di una condanna *in absentia* possa essere sanata laddove l'imputato sia messo in condizione di partecipare al proprio *retrial*.

²⁴ La scelta terminologica non è stata delle più felici: la versione italiana – analogamente ad altre versioni linguistiche – sembra banalizzare i contenuti del diritto a partecipare al processo penale, assicurando il diritto a meramente "presenziare" al proprio processo.

²⁵ Tale alternativa, inizialmente prevista nel testo dell'art. 8 della proposta di Direttiva, è stata successivamente espunta dall'articolo normativo che, nel richiedere che l'accusato sia informato in modo adeguato del processo e delle conseguenze della sua non comparizione, non specifica come tali informazioni debbano essere realizzate. L'alternativa indicata nel testo figura oggi comunque nel Considerando n. 36 della Direttiva.

²⁶ Considerando n. 38. Risulta incomprensibile il perché la verifica di quest'importante presupposto, certamente in linea con la giurisprudenza di Strasburgo, debba avvenire solo "se del caso" e cosa esattamente questa formula significhi. Anche qui, sembra si aprano pericolosi margini di discrezionalità nell'attuazione legislativa nonché, laddove quest'ambigua formula venga riprodotta a livello nazionale, nell'applicazione concreta da parte delle autorità competenti.

²⁷ A questo riguardo, al di là della natura non vincolante delle indicazioni trasferite nel Considerando n. 36, una differenza è degna di nota e rischia di abbassare pericolosamente le soglie di garanzia: discostandosi dalla proposta, la Direttiva chiarisce che il mezzo usato per la notifica deve essere sì idoneo a consentire all'accusato di venire a conoscenza del processo ma non più in modo "inequivocabile".

²⁸ Art. 8 co. 2 lett. b.

²⁹ Considerando n. 35.

³⁰ *Explanatory Memorandum*, § 41.

³¹ Osservazioni critiche nei confronti di quest'ipotesi vennero formulate all'epoca dal CCBE.

A un'attenta analisi, la condizione dell'informazione su un nuovo processo o su un ricorso giurisdizionale presenta ulteriori, e non meno gravi, insidie. Per quanto palesemente ispirata alla giurisprudenza di Strasburgo, l'alternativa tra contraddittorio previo e partecipazione al *retrial*, quali soluzioni fungibili, appare metodologicamente plausibile solo nella misura in cui la soluzione restitutoria sia effettivamente in grado di recuperare tutte le *chance* difensive mancate. Ciò però non necessariamente si realizza in base al diritto nazionale, né la proposta normativa sembra tenere in alcun conto questa preoccupazione. Nonostante lo sforzo compiuto dalla Direttiva per specificare requisiti minimi del rimedio successivo che deve essere tale da consentire un riesame del merito della causa, incluso l'esame di nuove prove, e da condurre alla riforma della decisione originaria³², non è affatto detto che esso sia pienamente in grado di restituire all'imputato le opportunità perse. A seconda del complessivo assetto processuale interno, l'imputato può trovarsi a subire pesanti limitazioni, ad es., quanto all'accesso a riti alternativi, preclusi in gradi superiori, o restrizioni nel proprio diritto alla prova³³.

Non va infine sottovalutato il limitato ambito applicativo della Direttiva, che dichiaratamente tutela il diritto dell'imputato a partecipare non all'intero procedimento ma solo al "processo che può concludersi con una decisione di colpevolezza o innocenza dell'indagato o imputato"³⁴. Per la verità, il punto non è affatto chiaro e sensibili differenze emergono dall'analisi delle versioni linguistiche, alcune riferendosi appunto a ogni "processo" idoneo a condurre a una decisione sulla colpevolezza³⁵, altre più specificamente al solo dibattimento³⁶. La questione è assai rilevante e renderà probabilmente necessario un intervento chiarificatore dei giudici di Lussemburgo, incidendo sulla possibilità di estendere la garanzia anche a procedimenti alternativi volti a una decisione sulla colpevolezza al di fuori della sede dibattimentale. Dall'interpretazione (e dalla versione linguistica) che si adotti dipende anche la portata del rimedio restitutorio dell'art. 9.

A questo riguardo, due dati normativi appaiono degni di nota, per quanto militino a favore di interpretazioni pressoché antitetiche. Da un lato, il riferimento a un *retrial* sembrerebbe supportare un'interpretazione restrittiva. Dall'altro, l'ultimo comma dell'art. 8, che non figurava nell'iniziale proposta, facoltizza gli Stati Membri a mantenere lo *status quo* laddove il diritto nazionale preveda che "il procedimento o talune sue fasi si svolgano per iscritto, purché ciò avvenga in conformità con il diritto a un equo processo". A primo acchito, questa previsione sembrerebbe ulteriormente depotenziare la portata delle nuove garanzie, consentendo al diritto nazionale di escludere la partecipazione personale dell'accusato a fasi del processo che, pur non essendo volte a esaminare il merito, tendono a una verifica del corretto esercizio della giurisdizione penale (ad es., decisione sull'archiviazione del caso ovvero il controllo successivo sull'azione penale nella fase intermedia, laddove previsto dal diritto nazionale), ovvero a giudizi intermedi che forniscono garanzie fondamentali per la persona (ad es., la decisione sull'archiviazione del caso) e persino a decisioni incidentali pur capaci di condurre a restrizioni di diritti individuali (ad es., la decisione cautelare). Sennonché questa precisazione sarebbe probabilmente superflua in quest'ottica, sol che si consideri che sia le decisioni intermedie del procedimento principale sia le decisioni incidentali, quand'anche affrontino in via parziale o prognostica il *fumus delicti*, non sono rivolte a una decisione sulla colpevolezza e quindi comunque esulerebbero dall'ambito applicativo della Direttiva, quale che sia l'interpretazione linguistica che si predilige del co. 2.

Ciò induce a concludere che le fasi e procedimenti per i quali gli Stati Membri potrebbero escludere il diritto alla partecipazione personale debba essere ricercato (e ritagliato) all'interno dell'area applicativa del nuovo strumento normativo, quindi all'interno del novero dei procedimenti volti a una decisione sulla colpevolezza. Il che sembra smentire l'idea di un'interpretazione restrittiva: se il diritto a presenziare al processo fosse circoscritto al solo dibattimento, avrebbe poco senso l'ulteriore precisazione secondo cui per (diverse) fasi del procedimento il

³² Art. 9.

³³ Così, in Italia, la riforma del 2005, pur spianando la strada alla restituzione in termini per appellare una sentenza contumaciale, continuava ad assoggettare l'imputato a un difficile onere probatorio per ottenere la riassunzione di prove in secondo grado.

³⁴ Art. 8 co. 2.

³⁵ In tal senso, oltre la versione italiana, si muovono anche le versioni in altre lingue latine, quale la versione francese (*procès*), portoghese (*julgamento*), rumena (*proces*) e spagnola (*juicio*). Nello stesso anche la versione greca (*δίκη*).

³⁶ In tal senso la versione inglese (*trial*), nonché, a quanto pare, la versione tedesca che, nell'utilizzare il termine *Verhandlung* sembra rinviare alla *Hauptverhandlung* o *Hauptverfahren*, che è appunto il dibattimento.

diritto nazionale potrebbe prevedere la sola forma scritta o escludere la partecipazione personale dell'imputato. Più plausibile un'interpretazione estensiva, volta al riconoscimento del diritto a presenziare a ogni giudizio sulla responsabilità penale, quale che ne sia la sede, ferma restando la possibilità per il diritto nazionale di escludere da questa regola specifici procedimenti o fasi. Nella prospettiva dell'ordinamento italiano, il legislatore potrebbe considerarsi legittimato a configurare quali procedimenti interamente cartolari, escludendo anzi ogni partecipazione dell'imputato, tanto le decisioni sulla responsabilità penale in udienza preliminare (giudizio abbreviato) quanto i giudizi sulla colpevolezza in sede extradibattimentale (patteggiamento e rito monitorio). Nell'abbreviato o nel patteggiamento il problema è relativo, non solo perché ambedue i riti possono essere richiesti solo dall'imputato personalmente o dal legale munito di procedura speciale ma anche perché specificamente il procedimento patteggiamento prevede il potere-dovere del giudice di disporre la comparizione dell'imputato per verificare la volontarietà del consenso³⁷. Ben più delicata la questione per il rito monitorio, nel quale l'imputato è istituzionalmente escluso dalla fase anteriore all'emanazione del decreto penale (è l'unico caso di azione penale non recettizia). Di più, a differenza di quanto previsto nel codice 1930, l'opposizione a decreto può essere proposta anche dal difensore sornito di procura generale e, secondo l'interpretazione ormai prevalente della giurisprudenza di legittimità, persino dal legale d'ufficio. Il che basta a far dubitare che la scelta oppositiva sia espressiva del consenso dell'imputato e, più a fondo, che il legale che assuma tale iniziativa sia mai riuscito a rinvenire concretamente il proprio assistito³⁸.

In definitiva, la nuova Direttiva sembra non solo avere riconosciuto in modo eccessivamente flessibile il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al proprio processo ma averlo riconosciuto in un ambito estremamente limitato, che esclude *a priori* decisioni intermedie e incidentali, quand'anche incidano pesantemente sulle libertà fondamentali dell'individuo. Peraltro, anche all'interno del novero dei procedimenti cui il diritto alla presenza personale dovrebbe applicarsi, grandi margini di manovra sono stati rilasciati al legislatore nazionale. In fondo, illuminante sull'impostazione seguita appare il Considerando n. 41, che a chiare lettere precisa che "il diritto di presenziare al processo può essere esercitato solo se vengono svolte una o più udienze", il che implica che "il diritto di presenziare al processo non si applica se le norme procedurali nazionali applicabili non prevedono alcuna udienza". Come il diritto nazionale debba poi "rispettare la Carta e la CEDU, come interpretate dalla Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in particolare relativamente al diritto a un equo processo", non è francamente dato comprendere.

2.2.

Il diritto della vittima a partecipare al procedimento penale.

L'evoluzione della normativa dell'Unione con riguardo alla tutela della vittima e l'attenzione rivolta a questo soggetto processuale nel TFUE impone oggi di verificare se ed entro che limiti è oggi configurabile un diritto della vittima a partecipare personalmente al procedimento penale, nonché quali differenze si colgono rispetto alla posizione dell'imputato, nei termini in cui abbiamo visto definito il suo diritto a prendere parte al processo penale.

La Direttiva del 2012 sui diritti della vittima di reato presenta un approccio molto cauto quanto al ruolo della persona offesa nel procedimento penale. Il diritto a partecipare al procedimento penale dipende da molte variabili, perlopiù discendenti dalla fisiologica diversità delle soluzioni offerte dagli ordinamenti nazionali, quanto alla posizione della vittima, al suo *status* formale, e così via – criteri, questi, che gli Stati Membri devono considerare nel definire la portata dei diritti della vittima riconosciuti dal nuovo testo sovranazionale³⁹. La valenza di quest'affermazione non è del tutto chiara e, nella misura in cui rinvia al diritto nazionale, può essere vanificata dalla circostanza che quest'ultimo per avventura non assegni alcun ruolo alla vittima⁴⁰.

³⁷ Art. 446 co. 5 c.p.p.

³⁸ Per un esame più dettagliato della questione mi permetto di rinviare al mio *Il procedimento per decreto penale*, in G. Di Chiara (coord.), *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, Torino, pp. 133 ss.

³⁹ Considerando n. 20 DirVR.

⁴⁰ S. ALLEGREZZA, *op. cit.*, p. 6.

Ciò posto, si tratta di verificare come il diritto dell'Unione configuri specificamente la partecipazione personale della vittima al procedimento penale. A primo acchito, la Direttiva sembra assumere una posizione neutra al riguardo, come sembra ricavarsi dall'affermazione del Considerando n. 47, secondo cui le spese dovrebbero essere rimborsate solo nella misura in cui la vittima è obbligata o invitata dalle autorità competenti ad essere presente e a partecipare al procedimento penale. A ben guardare, la partecipazione personale della vittima al procedimento penale è senz'altro vista con favore dal legislatore sovranazionale, purché alla partecipazione personale si accompagni un ruolo attivo della persona offesa. In questi termini si esprime la Direttiva nel legittimare la vittima a richiedere la traduzione di documenti da essa considerati fondamentali per la propria difesa, all'interno dei quali non sussiste tuttavia alcun obbligo di traduzione dei passaggi che non sono rilevanti allo scopo di consentire alle vittime di partecipare attivamente al procedimento penale⁴¹. Analogamente la Direttiva del 2012 richiede che gli Stati Membri concedano alle vittime che partecipino al procedimento penale la possibilità di ottenere il rimborso delle spese sostenute a seguito della loro attiva partecipazione⁴².

Tale approccio appare insidioso. Cosa s'intende per partecipazione attiva? E soprattutto, chi dovrebbe decidere se una partecipazione lo è o meno? La nettezza di tali riconoscimenti è peraltro considerevolmente smorzata dal fatto che la partecipazione personale della vittima al procedimento resta comunque condizionata al ruolo della vittima nei vari sistemi nazionali di giustizia penale⁴³ e soprattutto che molte delle garanzie difensive, come vedremo, sono condizionate all'iniziativa della difesa, non incombendo alcun obbligo di promuoverne l'attivazione in capo all'autorità procedente.

3. Diritto al contraddittorio e garanzie difensive.

3.1. *Contraddittorio e diritto alla comprensione linguistica delle attività processuali.*

3.1.1. *Il diritto dell'accusato alla comprensione linguistica.*

Si è osservato che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha segnato l'avvio di un'intensa stagione di iniziative normative da parte delle istituzioni dell'Unione europea, volte all'attuazione di un programma avente l'obiettivo di potenziare le garanzie difensive, specie dell'accusato, all'interno del processo penale. Qui emerge una ben più lineare continuità con l'impostazione della Corte di Strasburgo e con la costante sottolineatura da parte di quest'ultima delle necessità di assicurare all'imputato non una partecipazione purchessia al procedimento penale bensì una partecipazione effettiva e potenzialmente attiva.

È significativo che in un'area geopolitica fisiologicamente caratterizzata da una spiccata tendenza multilinguistica, dove convivono oggi 24 lingue ufficiali, la prima Direttiva emanata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, volta a fissare *standard* minimi valevoli anzitutto per le procedure nazionali, abbia avuto ad oggetto, conformemente allo scadenziario fissato nella *Roadmap* del 2009, il diritto alla traduzione e interpretazione nei procedimenti penali. Tale provvedimento riveste un indubbio interesse anche nella prospettiva del diritto al contraddittorio. Del resto, come si è notato, la giurisprudenza di Strasburgo insiste sul fatto che la base per instaurare un effettivo contraddittorio processuale sia data dalla possibilità di una realistica comprensione del procedimento⁴⁴. La Direttiva del 2010 attinge a quest'eredità culturale sul piano del diritto sia all'interpretazione che alla traduzione. Il primo deve essere assicurato con riguardo non solo ad attività processuali che direttamente coinvolgono

⁴¹ Art. 7 c. 5 DirVR.

⁴² Art. 14 DirVR.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Tale legame appare chiaro nella formulazione dell'art. 3 c. 1 DirIT.

l'imputato, dall'interrogatorio di polizia all'esame giudiziale⁴⁵, ma anche a tutte le udienze giurisdizionali, ivi comprese quelle delle fasi intermedie⁴⁶. L'adeguata comprensione linguistica è senz'altro funzionale a consentire la partecipazione dialettica dell'accusato alla formazione della prova e, in questa prospettiva, il riconoscimento del diritto all'interprete pone le basi per la migliore comunicazione tra imputato e difensore nelle attività di udienza⁴⁷.

D'altra parte è chiaro che il contraddittorio può compiutamente realizzarsi solo con riguardo a un certo addebito. Notevole rilevanza riveste così l'obbligo, che la Direttiva fa gravare sulle legislazioni nazionali, di assicurare al destinatario dell'indagine penale la traduzione di tutti gli atti essenziali del procedimento – una categoria la definizione dei cui contenuti è in gran parte rilasciata alle competenti autorità nazionali ma che certamente comprende l'addebito⁴⁸. La portata di questa fondamentale garanzia non è peraltro riconosciuta uniformemente in tutte le versioni linguistiche ufficiali di questo testo normativo e da ciò dipende in buona misura la possibilità di partecipare attivamente ai giudizi intermedi, come riconosciuto per il diritto all'interpretazione. Ad esempio, sia nella versione inglese che in quella francese⁴⁹, la traduzione dell'addebito viene garantita con riguardo tanto all'imputazione formale accusa quanto all'addebito formulato nella fase preliminare, mentre in altre versioni linguistiche nessuna distinzione viene fatta⁵⁰, anzi vengono adoperate espressioni che puntualmente rimandano all'imputazione formale⁵¹. Un'interpretazione del testo sovranazionale in quest'ultima direzione non sarebbe tuttavia consona all'impostazione generale di questo provvedimento normativo, che ha inteso riconoscere il diritto alla traduzione non solo all'accusato ma anche all'indagato⁵². Il risultato di un'interpretazione restrittiva sarebbe quello di privare l'indagato della possibilità di fornire il proprio contributo in quelle decisioni intermedie che, incidendo sui propri diritti fondamentali, presuppongono la formulazione di un addebito provvisorio e un giudizio di qualificata *suspicion of guilt*.

3.1.2. *Il diritto della vittima alla comprensione linguistica.*

Del diritto all'interpretazione e traduzione nella prospettiva della vittima da reato si occupa specificamente la Direttiva 2012/29/UE. Alla comprensione linguistica della persona offesa è dedicato ampio spazio in questo provvedimento normativo, che richiede dagli Stati Membri un impegno attivo volto ad assicurare alla vittima, fin dal primo contatto con le autorità e la presentazione della denuncia⁵³, il diritto a comprendere e a essere compresa⁵⁴, diritto che deve essere garantito nella sua massima effettività, fornendo tra l'altro alla vittima informazioni in una lingua il più semplice e accessibile possibile⁵⁵.

All'interno di questa cornice, specifiche garanzie concernono il diritto alla comprensione linguistica finalizzata alla partecipazione della vittima al procedimento. La Direttiva del 2012 dedica un'ampia previsione al diritto all'interpretazione e traduzione nel procedimento penale, che in buona misura riprende i contenuti delle analoghe previsioni contenute nella Direttiva del 2010 sul diritto dell'accusato all'interpretazione e traduzione nelle procedure penali. Ma subito ci si avvede di alcuni elementi differenziali, che depotenziano la portata di questo riconoscimento. Così, la Direttiva del 2012 impegna sì gli Stati Membri ad assicurare alla persona offesa, che lo richieda, il diritto ad essere affiancata gratuitamente da un'interprete in

⁴⁵ Può sorprendere il mancato riferimento agli interrogatori condotti dal pubblico ministero, di particolare delicatezza specie in quegli ordinamenti in cui la collocazione di quest'organo, separato dalla magistratura, non consente di costruirne le funzioni in termini di garante della legalità processuale, evidenziandone piuttosto sin da subito le spiccate fattezze di accusatore pubblico. Ma, a ben vedere, si tratta di una lacuna solo apparente, che può essere colmata mediante il richiamo generale alla necessità di assicurare l'interpretazione durante il procedimento penale davanti ad autorità con funzioni investigative e giudicanti (art. 2 c. 1).

⁴⁶ Art. 2 c. 1 DirIT.

⁴⁷ Art. 2 c. 2 DirIT.

⁴⁸ Art. 3 c. 3 DirIT.

⁴⁹ Nel testo inglese la formula è “any charge or indictment”, mentre in quello francese “toutes charges ou tout acte d'accusation”.

⁵⁰ Nessuna distinzione figura invece, ad esempio, nel testo italiano (“gli atti contenenti i capi d'imputazione”) e in quello tedesco (“jegliche Anklageschrift”).

⁵¹ Ad es., nel testo spagnolo si parla di “escrito de acusación”.

⁵² Art. 3 c. 1 DirIT.

⁵³ Art. 5 c. 1 DirVR.

⁵⁴ Art. 3 DirVR.

⁵⁵ Art. 3 c. 2 DirVR.

tutte le udienze, anche preliminari, e in ogni interrogatorio o audizione, anche da parte degli organi inquirenti e della polizia; ciò, tuttavia, compatibilmente col ruolo della vittima previsto nel sistema giudiziario penale del Paese di riferimento⁵⁶. La normativa UE legittima peraltro l'uso di tecnologie di comunicazione quali la videoconferenza, il telefono o internet, a meno che la presenza fisica dell'interprete non sia necessaria perché la vittima possa esercitare correttamente i propri diritti o comprendere il procedimento⁵⁷. Questa precisazione – introdotta da una clausola che, nel fare salvi i diritti della difesa, impegna al rispetto della discrezionalità giudiziale – è abbastanza oscura ma lascia intendere che si possa prescindere dalla presenza fisica dell'interprete purché ciò non comprometta i diritti di difesa. Nonostante ciò sia oggi tecnicamente possibile, il sol fatto che la vittima – spesso costretta, a seconda dello *status* che ricopre nel procedimento nazionale⁵⁸, a presentarsi all'autorità procedente e gravata dell'obbligo di rispondere compiutamente e secondo verità alle domande che le vengono poste – non possa contare sulla presenza *in loco* dell'interprete, con cui potere direttamente dialogare e cui poter chiedere delucidazioni su specifiche questioni o domande, sembra tuttavia essere in sé pregiudizievole per il pieno esercizio del diritto di difesa. D'altra parte, non si vede con quali altri interessi il diritto alla comprensione linguistica possa essere discrezionalmente bilanciato per ottenere questo risultato. Senza contare che tale impostazione finisce per essere in contraddizione col riconoscimento alla vittima del diritto di essere accompagnata da parte di una persona di fiducia al primo contatto con l'autorità, contatto che ben può coincidere con l'interrogatorio condotto dagli organi inquirenti.

Analoghe perplessità valgono per il diritto alla traduzione, riconosciuto anch'esso gratuitamente, analogamente a quanto avviene per l'accusato, in relazione alle informazioni essenziali ad assicurare il diritto di difesa. Nuovamente, la portata di tale riconoscimento è considerevolmente smorzata dal fatto che il diritto alla traduzione delle informazioni essenziali deve essere garantito compatibilmente col ruolo assegnato alla vittima dal diritto nazionale e nella misura in cui esso permetta alla persona offesa l'accesso a tali informazioni⁵⁹. La Direttiva del 2012 menziona alcune informazioni considerate presuntivamente essenziali tra le quali significativamente, a differenza di quanto previsto per l'accusato, non figura l'imputazione, sebbene palesemente si tratti di un'informazione senza la quale nessuna strategia difensiva può essere per definizione approntata. Nell'ipotesi in cui l'addebito non dovesse essere considerata un'informazione essenziale, risulterebbe in buona misura frustrata la traduzione della *vocatio in iudicium*, assicurata dall'art. 7 c. 4 DirVR. La disciplina diviene nuovamente criptica nella parte in cui esime dall'obbligo di traduzione di passaggi non fondamentali ai fini di una partecipazione attiva della persona offesa. Se l'obbligo di traduzione scatta solo per i documenti essenziali all'esercizio del diritto di difesa, come possono poi esserci passaggi non fondamentali ad assicurare la partecipazione attiva della persona offesa?

La disciplina sul diritto della vittima alla traduzione e interpretazione si espone poi complessivamente a ulteriori e più gravi rilievi critici. A differenza di quanto avviene per l'accusato, il diritto alla comprensione linguistica è assicurato solo a richiesta dell'interessato, laddove in assenza di qualunque iniziativa di quest'ultimo non incombe alcun obbligo per l'autorità procedente di verificare la sua capacità di comprendere le dinamiche processuali e, quando le difficoltà linguistiche risultino agli atti, di disporre la nomina di un interprete. Né si richiede all'autorità procedente di verificare la volontarietà dell'eventuale rinuncia da parte della vittima all'assistenza linguistica, nonché soprattutto la sua consapevolezza delle conseguenze di questa scelta, cosa che appare in aperto contrasto col proclamato obiettivo di garantire la partecipazione attiva ed effettiva della persona offesa al procedimento penale.

D'altra parte, la Direttiva del 2012 conclude chiarendo che l'esercizio del diritto all'interpretazione e traduzione non può pregiudicare irragionevolmente la durata del procedimento penale⁶⁰. A questo riguardo, il Considerando n. 36 precisa che la circostanza che la vittima

⁵⁶ Art. 7 c. 1 DirVR.

⁵⁷ Art. 7 c. 2 DirVR.

⁵⁸ Nel sistema processuale italiano, l'esame dibattimentale della parte civile segue la disciplina prevista per l'esame delle parti se questa non deve essere sentita come testimone (art. 208 c.p.p.). Nelle indagini preliminari la persona offesa è esaminata col regime previsto per le persone informate sui fatti, disciplina che comporta la possibilità di ottenere coattivamente la sua presenza e la delimitazione del diritto al silenzio ai soli profili concernenti la propria posizione soggettiva.

⁵⁹ Art. 7 c. 3 DirVR.

⁶⁰ Art. 7 c. 8 DirVR.

parli una lingua non di uso esteso non dovrebbe costituire di per sé un motivo per decidere che l'interpretazione o la traduzione prolungherebbero irragionevolmente il procedimento penale. Nondimeno, il riferimento alla necessità di bilanciare il diritto alla comprensione linguistica con la ragionevole durata del procedimento – riferimento significativamente assente nella disciplina concernente l'imputato – mortifica il senso dell'assistenza linguistica, dando luogo al rischio di attuazioni da parte delle legislazioni nazionali che riducano al minimo la sua portata garantistica in nome dell'esigenza di non frustrare la ragionevole durata del procedimento. D'altronde, la Direttiva – pur riconoscendo alla vittima, sulla falsariga di quanto previsto per l'imputato, il diritto a un ricorso avverso la decisione che le nega l'assistenza linguistica – chiarisce che ciò non implica per gli Stati Membri l'obbligo di prevedere un mezzo di reazione *ad hoc*⁶¹. Sennonché è evidente il pregiudizio che deriva per la vittima dalla scelta di sottoporre tale ricorso al regime previsto per i ricorsi avverso decisioni incidentali, laddove il sistema nazionale prescriva che queste possano essere impugnate solo con l'impugnazione della decisione conclusiva del giudizio⁶². Una simile soluzione, nell'evitare la frammentazione del procedimento in rivoli impugnatori, priverebbe la persona offesa dell'assistenza linguistica per l'intero (grado di) giudizio.

3.2. *Contraddittorio e diritto all'informazione nel procedimento penale.*

3.2.1. *Diritto dell'imputato all'informazione processuale.*

3.2.1.1. *Diritto all'informazione sull'accusa.*

Notoriamente un'adeguata informazione è essenziale per assicurare al destinatario di un'indagine penale l'effettiva partecipazione al procedimento. La recente Direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali⁶³ persegue quest'obiettivo principalmente in un duplice direzione, garantendo all'imputato il diritto ad essere informato sull'accusa e a conoscere i risultati dell'accertamento penale.

Con riguardo al primo profilo, la Direttiva propone una nozione di “*accusation*” in linea col concetto autonomo di “*charge*” elaborato dalla Corte di Strasburgo con riguardo all'art. 6 c. 1 CEDU⁶⁴. Più specificamente, il legislatore europeo garantisce a indagati e imputati un doppio livello di informazione sull'addebito: una prima e immediata informazione sul fatto di reato, che va fornita a tal punto dettagliata da assicurare l'esercizio di difesa e la complessiva *fairness* processuale⁶⁵ e un'informazione sull'accusa, da fornire al più tardi al momento della formulazione dell'imputazione che dà corpo al processo giurisdizionale, informazione quest'ultima che deve includere la natura e qualificazione giuridica del fatto, nonché la natura della partecipazione del singolo imputato all'*affair* criminoso⁶⁶. Sebbene la distinzione tra le due tipologie di atto imputativo (e conseguentemente tra le due tipologie d'informazione) non sia del tutto lineare⁶⁷, risulta chiara l'intenzione delle istituzioni UE di potenziare il diritto al contraddittorio nella fase preliminare mediante un'informazione che, a seconda dell'evoluzione del procedimento, ben può raggiungere i livelli di completezza richiesti dall'art. 6 c. 3 DirIPP. Tale

⁶¹ Considerando n. 35.

⁶² In Italia, ad esempio, a meno che non sia diversamente previsto, l'impugnazione contro le ordinanze emesse nel corso degli atti preliminari ovvero nel dibattimento può essere proposta, a pena di inammissibilità, soltanto con l'impugnazione contro la sentenza (art. 586 c.p.p.).

⁶³ Direttiva 2012/13/UE (di seguito, DirIPP). Per un'analisi di questo provvedimento normativo cfr. S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., pp. 81 ss.

⁶⁴ Considerando n. 14.

⁶⁵ Art. 6 c. 1 DirIPP.

⁶⁶ Art. 6 c. 3 DirIPP.

⁶⁷ Per un verso, non si può escludere che le più qualificate informazioni dell'art. 6 c. 3 siano necessarie, sia pur a un livello più embrionale, per assicurare l'esercizio dei sensi del paragrafo 1 dello stesso articolo. Per altro verso, l'informazione sull'accusa qualificata, sia all'interno della fase preliminare che successivamente, ben può assumere diverse valenze a seconda dello stadio di avanzamento dell'accertamento penale, come esplicitamente riconosciuto dal Considerando n. 28 DirIPP. Per un approfondimento sulla questione cfr. S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, pp. 87 s.

informazione, seppur dotata del necessario tecnicismo⁶⁸, deve comunque essere assicurata in una lingua “accessibile” all’indagato in modo da assicurare l’esercizio del diritto di difesa e la *fairness* del procedimento; ed è chiaro che l’accessibilità dell’addebito deve passare anzitutto attraverso la comprensione linguistica dell’addebito.

Insomma, superando rigide distinzioni, la normativa sovranazionale sembra complessivamente adottare, lungo il filo rosso della nozione di “accusa”, una concezione graduale e flessibile di contraddittorio, destinata a variare, quanto a contenuti, a seconda dello stadio di avanzamento del procedimento penale, imponendo quindi alle autorità procedenti diversi livelli di dettaglio nell’informazione dovuta⁶⁹. Così un’informazione inevitabilmente essenziale è dovuta in caso di arresto, data la ristretta tempistica dello stesso, mentre un maggiore onere di dettaglio è richiesto in caso di detenzione procedimentale, specie in quegli ordinamenti fondati su uno *strong suspicion of guilt*, quantunque diversamente qualificato⁷⁰.

Un profilo particolarmente delicato, nel rapporto tra contraddittorio e diritto di difesa, attiene alle garanzie da assicurare all’imputato nel caso di mutamento dell’addebito. Se la partecipazione dialettica al procedimento dipende anzitutto da una conoscenza della direzione dell’indagine penale, è chiaro che, al variare quest’ultima, alle parti deve essere assicurata l’opportunità di conoscere per tempo eventuali modifiche intervenute nell’addebito e adeguare la propria strategia difensiva. La disciplina sovranazionale, con una formula abbastanza equivoca, si limita a stabilire che di ogni eventuale cambio venga prontamente informato l’imputato se ciò è necessario ad assicurare la *fairness* del procedimento⁷¹. Non vedo francamente quando ciò non possa avvenire: persino nella fase preliminare, laddove il bilanciamento di interessi con la segretezza investigativa non osti alla comunicazione dell’informazione prevista nell’art. 6 c. 1 DirIPP, è evidente che la difesa non potrà essere frustrata dalla mancata comunicazione di eventuali cambi nell’addebito provvisorio. La Direttiva omette invece di considerare profili di estrema delicatezza nell’ottica del contraddittorio probatorio e spetta così ai legislatori nazionali definire i limiti entro cui l’addebito può essere modificato e i precisi diritti che spettano all’imputato una volta ridefinita l’accusa. La normativa sovranazionale appare essere in ciò carente e non sembra dunque coltivare adeguatamente l’esigenza di un’armonizzazione anche solo per *standard* minimi. Se non altro, ad esempio, sarebbe stato opportuno assicurare che all’imputato fosse garantita la traduzione di ogni eventuale modifica dell’addebito e che, all’esito del mutamento dell’addebito, gli venissero riconosciute le stesse facoltà ordinariamente spettantigli con riguardo all’addebito originario, secondo quanto previsto dalla legislazione nazionale.

3.2.1.2. *Contraddittorio e conoscenza degli atti processuali.*

L’esigenza di un contraddittorio informato non può considerarsi appagata garantendo la sola informazione sull’accusa e sulle sue eventuali modifiche. Un altro aspetto di grande rilevanza concerne l’accesso agli atti e dunque la conoscenza delle risultanze investigative. Del resto, la giurisprudenza di Strasburgo ha in più occasioni riconosciuto che la partecipazione dialettica risulta retorica se la difesa non dispone dell’adeguata conoscenza della traiettoria della strategia del pubblico ministero e dei risultati dell’accertamento⁷². La disciplina dell’Unione europea riconosce tale fondamentale garanzia a un doppio livello, assicurando una pronta informazione anzitutto alla persona arrestata o detenuta, al fine di consentirle un’efficace contestazione dell’ordine detentivo⁷³, e in generale all’accusato non in stato di arresto o detenzione⁷⁴. La distinzione perde comunque la sua rilevanza quanto alla possibilità per l’autorità proceden-

⁶⁸ Per la *Letter of rights* è specificamente previsto che l’informazione sia garantita in modo non tecnico e con un linguaggio accessibile a una persona non dotata di competenze giuridiche. Cfr. Considerando n. 38.

⁶⁹ Considerando n. 29 DirIPP.

⁷⁰ Art. 6 c. 2 DirIPP.

⁷¹ Art. 6 c. 3 DirIPP.

⁷² Anche in questa prospettiva, comunque, i rapporti tra diritto al contraddittorio e diritto di difesa non sono improntati ad assoluta coerenza nel sistema della CEDU. Così la Corte europea non irrigidisce il diritto a preparare la difesa al punto da ritenere convenzionalmente illegittima la limitazione di accesso agli atti del procedimento al solo legale. Cfr. CtEDU, 21 settembre 1993, *Kremzow v. Austria*.

⁷³ Art. 7 c. 1 DirIPP.

⁷⁴ Art. 7 c. 2 DirIPP.

te di negare l'accesso agli atti, possibilità che in ambedue le ipotesi è legata al bilanciamento tra il diritto all'informazione e altri valori, quale la tutela della vita o integrità fisica di altri soggetti e la tutela di interessi pubblici quale il regolare svolgimento di un'indagine in corso⁷⁵.

Nonostante i suoi meriti, quest'assetto normativo presta il fianco ad abusi da parte delle autorità procedenti e al mantenimento di deficienze strutturali da parte delle legislazioni nazionali. A chi è privato del proprio diritto alla libertà personale non è assicurato l'accesso integrale agli atti ma solo l'accesso agli atti essenziali per contestare la legalità della detenzione – formula non poco equivoca, la cui portata garantistica è ulteriormente smorzata dall'ulteriore riferimento a quanto previsto dalla legislazione nazionale. Non è invece prevista una disciplina per le ipotesi di limitazioni di altri diritti fondamentali dell'imputato (proprietà, libertà delle comunicazioni, ecc.). Esse quindi ricadono nella previsione generale dell'art. 7 c. 3 DirIPP, con la conseguenza che l'accesso ben potrà essere garantito in un tempo ragionevolmente utile da consentire l'esercizio effettivo del diritto di difesa ovvero al più tardi al momento della formulazione dell'imputazione formale. Sennonché, mentre la prima formula appare eccessivamente vaga e può rimanere lettera morta in quegli ordinamenti che per misure non detentive non ammettono una completa *disclosure* alla difesa in nome di esigenze legate all'accertamento penale, il termine-ultimo dell'accusa formale può risultare, in base alla struttura e all'estensione delle indagini preliminari, fortemente pregiudizievole per l'indagato⁷⁶, frustrando il suo possibile contributo dialettico nelle decisioni volte, secondo i casi, ad adottare o contestare misure restrittive di diritti fondamentali (ad es., un sequestro dei beni).

Del resto, persino la soglia dell'imputazione formale può essere superata laddove l'autorità procedente ritenga che l'accesso agli atti possa pregiudicare diritti individuali o interessi pubblici. Tuttavia questa valvola di bilanciamento – pur in sé legittima e addirittura essenziale in una prospettiva complessiva di *fairness* processuale – reca con sé il rischio che il presupposto conoscitivo per l'esercizio del diritto al contraddittorio sia ulteriormente frustrato dalla tardività del rimedio. Se è previsto che il diniego di accesso sia disposto o rivisto dall'autorità giudiziale⁷⁷, la Direttiva esclude che ciò comporti l'obbligo per gli Stati membri di costruire un rimedio *ad hoc*⁷⁸. Il risultato è che, in quegli ordinamenti che di regola assoggettano la contestazione dei provvedimenti interinali emessi nella fase del giudizio all'impugnazione della decisione conclusiva della relativa fase, la verifica circa la correttezza del bilanciamento non sempre potrà rimediare alla carenza di effettivo contraddittorio⁷⁹.

3.2.2. *Diritto della vittima all'informazione processuale.*

Il diritto all'informazione processuale assume per la vittima del reato una portata molto sfaccettata nella disciplina del 2012. Essenziale è anzitutto per la vittima un'informazione preparatoria, che le fornisca un quadro più possibile esaustivo delle vie procedurali praticabili e dell'assistenza di cui può godere nel concreto⁸⁰. All'interno della sfera del processo penale, anche per la vittima è fondamentale potere godere di un'informazione che le consenta di partecipare attivamente al procedimento, se consentito dal diritto nazionale. L'onere di dettaglio per le autorità procedenti e il rispetto verso la persona della vittima sono condizioni essenziali per un'informazione che permetta all'offeso scelte consapevoli a questo riguardo⁸¹. Non c'è dubbio che per la legislazione UE quest'informazione rivesta importanza fin dalla fase preprocessuale, dove maggiore è la tensione tra l'obbligo informativo e l'esigenza di non compromettere l'indagine in corso⁸². In questa prospettiva assume grande rilevanza l'esigenza di fornire alla vittima che lo richieda le informazioni necessarie per reagire alla decisione di

⁷⁵ Art. 7 c. 4 DirIPP.

⁷⁶ Per una critica analoga cfr. S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, pp. 88 s.

⁷⁷ Art. 7 c. 4 DirIPP.

⁷⁸ Considerando n. 36 DirIPP.

⁷⁹ Per la puntuale sottolineatura dei rischi derivanti dal Considerando n. 36 cfr. G.L. CANDITO, *The Influence of the Directive 2012/13/EU on the Italian System of Protection of the Right to Information in Criminal Procedures*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., p. 235.

⁸⁰ Art. 4 DirVR.

⁸¹ Considerando n. 26 DirVR.

⁸² Considerando n. 28 DirVR.

non esercitare l'azione penale⁸³. Una volta esercitata l'azione penale, alla vittima deve essere assicurata una puntuale informazione sul processo conseguente alla denuncia del reato, a partire dalla data e luogo dell'udienza⁸⁴.

Nonostante tali condivisibili previsioni, la normativa appare ancora insoddisfacente. Mentre a processo avviato si richiede che alla vittima sia assicurata un'informazione sul tempo e luogo del giudizio, nonché sui capi d'imputazione, abbastanza vaghe restano le indicazioni quanto agli esatti contenuti dell'informazione processuale nella fase preliminare. Non è specificato se e quanto dell'addebito preliminare debba essere data notizia alla persona offesa né in che misura quest'ultima debba essere tenuta al corrente con esattezza quanto all'evoluzione dello stato del procedimento⁸⁵. Neppure l'informazione sull'archiviazione del procedimento appare adeguata a consentire un'effettiva reazione della persona offesa, reazione che presupporrebbe un'informazione sull'istanza archiviativa, non potendo sempre compiutamente realizzarsi, a seconda del sistema processuale, con un'informazione sulla decisione di non esercitare l'azione penale⁸⁶. Altrettanto blanda rimane la tutela della vittima quanto al diritto ad essere informata sulla scarcerazione del (presunto) autore del reato⁸⁷, previsione che rispecchia la scarsa attenzione ad oggi rivolta alla partecipazione della vittima nelle procedure cautelari negli ordinamenti nazionali, ancora culturalmente poco preparati, se non più a farsi carico degli interessi della vittima attraverso apposite misure coercitive nei confronti dell'imputato⁸⁸, a dare voce alla vittima che ne abbia interesse, in momenti particolarmente delicati, quale quello della liberazione dell'accusato o della sostituzione della custodia in carcere con misure alternative che riespandono i suoi spazi di libertà.

Un ultimo profilo è degno di nota. Non meno degno di tutela che il diritto ad essere informati è il suo rovescio, ossia il diritto a non essere informati e, più specificamente, a mantenersi lontani dalla scena processuale, per dimenticare ed essere dimenticati. Dell'importanza di questo risvolto erano consapevoli i redattori della Direttiva del 2012⁸⁹, che hanno pressoché sempre condizionato l'esercizio del diritto all'informazione della vittima alla sua esplicita richiesta. Ciò è in sé condivisibile ma può produrre risultati controproducenti, come abbiamo constatato con riguardo al diritto all'interpretazione e traduzione. *De lege ferenda* e in una prospettiva più ampia, andrebbe introdotto un meccanismo di verifica delle ragioni e dell'effettiva volontarietà dell'inerzia della vittima nelle scelte processuali che possono comportare ripercussioni sui suoi diritti fondamentali.

3.3. *Fairness processuale e diritto a essere ascoltati nel procedimento penale.*

3.3.1. *Premessa.*

Tra le più autentiche manifestazioni della *fairness* processuale si staglia il diritto a che la propria voce sia ascoltata in modo rispettoso per la propria persona. In questa sua basilare espressione, un *right to be fairly heard* certamente spetta non solo all'imputato ma, seppur con diverse caratterizzazioni, anche ad altri soggetti processuali, come la vittima, nonché a soggetti coinvolti, senza avere alcun vincolo col reato indagato, nell'accertamento penale, quali i testi-

⁸³ Considerando n. 26 DirVR.

⁸⁴ Considerando n. 31 DirVR.

⁸⁵ Considerando n. 26 DirVR.

⁸⁶ Ad esempio, in Italia la decisione archiviativa può essere ad oggi impugnata solo per vizi attinenti alla mancata realizzazione del contraddittorio (art. 409 c. 6 c.p.p.).

⁸⁷ Art. 6 c. 5 DirVR.

⁸⁸ In Italia, ad esempio, da oltre dieci anni è stato implementato il sistema cautelare mediante l'introduzione di apposite misure coercitive volte a una maggior tutela della vittima di particolari forme delittuose. Tra i primi interventi si annovera la misura dell'allontanamento dalla casa familiare, introdotta dalla legge 154/2001 (art. 282-*bis* c.p.p.) e successivamente riformata dal decreto-legge 93/2013, convertito in legge 119/2013, contenente la nuova disciplina sulla violenza di genere. Recentemente, mediante il decreto-legge 11/2009, convertito in legge 38/2009, è stato poi introdotto uno strumento di più ampia portata, cioè il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.).

⁸⁹ Considerando n. 29.

moni o periti. Le istituzioni dell'Unione hanno peraltro disciplinato in modo sensibilmente diverso il diritto all'ascolto dell'imputato e della vittima, mentre ancora nessun intervento di armonizzazione concerne altri soggetti processuali.

3.3.2. *La voce dell'imputato.*

Certamente molte delle garanzie difensive riconosciute nei provvedimenti normativi dell'Unione considerati finora hanno una specifica rilevanza nella prospettiva del diritto dell'imputato ad essere ascoltato in modo *fair* nel corso del procedimento penale. Dal diritto a conoscere l'addebito e gli sviluppi del procedimento al diritto a essere affiancato da un'interprete fin dagli interrogatori di polizia e in tutte le audizioni di fronte all'autorità giudiziaria, fino al più specifico diritto all'assistenza difensiva durante gli interrogatori e a comunicare col proprio legale negli interrogatori – queste ed altre simili garanzie contribuiscono a definire il volto di un diritto dell'accusato a essere ascoltato in modo *fair*.

La normativa appare tuttavia ancora frammentaria e sarebbe senz'altro auspicabile un intervento normativo riunificatore, certamente legittimato, come si è notato, dall'art. 82 c. 2 TFUE. Esso dovrebbe anzitutto specificare con maggiore precisione i diversi livelli di garanzia richiesti per differenti tipologie di interrogatori, definendo poi profili di altrettanto interesse, come i limiti d'intervento dell'autorità procedente e gli obblighi minimi d'informazione, specificamente concernenti l'interrogatorio. Andrebbero poi affrontate problematiche connesse con la gestione di tecnologie ormai ampiamente utilizzate, come la videoconferenza. È significativo che alcune di queste regole siano state dettate, sulla scorta delle previsioni introdotte già 15 anni or sono dalla Convenzione di Bruxelles, dalla recente Direttiva EIO, che impone precisi obblighi all'autorità procedente, quale quello d'informare in anticipo l'imputato da ascoltare in videoconferenza sui suoi diritti, a partire dal diritto al silenzio – obblighi la cui sfera di operatività rimane tuttavia vincolata alle sole procedure transnazionali.

3.3.3. *La voce della vittima.*

Ancora più carente è la normativa dell'Unione con riguardo al diritto della vittima a essere sentita nel rispetto delle regole della *fairness* processuale. È vero, come si è osservato, che la Direttiva del 2012 ha dedicato un'apposita previsione al diritto della vittima ad essere ascoltata. Essa non si spinge tuttavia molto oltre questo generico riferimento e anzi, col richiamare l'impegno degli Stati Membri di garantire che la vittima "possa fornire elementi di prova", sembra legittimare il mantenimento di soluzioni normative quali quelle adottate da Paesi, come l'Italia, che impongono alla vittima pressoché gli stessi obblighi di completezza e verità previsti per il testimone. È vero che la Direttiva richiama la necessità di una particolare attenzione per la vittima minorenn⁹⁰, richiedendo inoltre agli Stati Membri l'adozione di misure per consentire alla vittima di essere sentita in aula senza essere fisicamente presente, in particolare ricorrendo ad appropriate tecnologie di comunicazione⁹¹. Alcune delle garanzie già considerate valgono indubbiamente a rafforzare il diritto all'ascolto della vittima, prime fra tutte il diritto a comprendere ed essere compresa, il diritto all'interpretazione nelle attività d'udienza, e così via. Tuttavia, per quanto concerne la determinazione delle modalità con cui la vittima può essere sentita nel procedimento penale, la Direttiva si limita a rinviare alla disciplina nazionale⁹².

In ciò essa adotta dunque un approccio che non discosta minimamente dalla Decisione-quadro del 2001, che anzi richiedeva agli Stati Membri l'impegno d'interrogare la vittima soltanto per quanto fosse necessario alle esigenze del procedimento penale⁹³. Tale impostazione è del resto conforme alla giurisprudenza della Corte di giustizia⁹⁴ che, in particolare

⁹⁰ Art. 10 c. 1 DirVR.

⁹¹ Art. 23 c. 3 lett. b DirVR.

⁹² Art. 10 c. 2 DirVR.

⁹³ Art. 3 c. 2 DQVPP.

⁹⁴ T. RAFARACI, *New Perspectives for the Protection of the Victims in the EU*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., p. 218.

nel noto caso *Katz*⁹⁵, ha riconosciuto che dalla previsione contenuta nella Decisione-quadro del 2001 sul diritto all'ascolto non discende l'obbligo, se non previsto dal diritto nazionale, di sentire come testimone la persona offesa che abbia dato avvio al processo penale con un'azione penale sostitutiva. Al contempo, peraltro, la Corte di giustizia ha significativamente affermato in questa vicenda giudiziaria che, laddove il diritto nazionale non consenta tale possibilità, alla vittima deve essere comunque data l'opportunità di dare il proprio contributo alla prova dei fatti – un messaggio che il legislatore dell'Unione avrebbe dovuto compiutamente sviluppare.

4. Contraddittorio e libertà personale.

4.1. *Garanzie partecipative nelle procedure di consegna tramite il mandato d'arresto europeo.*

4.1.1. *La disciplina UE del 2002.*

Si è osservato che lo svolgimento di indagini transnazionali pone sfide ulteriori per le garanzie partecipative della difesa, rese ancor più peculiari dalle caratteristiche dello scenario giuridico europeo, nel quale la mutua assistenza con altri Paesi s'iscrive all'interno di una cornice improntata al comune obiettivo di costantemente promuovere l'area comune di libertà, sicurezza e giustizia. Un ambito particolarmente delicato, in cui occorre analizzare le dinamiche del contraddittorio all'interno della cooperazione endoeuropea, attiene alle procedure di consegna, nelle quali si acutizza la relazione dialettica tra il perseguimento di un'efficiente persecuzione penale transnazionale e il rispetto di libertà fondamentali, a partire dalla libertà personale.

Abbiamo notato che la Decisione-quadro MAE prevedeva originariamente una disciplina assai vaga quanto alle implicazioni dell'assenza dell'imputato nel procedimento principale sulla procedura di consegna, una disciplina che, nel rilasciare ampia discrezionalità alle autorità coinvolte nella procedura di cooperazione, lasciava tuttavia residuare grande incertezza quanto alle ripercussioni sulla libertà personale della persona richiesta. La regolamentazione del 2009 ha cercato di restringere gli spazi di discrezionalità delle autorità procedenti, pur non approdando a risultati soddisfacenti e anzi condizionando, quanto ad impostazione, le proposte normative successive. Si tratta ora di analizzare se ed entro che limiti la disciplina sul MAE valorizza la partecipazione attiva degli imputati alla procedura di consegna, offrendo loro un'opportunità di essere ascoltati in modo *fair*.

Sennonché anche in questa prospettiva la Decisione-quadro MAE conteneva inizialmente una normativa assai scarsa, riconoscendo in modo estremamente generico alla persona richiesta che non acconsentisse alla propria consegna il diritto ad essere esaminata dall'autorità giudiziaria nel Paese di esecuzione e rilasciando la definizione delle modalità in cui tale diritto avrebbe dovuto essere garantito al diritto dello Stato di esecuzione⁹⁶. È pur vero che la normativa del 2002 non era rimasta del tutto insensibile alla necessità di stabilire requisiti qualitativi minimi dell'esame della persona richiesta. Essa si limitava tuttavia a riconoscerle genericamente il diritto a essere assistita da un difensore e un interprete, senza specificare minimamente con quali modalità l'assistenza difensiva e linguistica avrebbe dovuto esercitarsi e quali tempi avrebbero dovuto riconoscersi alla preparazione della difesa – profili questi demandati alla legislazione dello Stato di esecuzione⁹⁷. A fronte all'indeterminatezza delle indicazioni del legislatore europeo, non sorprende quindi che alcuni Paesi abbiano adottato

⁹⁵ CGUE, 9 settembre 2008, *Katz*, C-404/07.

⁹⁶ Art. 14 DQMAE.

⁹⁷ Art. 11 c. 2 DQMAE.

un approccio altrettanto minimalista⁹⁸.

4.1.2. *Il rafforzamento delle garanzie informative e partecipative della persona richiesta nella recente legislazione dell'Unione.*

Le iniziative normative emanate in forza della *Roadmap* del 2009 hanno irrobustito le garanzie partecipative della persona sottoposta a una procedura di consegna in forza del MAE, unica procedura transnazionale affrontata da provvedimenti, perlopiù rivolti a rafforzare le garanzie della difesa nell'ambito di procedimenti penali nazionali. Così, un certo impulso per una base informativa più esaustiva rispetto a quella contenuta nella Decisione-quadro MAE proviene dalla Direttiva 2013/13/UE. In effetti, la disciplina del 2002 si limitava a richiedere all'autorità di esecuzione d'informare (sempre peraltro in conformità col proprio diritto interno) la persona richiesta sull'esistenza di un mandato d'arresto europeo e sul suo contenuto, nonché sulla possibilità di acconsentire alla propria consegna all'autorità giudiziaria emittente⁹⁹. Si trattava di previsioni fin troppo generiche, che non davano conto di profili di enorme importanza ai fini di un'effettiva partecipazione della persona richiesta, quale quello concernente le conseguenze dell'eventuale consenso alla consegna. Per la verità, non si può dire che a undici anni di distanza il legislatore dell'Unione sia stato assai più prodigo di indicazioni. Così, a parte il riferimento alla necessità di un'informazione semplice e accessibile, requisiti che attengono alle modalità più che ai contenuti dell'informazione, la Direttiva del 2013 si limita a richiedere un'informazione tempestiva sui diritti spettanti alla persona arrestata ai fini dell'esecuzione di un MAE, riproponendo dunque l'ambigua dizione della Decisione-quadro del 2002, che letteralmente lega le garanzie difensive all'esistenza di una coercizione personale in atto. Il richiamo generale ai diritti consente comunque di ricomprendere nella *letter of rights* anche ulteriori informazioni, essenziale all'esercizio di un effettivo contraddittorio, come quella sul diritto della persona richiesta a un'udienza davanti all'autorità giudiziaria nel caso in cui non presti il proprio consenso¹⁰⁰.

A differenza di quanto previsto per i procedimenti nazionali, nessuna informazione è richiesta sia sull'accusa formulata nel procedimento in corso nell'ordinamento ordinante sia sul *fumus delicti* che costituisce la base giustificativa indispensabile della procedura di consegna, laddove essa tenda all'esecuzione di misure coercitive procedurali nel Paese ordinante. Certamente ciò ha inciso, e continua a incidere, negativamente sull'effettività della tutela della persona richiesta, i cui poteri di reazione alla procedura di consegna presuppongono che ad essa sia fornita adeguata conoscenza delle ragioni che hanno determinato l'avvio del procedimento transnazionale¹⁰¹. Né una soluzione adeguata sembra provenire dalla Direttiva 2013/48/UE (di séguito DirAD) che, per ovviare a uno degli inconvenienti più denunciati nell'esperienza del MAE, impone all'autorità di esecuzione d'informare la persona richiesta della facoltà di nominare un difensore nel Paese di emissione, il cui ruolo è quello di assistere il legale nello Stato di esecuzione fornendogli le informazioni necessarie per consentirgli di esercitare al meglio la propria assistenza difensiva nella procedura di consegna¹⁰². In effetti,

⁹⁸ Così, la legge italiana di attuazione della Decisione-quadro sul MAE ha previsto, riproducendo l'impostazione adottata per le procedure estradizionali, che la corte d'appello debba sentire il Procuratore generale e il difensore della persona richiesta, mentre quest'ultima e il rappresentante dello Stato richiedente devono essere ascoltati solo se compaiono (art. 17 c. 1 legge 69/2005). Peraltro, la normativa del 2005, riconoscendo in modo altrettanto generico il diritto all'interprete nelle procedure di consegna, ha omissso di specificare con esattezza sulla base di quali presupposti esso debba essere garantito alla persona richiesta, il che ha condotto la giurisprudenza a riconoscerle solo il diritto a nominare un interprete di fiducia che l'affianchi nell'esame presso le autorità italiane senza comportare indebiti ritardi per la procedura di consegna. Cfr. M. CHIAVARIO, *Manuale dell'extradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino 2013, p. 259.

⁹⁹ Art. 11 c. 1 DQMAE.

¹⁰⁰ L'attuazione da parte degli ordinamenti nazionali non sempre assicura alla persona richiesta la completezza d'informazione voluta dal testo sovranazionale. Così, la normativa italiana di attuazione, contenuta nel decreto legislativo 101/2014, ha emendato la legge 69/2005, esigendo già dall'autorità di polizia che consegnino alla persona richiesta una comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa, che la informi della possibilità di acconsentire alla propria consegna all'autorità giudiziaria emittente e la avverta della facoltà di nominare un difensore di fiducia e del diritto di essere assistita da un interprete (nuova redazione dell'art. 12 legge 69/2005). La persona richiesta resta però all'oscuro delle conseguenze sia della consegna sia della mancata consegna, ovvero, in quest'ultimo caso, del diritto ad essere ascoltata dall'autorità giudiziaria.

¹⁰¹ L. BACHMAIER WINTER, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., p. 122.

¹⁰² Art. 10 c. 4 DirAD.

l'effettività di tale soluzione dipende da molte variabili, quali la qualità dell'informazione, la possibilità per la persona richiesta di nominare un difensore nel Paese di emissione, nonché soprattutto la possibilità per quest'ultimo, secondo la *lex fori*, di procurarsi le informazioni e comunicare agevolmente col collega nominato nello Stato di esecuzione¹⁰³.

Quest'assetto si riverbera inevitabilmente sull'effettività della partecipazione difensiva e sul diritto della persona richiesta a essere ascoltata in modo *fair* in una procedura che incide in modo così pesante sulla sua libertà personale. A questo riguardo bisogna comunque riconoscere che la Direttiva 2013/48/UE ha compiuto passi avanti rispetto alla scarsa normativa del 2002 che, come si è notato, non specificava in alcun modo le modalità dell'audizione della persona richiesta nell'ambito della procedura di consegna. La disciplina del 2013 non si limita a riconoscere il diritto ad accedere a un'assistenza legale ma impone agli Stati Membri l'obbligo di assicurare adeguate comunicazioni tra la persona richiesta e il suo legale, nonché soprattutto l'obbligo di assicurare la presenza del difensore all'esame della persona richiesta¹⁰⁴. Nonostante l'indubbio intento di fornire alla persona sottoposta al MAE una tutela non inferiore a quella assicurata all'imputato in procedimenti penali nazionali, le modalità con cui il difensore può partecipare all'esame del proprio assistito rimangono soggette alle regole del diritto nazionale dello Stato di esecuzione. Diversamente, per i procedimenti nazionali la Direttiva insiste sull'effettività della partecipazione difensiva e sulla necessità che le scelte del legislatore nazionale non pregiudichino l'effettività della tutela del diritto di difesa¹⁰⁵. Non si tratta di cosa da poco, né si vedono ragioni per le quali chi per avventura si veda sottoposto a un procedimento transnazionale debba essere privato di una simile garanzia.

Lo scarto tra procedure nazionali e procedimento transnazionale di consegna è stato invece ridotto dalla recente legislazione UE con riguardo al diritto all'assistenza linguistica. In effetti, la Direttiva 2010/64/UE impone alle autorità dello Stato di esecuzione di garantire l'interpretazione nel corso della procedura di esecuzione a chi non parla o non conosce la lingua del procedimento, un riferimento che non può peraltro essere letto, a differenza di quanto prevedeva la Decisione-quadro del 2002, come un generico rinvio alle garanzie contemplate dal diritto nazionale¹⁰⁶. Il riconoscimento di quest'obbligo è infatti legato alle nuove prescrizioni sul diritto all'interpretazione nei procedimenti nazionali¹⁰⁷. Significativo è che tale diritto debba essere garantito non solo davanti all'autorità giudiziaria ma anche nel corso degli interrogatori di polizia, prescrizione di considerevole importanza anche nell'ambito delle procedure internazionali di consegna che possono prendere avvio attraverso l'arresto di polizia¹⁰⁸ a seguito di segnalazione effettuata mediante lo *Schengen Information System* (SIS)¹⁰⁹. Essenziale è anche che venga garantita l'interpretazione di ogni colloquio tra la persona richiesta e il suo difensore, preparatorio al suo interrogatorio nel corso della procedura di consegna. Conformemente all'impostazione generale della Direttiva, la verifica circa la necessità di nominare un interprete costituisce l'oggetto di un preciso obbligo che ricade sull'autorità procedente, con la conseguenza che è discutibile la legittimità di quelle prassi nazionali che continuano a sottoporre il riconoscimento del diritto all'interpretazione e traduzione alla condizione che la persona richiesta ne faccia espressa e motivata richiesta¹¹⁰. Riveste infine un ruolo di notevole importanza la previsione che impone agli Stati Membri di garantire alla persona richiesta una via di ricorso avverso la decisione che le neghi il diritto all'interpretazione, assicurandole inoltre strumenti per contestare la qualità dell'interpretazione fornita¹¹¹.

¹⁰³ Rilievi critici su questa soluzione sono stati espressi anche da L. BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 123.

¹⁰⁴ Art. 10 c. 2 lett. b-c DirAD.

¹⁰⁵ Per l'opportuna sottolineatura di questo profilo cfr. L. BACHMAIER WINTER, *op. cit.*, p. 123 s.

¹⁰⁶ Art. 2 c. 7 DirIT.

¹⁰⁷ Il diritto all'interpretazione nelle procedure di consegna deve essere assicurato "a norma" di quanto previsto dallo stesso art. 2 DirIT.

¹⁰⁸ Cfr., ad es., l'art. 11 legge 69/2005.

¹⁰⁹ Art. 9 c. 2 DQMAE.

¹¹⁰ Così, per l'Italia, cfr. Cass., sez. VI, 13 gennaio 2015, n. 1190, *Ivanescu*.

¹¹¹ Purtroppo, l'attuazione della Direttiva da parte di alcuni Paesi non ha riconosciuto tali garanzie persino in relazione alle procedure nazionali. Così, in Italia, la riforma operata dal decreto legislativo 32/2014 non solo non ha in alcun modo modificato la disciplina sul mandato d'arresto europeo ma, anche in relazione ai procedimenti nazionali, continua a rilasciare all'autorità giudiziaria il potere insindacabile di valutare la comprensione della lingua italiana da parte dell'imputato, presupposto necessario per la nomina dell'interprete (art. 143 c. 4 c.p.p.).

4.2.

Garanzie partecipative e supervisione di misure restrittive del diritto di libertà in altri Stati Membri.

La scelta metodologica operata dal legislatore dell'Unione, che nell'ambito della cooperazione internazionale in materia penale ha limitato i propri interventi normativi basati sulla *Roadmap* del 2009, come si è notato, alle sole procedure di consegna mediante il MAE, si riverbera in modo inevitabilmente negativo su altri procedimenti transnazionali che comportano interventi altrettanto invasivi sui diritti fondamentali della persona. Un ambito particolarmente sensibile e strettamente connesso a quello delle procedure di consegna concerne la supervisione di misure restrittive del diritto di libertà e della libertà di movimento in altri Stati Membri. La materia ha costituito uno degli ultimi campi disciplinati dalle istituzioni dell'Unione nell'ambito del precedente III Pilastro. Peraltro, la Decisione-quadro 2009/829/GAI, pur dichiaratamente orientata a estendere il principio del mutuo riconoscimento al delicato settore delle misure alternative alla detenzione procedimentale, rivela i chiari segni di un mutamento in atto nel modo di concepire tale principio, proiettandosi verso la nuova stagione normativa che di lì a poco si sarebbe avviata con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹¹².

Il principale obiettivo perseguito da tale intervento normativo consisteva nel porre rimedio alle situazioni discriminatorie tra imputati residenti e imputati non residenti nel Paese del processo¹¹³. A tali discriminazioni diede paradossalmente luogo l'introduzione della disciplina sul mandato d'arresto europeo. L'applicazione di tale strumento – in assenza di una disciplina che consentisse il ricorso a misure alternative nell'ambito delle procedure transnazionali – condusse a un aumento esponenziale di consegne volte a dar luogo a situazioni detentive per fronteggiare casi caratterizzati da rischi, più o meno concreti ed effettivi, per il procedimento penale, sebbene tali da giustificare, in un'analoga procedura nazionale, il ricorso a misure non privative della libertà personale.

Nonostante i suoi indubbi meriti, la Decisione-quadro del 2009 – oltre ad avere considerato difetti sul piano di un corretto temperamento tra l'esigenza di agevolare le procedure avviate nei confronti di imputati non residenti nello Stato del procedimento e la necessità di assicurare un livello di tutela della libertà personale proporzionale al livello di restrizione operata¹¹⁴ – mostra chiare lacune quanto alle garanzie partecipative della difesa. Così, innovando rispetto al tradizionale approccio al principio del mutuo riconoscimento, la disciplina del 2009 consente all'autorità di esecuzione di adattare il contenuto della richiesta mediante l'esecuzione di una misura di vigilanza diversa ogniqualevolta quella richiesta sia incompatibile col proprio diritto, col solo limite costituito dal divieto di applicare una misura più invasiva di quella adottata nello Stato del processo¹¹⁵. Si tratta di una scelta assai delicata, che implica complesse valutazioni di adeguatezza rispetto a pericoli cautelari inerenti al procedimento condotto nel Paese di emissione, valutazioni che difficilmente potrà effettuare la sola autorità di esecuzione, spesso completamente all'oscuro delle dinamiche inerenti, e delle informazioni ottenute, nel procedimento principale. Di più, il legislatore sovranazionale non ha in alcun modo coinvolto la difesa in questa difficile decisione, sebbene da essa possano discendere conseguenze assai pesanti per la sfera di libertà della persona: così, per quanto simili possano essere nel concreto gli effetti di due misure restrittive, il loro regime giuridico può essere profondamente diverso¹¹⁶. L'aver ommesso di prevedere il benché minimo ruolo della difesa, e più specificamente l'obbligo di sentire previamente la persona sottoposta alla misura di coercizione da monitorare all'estero, comporta non solo una grave violazione del diritto di difesa

¹¹² Per un'analisi di tale strumento normativo si rinvia a R. BELFIORE, *Mutuo riconoscimento delle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare*, in T. RAFARACI (coord.), *La cooperazione di polizia e giudiziaria*, cit., pp. 105 ss.; T. RAFARACI, *The application of the principle of mutual recognition to decisions on supervisions measures as an alternative to provisional detention*, in S. RUGGERI (coord.), *Liberty and security. Liberty and security in Europe. A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings*, Göttingen/Osnabrück 2012, pp. 67 ss.

¹¹³ Considerando n. 4.

¹¹⁴ Per qualche considerazione critica v., volendo, S. RUGGERI, *Libertà personale e procedimento penale nel diritto comparato: tutela del processo e tutela della persona in Europa*, in *Revista de Estudos Criminais* 2012, pp. 27 ss.

¹¹⁵ Art. 13. Cfr. R. BELFIORE, *op. cit.*, pp. 113 s.

¹¹⁶ In Italia, ad es., l'obbligo di dimora può nel concreto comportare restrizioni assai simili agli arresti domiciliari (cfr. gli artt. 283 c. 4 e 284 c. 3 c.p.p.), ma profonde restano le differenze tra le due misure cautelari sul piano del regime giuridico, dalla durata ai tempi previsti per l'interrogatorio di garanzia, e così via.

ma riflette anche la chiara sottovalutazione del contributo difensivo ai fini dell'adozione della misura che comporti un livello di coercizione tollerabile e rispettoso della presunzione d'innocenza dell'imputato. Né è richiesta agli Stati Membri la previsione di una qualunque forma di coinvolgimento successivo della difesa, ovvero la previsione di uno strumento di reazione alla scelta della diversa misura, avallata dall'acquiescenza dell'autorità ordinante. Altrettanto assente il riferimento alla necessità di ascoltare la difesa nella decisione sul prolungamento del periodo di monitoraggio, che viene direttamente richiesto, se ritenuto necessario, dall'autorità emittente a quella di esecuzione.

Che questo dialogo diretto tra autorità giudiziarie, senza il coinvolgimento della difesa, sia una conseguenza del principio di mutuo riconoscimento e sia da considerare un avanzamento nell'ottica della mutua fiducia tra le autorità degli Stati Membri, è assai dubbio. Ancor più grave appare poi l'aver omesso qualunque riferimento alla necessità di lasciare spazio a un contributo difensivo nella decisione, spettante all'autorità ordinante, sull'adozione di una misura più grave, ivi compresa l'emanazione di un mandato d'arresto europeo – una carenza accentuata dalla circostanza che il passaggio da una procedura di vigilanza a una di consegna non necessariamente discende da violazioni delle prescrizioni inerenti alla misura originariamente monitorata in altro Stato Membro¹¹⁷. Su questo delicato terreno la normativa sovranazionale tradisce i propri propositi di fornire un'armonizzazione rispettosa dei diritti fondamentali della persona e la possibilità di un coinvolgimento della difesa rimane dipendente dalla circostanza, del tutto eventuale, che ciò sia previsto dalla *lex fori*.

5. Contraddittorio e prova penale. Il diritto di difesa nell'assunzione della prova penale in altri Stati Membri.

5.1. Premessa.

Nessun provvedimento normativo dell'Unione disciplina ad oggi esaustivamente il contributo della difesa (specie dell'imputato) all'assunzione della prova penale nell'ambito di procedimenti puramente nazionali, sebbene un'incidenza indiretta esercitino gli interventi normativi esaminati finora anche in ambito probatorio. La materia è demandata alle legislazioni nazionali ma pare ragionevole ipotizzare che sussista anche una legittimazione del legislatore dell'Unione a disciplinare anche l'assunzione della prova nell'ambito di processi nazionali in forza dalle previsioni generali dell'art. 82(2) TFUE che, come si è osservato, autorizzano interventi di armonizzazione volti a rafforzare la tutela della persona nel processo penale e specificamente della vittima del reato.

Significative sono invece le novità apportate negli ultimi due decenni dalle istituzioni dell'Unione europea – in forza dell'esplicita competenza a varare misure di armonizzazione della prova transnazionale¹¹⁸ – sul fronte delle indagini transfrontaliere. Tali interventi mostrano tuttavia una notevole arretratezza nella tutela del contraddittorio e del diritto di difesa nell'ambito delle procedure di cooperazione in relazione a profili di fondamentale importanza. Scarsa attenzione è stata finora dedicata all'effettiva partecipazione difensiva all'assunzione della prova in un altro Stato Membro, né sembra essere stato realmente ricercato un equilibrio tra il diritto di difesa dell'imputato e la tutela di interessi legati all'accertamento penale.

¹¹⁷ In effetti, la formula dell'art. 19 c. 3 della Decisione-quadro è per definizione aperta, legando i provvedimenti dell'art. 18 c. 1, ivi compresa l'emanazione di un MAE, non solo a una violazione delle prescrizioni ma a "qualsiasi altro elemento tale da comportare l'adozione di un'ulteriore decisione". L'emanazione del MAE e con esso la sottoposizione dell'imputato a una detenzione cautelare ben potrebbe così avvenire a séguito "dell'inosservanza di una citazione a comparire a un'udienza o al processo nel corso del procedimento penale" (Considerando n. 9).

¹¹⁸ Art. 82 c. 2 lett. a TFUE. Anche sotto questo riguardo, comunque, si rende necessaria un'opera ermeneutica volta a ricostruire la portata e limiti d'intervento del legislatore dell'Unione con riguardo alla problematica della mutua ammissibilità della prova tra gli Stati membri. In proposito mi permetto di rinviare al mio *Horizontal cooperation, obtaining evidence overseas and the respect for fundamental rights in the EU. From the European Commission's proposals to the proposal for a directive on a European Investigation Order: Towards a single tool of evidence gathering in the EU?*, in S. RUGGERI (coord.), *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings. A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina*, Heidelberg 2013, pp. 287 s.

5.2.

Garanzie partecipative e prova penale nella Convenzione di Bruxelles.

Proprio sul versante delle garanzie partecipative, già la Convenzione di mutua assistenza tra gli Stati Membri dell'Unione europea (di séguito, EU CMAMP), siglata a Bruxelles nel 2000 col dichiarato fine di varare uno strumento generale di assistenza giudiziaria valevole all'interno del circuito dell'Unione europea, conteneva una disciplina carente e ambigua. Non solo nessuna disposizione prevedeva la partecipazione di soggetti privati alle attività rogatorie ma tale partecipazione – pur non esclusa e anzi astrattamente possibile laddove rientrante tra le forme procedurali previste dallo Stato rogante – non era garantita in modo certo¹¹⁹, essendo sottoposta all'esplicita richiesta dell'autorità giudiziaria procedente ovvero di un'autorità centrale amministrativa del Paese richiedente¹²⁰. È vero che la Convenzione – in quanto dichiaratamente rivolta a integrare e non a sostituire la “Convenzione-madre” di assistenza giudiziaria del Consiglio di Europa del 1959¹²¹ (di séguito, CoE CMAMP) – lascia inalterata la possibilità di effettuare rogatorie in forma “concelebrata”¹²², ossia in una forma che consente (anche) a soggetti privati di prendere parte alle attività di assunzione della prova all'estero. Tuttavia, il riconoscimento di tale facoltà non solo non apportava alcuna novità rispetto all'assetto del 1959 ma appariva dissonante rispetto al nuovo scenario normativo dell'Unione europea, verso il quale già inequivocabilmente si rivolgeva la Convenzione di Bruxelles. Nel sistema delle rogatorie concelebrate, così come disciplinate dalla Convenzione del 1959, la partecipazione della difesa era concepita come una presenza passiva, consentita peraltro solo a condizione che vi acconsentisse lo Stato richiesto – condizione, quest'ultima, ben poco consona alla nuova logica del mutuo riconoscimento.

Per altro verso, la Convenzione del 2000 ha disciplinato per la prima volta in termini generali nuovi strumenti dotati di enormi potenzialità anche nella prospettiva del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio, quali le squadre investigative comuni e gli interrogatori in videoconferenza. Tuttavia, proprio nell'ottica delle garanzie difensive, la regolamentazione contenuta nella Convenzione di Bruxelles con riguardo a questi specifici strumenti investigativi appariva ancora molto scarna. In particolare, la disciplina sulle squadre investigative comuni ha costituito un'importante evoluzione del modello delle indagini extraterritoriali, fornendo per la prima volta una cornice normativa unitaria per la conduzione di indagini transfrontaliere nelle ipotesi di complesse vicende criminose aventi dimensione transnazionale o un'azione investigativa concertata. Sennonché la normativa del 2000 non contiene alcuna previsione volta ad assicurare la partecipazione della difesa alle attività investigative comuni, una partecipazione garantita – in base al riferimento alla sola *lex loci*¹²³ – solo se e nella misura consentita dal diritto processuale dello Stato nel cui territorio la squadra opera.

Analoghe riserve valgono per gli interrogatori in videoconferenza, per i quali la Convenzione di Bruxelles stabilisce, tra altri requisiti, che l'esame venga direttamente condotto o comunque diretto, secondo quanto previsto dal diritto nazionale, dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente¹²⁴, con ciò rilasciando dunque alle soluzioni adottate dall'ordinamento nazionale le modalità e la stessa possibilità di partecipazione della difesa. Carente appare inoltre l'assistenza difensiva riconosciuta al soggetto da esaminare. Sebbene a quest'ultimo debba essere assicurato il diritto all'interprete (peraltro, solo se ritenuto necessario¹²⁵), singolarmente non figura il diritto a essere affiancato da un difensore, garanzia essenziale invece in alcuni ordinamenti giuridici, specie in relazione a situazioni particolari, come quella dell'esame del coimputato che, quand'anche acconsenta o addirittura richieda di essere esaminato sulla responsabilità altrui, rimane comunque un soggetto gravato da indizi di reità spesso rispetto alla stessa vicenda criminosa¹²⁶. Ancora una volta l'effettività dell'assistenza difensiva è rilasciata

¹¹⁹ Art. 4 c. 1 EU CMAMP.

¹²⁰ Art. 6 c. 2 EU CMAMP.

¹²¹ Art. 1 c. 1 EU CMAMP.

¹²² Art. 4 CoE CMAMP.

¹²³ Art. 13 c. 3 lett. b EU CMAMP.

¹²⁴ Art. 10 c. 5 lett. c EU CMAMP.

¹²⁵ Art. 10 c. 5 lett. d EU CMAMP.

¹²⁶ In Italia, come è noto, il coimputato ha diritto ha essere affiancato da un legale già nella fase preliminare, laddove venga ascoltato dalla polizia giudiziaria (art. 351 c. 1-*bis* c.p.p.).

alle scelte operate dal diritto nazionale. Ne consegue che, a meno che l'autorità giudiziaria del Paese richiesto presente durante l'interrogatorio sia dell'avviso che un principio fondamentale del proprio ordinamento sia stato violato¹²⁷, la persona interrogata in videoconferenza in un'indagine transnazionale può essere privata dell'assistenza difensiva anche in casi che nel contesto di indagini nazionali ne garantirebbero la presenza secondo il diritto dello Stato richiesto.

5.3.

Contraddittorio e prova transnazionale.

Tali difetti non sono stati emendati dalla successiva normativa dell'Unione. Così, nel riprodurre integralmente i contenuti della regolamentazione del 2000 sulle squadre investigative comuni in vista della completa attuazione della medesima¹²⁸, la Decisione-quadro del 2002 sulle squadre investigative comuni¹²⁹ sottopose la possibilità di partecipare dialetticamente all'assunzione della prova, di regola, alla previsione del diritto nazionale dello Stato nel cui territorio l'indagine transnazionale ha luogo. Tale disciplina è tuttora vigente, essendo espressamente esclusa dall'ambito applicativo della recente Direttiva sull'ordine d'indagine europeo (EIO)¹³⁰, che ha istituito uno strumento unico volto all'assunzione e trasferimento di pressoché ogni tipo di prova, destinato a sostituire le procedure rogatorie all'interno del circuito dell'Unione¹³¹.

L'introduzione di questo nuovo strumento – specie in considerazione del suo amplissimo ambito applicativo, relativo pressoché a ogni attività investigativa, peraltro nell'ambito non solo di procedimenti penali ma anche di procedimenti amministrativi funzionali all'accertamento di violazioni di legge tali da poter determinare l'avvio di un'indagine penale¹³² – ha costituito il culmine di un lungo percorso volto a estendere la logica del mutuo riconoscimento alla cooperazione investigativa e alla prova transnazionale. Tale percorso, avviato nel 2003 con la proposta di Decisione-quadro su un mandato probatorio destinato a far da *pendant* al mandato di arresto europeo nell'ambito della cooperazione rogatoria, si è faticosamente concluso dapprima con l'emanazione, sebbene a cinque anni di distanza dalla proposta iniziale¹³³, dello strumento intermedio del mandato di ricerca della prova (MERP) e, dopo quasi quattro anni dalla presentazione della proposta di Direttiva sull'EIO nell'aprile 2010¹³⁴, con l'emanazione di quest'ultimo strumento.

Già la Decisione-quadro sul MERP rivela subito una ben più scarsa attenzione per le garanzie partecipative dei soggetti privati coinvolti nell'assunzione della prova all'estero rispetto a quanto prevedeva l'iniziale proposta del 2003. Così, manca qualunque riferimento al principio del *nemo tenetur se detegere*, garanzia considerata scontata nel corso della procedura legislativa dai rappresentanti di molti Stati membri, che ritennero superfluo il suo inserimento nel testo definitivo¹³⁵. Né è prevista alcuna forma di partecipazione della difesa nello svolgimento delle attività probatorie nell'altro Stato membro, partecipazione considerata probabilmente superflua dato l'ambito applicativo dell'MERP, circoscritto all'assunzione di prove già in possesso dell'autorità estera. Ciò non sempre tuttavia avviene¹³⁶, col risultato che il coinvolgimento della difesa dipende interamente dalle richieste dell'autorità di emanazione o da quanto prevede il diritto dello Stato di esecuzione.

Una ben maggiore attenzione verso le garanzie partecipative ci si sarebbe attesi dalla Di-

¹²⁷ Art. 10 c. 5 lett. a EU CMAMP.

¹²⁸ Art. 5 DQ SIC.

¹²⁹ Decisione-quadro 2002/465/GAI (di séguito, DQ SIC).

¹³⁰ Direttiva 2014/41/UE (di séguito, DirEIO).

¹³¹ In proposito, tra i molti, cfr. M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *questa Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2014.

¹³² Art. 4 DirEIO.

¹³³ Per un'analisi di questo strumento cfr., tra i molti, R. BELFIORE, *Movement of evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2009, pp. 1 ss.; S. GLESS, *Europäisches Beweisrecht*, in U. SIEBER-F.H. BRÜNER-H. SATZGER-B. VON HEINTSCHELL-HEINEGG (coord.), *Europäisches Strafrecht*, II ed. Baden-Baden 2014, pp. 596 ss.

¹³⁴ Interinstitutional File: 2010/0817 (COD), COPEN 115 EJN 12 CODEC 363 EUROJUST 47. Per un esame di molte fra le problematiche sorte durante l'esame della proposta si rinvia a S. RUGGERI (coord.), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe: Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Heidelberg 2014.

¹³⁵ S. GLESS, *op. cit.*, p. 689.

¹³⁶ In particolare, l'art. 4 c. 6 DQ MERP consente l'assunzione di dichiarazioni delle persone presenti se richiesto dallo Stato ordinante e purché si tratti di dichiarazioni collegate all'oggetto della prova documentale oggetto del mandato probatorio.

rettiva sull'EIO, essendo tale strumento fisiologicamente deputato principalmente all'assunzione di prove dinamiche. Tuttavia le aspettative legate al nuovo istituto sono probabilmente destinate a essere frustrate nella prospettiva del diritto al contraddittorio e delle garanzie difensive, garanzie che pur figurano, mediante il generale richiamo ai diritti fondamentali della persona coinvolta in un'indagine transnazionale¹³⁷, tra gli obiettivi primari dell'EIO. Fedele all'impostazione della Convenzione di Bruxelles, la Direttiva EIO riproduce la (potenziale) combinazione tra forme procedurali quale metodologia privilegiata di assunzione della prova in altri Stati Membri, indipendentemente dallo strumento investigativo utilizzato¹³⁸. In conseguenza di tale approccio, le possibilità di contraddittorio legate all'assunzione di prove dinamiche continuano dunque a dipendere dalla circostanza che esse siano previste dal diritto dello Stato di esecuzione o che esplicitamente vengano richieste dall'autorità ordinante.

Un'attenta analisi del testo normativo mette peraltro in luce nuovi rischi per i diritti partecipativi della difesa, rischi che mostrano un netto arretramento nella tutela del diritto di difesa rispetto agli strumenti finora vigenti. Un ambito particolarmente problematico concerne le modalità di esecuzione dell'indagine transfrontaliera. La Direttiva prevede espressamente la possibilità che l'autorità emittente richieda che autorità del proprio Paese, delle quali non è specificata né la natura né il rapporto con l'autorità procedente, prendano parte all'attività investigativa, una richiesta che l'autorità di esecuzione può rigettare solo postulando la violazione di principi fondamentali del proprio ordinamento¹³⁹. Nulla si dice invece circa la possibilità di un'analoga partecipazione da parte della difesa che, seppur non esclusa, non viene dunque riconosciuta dal nuovo testo normativo. Né tale lacuna pare possa essere colmata mediante il richiamo al sistema delle rogatorie concelebtrate disciplinate dalla Convenzione del 1959, dato il generale carattere sostitutivo, non integrativo, della Direttiva EIO¹⁴⁰. Ciò provoca un evidente squilibrio a danno della difesa, reso ancora più intollerabile dalla possibilità che le autorità dello Stato emittente coinvolte non solo assistano le autorità locali nelle attività investigative¹⁴¹ ma, laddove sia conforme al diritto del Paese di esecuzione e su accordo con l'autorità di esecuzione, esercitino anche poteri coercitivi nel territorio dello Stato di esecuzione, con ciò dunque potendo incidere su diritti fondamentali dello stesso indagato o di terzi¹⁴².

La disattenzione di questo strumento normativo verso le garanzie difensive si manifesta peraltro già a uno stadio procedimentale anteriore, relativo alla valutazione di ammissibilità della misura investigativa richiesta. Innovando rispetto alla Decisione-quadro EEW e, più genere, rispetto alla logica di altri precedenti strumenti di cooperazione basati sul principio di riconoscimento mutuo, la Direttiva EIO demanda la scelta e l'esame dell'ammissibilità della misura all'autorità ordinante. A compensazione di quest'opzione, la Direttiva contempla, analogamente a quanto previsto dalla Decisione-quadro sulle misure di vigilanza alternative alla detenzione procedimentale, la possibilità che l'autorità di esecuzione adotti una misura diversa¹⁴³, senza tuttavia minimamente preoccuparsi di coinvolgere in quest'importante decisione la difesa tanto dell'imputato quanto, cosa ancor più grave, del destinatario della diversa misura investigativa. Né si tratta di valutazioni sempre condotte su basi obiettive o che necessariamente richiedono competenze che fisiologicamente sono della sola autorità di esecuzione. Tra l'altro, il ricorso a una misura diversa può dipendere dal fatto che l'obiettivo investigativo possa essere raggiunto con un diverso strumento meno invasivo¹⁴⁴, risultato che implica palesemente una valutazione con un margine di discrezionalità, ora maggiore ora minore. In definitiva, la

¹³⁷ Accompanying Document to the Proposal for a Council Directive regarding an European Investigation Order in criminal matters, Detailed Statement, 9288/10 ADD 2, COPEN 117 EJM 185 CODEC 384 EUROJUST 217, § 1.

¹³⁸ Art. 9 c. 2 Dir. EIO.

¹³⁹ Art. 9 c. 4 Dir. EIO.

¹⁴⁰ Diversamente M.R. MARCHETTI, *Dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione europea al mandato europeo di ricerca delle prove e all'ordine europeo di indagine penale*, in T. RAFARACI (coord.), *La cooperazione di polizia e giudiziaria*, cit., pp. 163 s., sul presupposto che già la proposta di Direttiva contenesse una previsione (ora inserita nell'art. 34), che chiariva l'obiettivo di sostituzione da parte della Direttiva solo delle corrispondenti disposizioni contenute nella Convenzione del 1959. Tale conclusione non può essere condivisa, oltre che per quanto rilevato nel testo, anche per il diverso e più ampio ambito applicativo della Direttiva rispetto a quello della Convenzione del 1959, circoscritto alle sole procedure penali. In ogni caso, anche applicando la Convenzione del 1959, non si avanzerebbe di molto nella tutela del diritto di difesa, dal momento che qui, come si è notato, la partecipazione di soggetti privati non si spinge oltre la presenza all'attività rogatoria, sottoposta peraltro alla condizione che lo Stato richiesto vi acconsenta.

¹⁴¹ Art. 9 c. 4 Dir. EIO.

¹⁴² Art. 9 c. 5 Dir. EIO.

¹⁴³ Art. 10 Dir. EIO.

¹⁴⁴ Art. 10 c. 3 Dir. EIO.

decisione di ricorrere a una misura diversa da quella richiesta è interamente rilasciata all'autorità di esecuzione, senza che peraltro sia richiesto che si (ri)valuti la proporzionalità e ammissibilità della nuova misura. Ciò ovviamente non può non avvenire, il che pone ulteriori delicati problemi, dei quali non si può dar conto in questa sede.

6. *EU law, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diritto nazionale.*

6.1. *Premessa.*

Si è osservato che la competenza dell'Unione europea ad armonizzare il diritto penale processuale nei settori indicati dall'art. 82 c. 2 TFUE può essere legittimamente esercitata nel rispetto di due obiettivi primari: la necessità di assicurare la massima tutela dei diritti fondamentali e il rispetto delle diversità tra gli ordinamenti giuridici nazionali e delle loro tradizioni giuridiche. D'altra parte, la riforma operata dal Trattato di Lisbona non solo fa dei diritti fondamentali, così come riconosciuti dalla Convenzione europea, principi generali del diritto dell'Unione ma ha anche fornito la base giuridica (almeno sul versante dell'Unione europea) per l'accessione dell'Unione alla Convenzione europea. Ciò è estremamente significativo perché mostra quanto l'Unione, proprio nel momento in cui si è dotata di una propria Carta dei diritti fondamentali, si sia mostrata aperta verso altre esperienze giuridiche e disposta quindi ad arricchirsi grazie alle soluzioni offerte dagli ordinamenti giuridici nazionali così come da altri strumenti internazionali di tutela dei diritti della persona¹⁴⁵. Tale approccio appare confermato dagli interventi normativi varati dopo il 2009, tutti puntualmente dotati di una clausola di non regressione, che attesta la chiara volontà del legislatore dell'Unione di non abbassare la soglia di tutela rispetto a quella fornita dalla Convenzione europea e dal diritto nazionale.

In definitiva, l'Unione europea presenta una normativa composita che, nell'attingere in particolare alla poderosa opera di armonizzazione giurisprudenziale progressivamente compiuta dalla Corte di Strasburgo, si prefigge dichiaratamente di non scendere al di sotto dei livelli di tutela previsti dagli ordinamenti nazionali e dalla stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo, pur senza ambire di superare necessariamente tali soglie. Su questo poggia programmaticamente la sussistenza e soprattutto la sopravvivenza nel tempo dell'area di libertà, sicurezza e giustizia. L'effettiva corrispondenza della normativa sovranazionale a questi propositi va peraltro accuratamente vagliata nella prospettiva della presente ricerca. L'analisi comparativa sarà condotta sulla base di un caso paradigmatico, concernente il diritto a partecipare personalmente al processo.

6.2. *EU law a confronto con la Convenzione europea.*

L'esame della normativa UE alla luce della giurisprudenza della Corte europea rivela preoccupanti scollamenti dagli *standard* di tutela della CEDU quanto al diritto a partecipare personalmente al processo. Che l'assetto normativo introdotto nel 2009 per le procedure transnazionali e confermato dalla recente iniziativa legislativa per i procedimenti nazionali sia in linea con la giurisprudenza di Strasburgo, è legittimo dubitare in base a quanto esposto¹⁴⁶. In effetti, la Corte europea insiste sulla necessità che l'effettività del diritto a partecipare al processo sia assicurata da apposite garanzie, quale in primo luogo un'adeguata informazione dell'avvio del procedimento penale, tale da garantire all'imputato la conoscenza del procedimento. Nella giurisprudenza europea la realizzazione di un'adeguata informazione non è tuttavia sufficiente a salvare la *fairness* delle procedure *in absentia*. Tradizionalmente la Corte europea ammette, quantunque non sempre con perfetta linearità, la legittimità della rinuncia dell'imputato al

¹⁴⁵ Art. 53 CDFUE.

¹⁴⁶ Diversamente, almeno per alcuni profili, F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 96 nt. 35.

proprio diritto a partecipare al processo¹⁴⁷. Tuttavia la rinuncia deve essere, se non espressa, comunque univoca. Per la verità, essa non è sempre vista con favore dalla giurisprudenza di Strasburgo, che concepisce la partecipazione difensiva personale dell'imputato come la soluzione privilegiata specie quando l'accusato stesso sia dotato di competenze legali¹⁴⁸, invitando anzi il legislatore nazionale a scoraggiare assenze ingiustificate¹⁴⁹. Il che non implica tuttavia che la legislazione nazionale possa adottare misure drastiche per ottenere in forma coercitiva la presenza dell'imputato, come quella di richiedere che questi, nell'appellare una decisione condannatoria emessa nei suoi confronti, presti se stesso come garanzia sottoponendosi a uno stato di detenzione¹⁵⁰.

In definitiva, dalla Corte europea sembrano ricavarsi indicazioni chiare a favore di un sistema che accompagni all'informazione da parte delle autorità procedenti una scelta inequivoca da parte dell'imputato che scelga di non prendere parte al processo penale. Altrettanto chiaro è lo sfavore mostrato dalla giurisprudenza di Strasburgo nei confronti di rinunce ingiustificate al processo, specie da parte di imputati che abbiano le capacità e conoscenze legali adeguate per potere seguire la propria vicenda processuale. Al contempo emerge una soglia-limite oltre la quale l'imputato che non può essere sanzionato per la propria assenza processuale. Da escludere è così che l'ordinamento possa penalizzare l'imputato che decida di non partecipare al processo al punto di negargli basilari garanzie difensive come il diritto di scegliere un legale di propria fiducia, scelta che, per costante giurisprudenza europea, deve rimanere impregiudicata¹⁵¹.

Proprio in questo sembra emergere una ben diversa impostazione da parte del legislatore dell'Unione. Le soluzioni elaborate dalle istituzioni UE e quelle in cantiere sembrano assumere una posizione assiologicamente neutra quanto alla partecipazione dell'imputato a una procedura di cooperazione transnazionale che deve preferibilmente seguire il proprio corso. È vero che la Decisione-quadro del 2009 espressamente richiama l'opera interpretativa della Corte di Strasburgo quanto alla definizione delle condizioni affinché il diritto al processo sia esercitato in modo *fair*. Ciò vale anzitutto per l'informazione sul processo: sebbene le forme mediante le quali l'imputato debba essere reso edotto dello svolgimento di un processo penale nei suoi confronti siano demandate al diritto nazionale, esse devono comunque rispettare i requisiti stabiliti dalla Convenzione, da intendere sempre attraverso un'analisi del diritto convenzionale vivente¹⁵². Nonostante tali premesse programmatiche, si è osservato che l'attuale disciplina sul MAE, così come emendata da questa Decisione-quadro, si presenta ben lontana dal raggiungere gli obiettivi di un'effettiva informazione dell'imputato nell'ambito delle procedure transnazionali. Così l'aver legittimato, quale alternativa all'informazione personale dell'imputato, la notifica ufficiale con altri mezzi, conformemente al diritto interno dello Stato membro emittente, costituisce una soluzione a tal punto flessibile da essere compatibile con una pluralità di eterogenee situazioni, col rischio di produrre una pericolosa equiparazione tra conoscenza legale e conoscenza effettiva¹⁵³.

Ma soprattutto abbiamo notato che la normativa UE concepisce l'informazione e la rinuncia al processo come requisiti fungibili, come si evince dall'analisi delle condizioni affinché l'imputato possa rinunciare al diritto al processo salvaguardando la *fairness* della procedura. Anche su questo profilo, per la verità, la Decisione-quadro del 2009 non omette un'espressa sottolineatura dell'importanza del lavoro svolto dalla Corte europea nell'individuazione dei requisiti per la rinuncia al diritto al processo, rinuncia che deve essere spontanea e inequivocabile¹⁵⁴. Ma tali condizioni non sempre ricorrono in base a quanto previsto da questo provvedimento normativo. A ben vedere, persino la scelta di dar mandato a un legale non attesta necessariamente una libera scelta, ovvero la volontà dell'imputato senza costrizioni, dirette o

¹⁴⁷ Ciò era già stato espresso dalla Corte europea in *Neumeister v. Austria* (27 giugno 1968). In *Colozza v. Italia* (12 febbraio 1985), la questione è invece lasciata aperta. Cfr. S. TRECHSEL, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford 2005, p. 255 s.

¹⁴⁸ In *Franquesa Freixas v. Spagna* (21 novembre 2000), la Corte ha considerato con sfavore la scelta dell'imputato di non difendersi da sé essendo un legale.

¹⁴⁹ CtEDU, 23 novembre 1993, *Poitrimol v. Francia*.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ Per tutte cfr. CtEDU, 22 settembre 1994, *Lala v. Paesi Bassi*.

¹⁵² Considerando n. 8.

¹⁵³ In tal senso, puntualmente, F. SIRACUSANO, *op. cit.*, p. 99.

¹⁵⁴ Considerando n. 1.

indirette, di rinunciare a partecipare al procedimento¹⁵⁵. Il che basta a dimostrare quanto lontana sia ancora culturalmente la disciplina UE dai bilanciamenti giurisprudenziali raggiunti dalla Corte di Strasburgo.

6.3.

EU law a confronto col diritto nazionale.

Si tratta ora di vedere se e in che misura la disciplina europea rispetti le soglie di tutela previsti dagli ordinamenti nazionali, specie quando esse, all'interno di questi, attestano soluzioni espressive di puntuali requisiti di ordine costituzionale. Proprio questa delicata questione ha visto confrontarsi e scontrarsi nel 2013 la Corte di giustizia dell'Unione europea e il *Tribunal constitucional* spagnolo nel noto caso *Melloni*¹⁵⁶, un caso di estrema rilevanza dal punto di vista sistematico in quanto ha posto sul tappeto il problema del se il sistema costituzionale nazionale possa derogare al diritto dell'Unione laddove sia in grado d'innalzare il livello di tutela di diritti fondamentali. Il che si può anche esprimere nella direzione inversa, se cioè il diritto dell'Unione possa e debba recedere se conduce a un abbassamento della soglia di tutela offerta dagli ordinamenti nazionali, ovvero addirittura da requisiti qualitativi in base ai quali si definisce il modello costituzionale di processo secondo un dato ordine giuridico.

La vicenda prende avvio dall'*amparo* proposto dal Signor Melloni contro l'ordinanza della *Audiencia Nacional* che aveva autorizzato, sulla base della nuova disciplina del 2009, l'esecuzione del MAE emesso nei suoi confronti. Investito della questione, il *Tribunal constitucional* spagnolo ha riconosciuto che il carattere vincolante dei diritti fondamentali, laddove applicati esternamente in ipotesi di indagini transnazionali, possa subire una certa attenuazione nel senso che solo il nucleo delle garanzie costituzionali produrrebbe una violazione della Costituzione. Tuttavia, laddove l'autorità giudiziaria consentisse la consegna di una persona che per reati di notevole gravità producesse l'esecuzione di una condanna emessa *in absentia* senza la possibilità di ottenere una revisione della stessa, ciò produrrebbe una violazione indiretta del diritto di difesa e, per suo tramite, della dignità della persona, così come consacrati nella Costituzione spagnola. I giudici costituzionali spagnoli investono quindi la Corte di giustizia della seguente triplice questione: *a*) se, nonostante la riforma del 2009, l'autorità di esecuzione possa subordinare la consegna alla circostanza che all'imputato sia data la possibilità di ottenere una revisione della decisione resa *in absentia*; *b*) se tale normativa assicuri adeguatamente il diritto al *fair trial* e il diritto a un ricorso giurisdizionale effettivo, così come riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione; *c*) se l'autorità di esecuzione possa subordinare la consegna a tale condizione in modo da evitare una violazione del proprio ordine costituzionale, laddove esso fornisca un più alto livello di tutela rispetto a quello dell'Unione.

La risposta della Corte di giustizia è sintetica e *tranchant* in senso negativo. La Decisione-quadro del 2009 non consentirebbe tale possibilità, rientrando le quattro situazioni considerate nel generale obbligo di esecuzione e consegna. Né l'art. 53 CDFUE potrebbe essere interpretato nel senso di legittimare che le autorità nazionali invochino requisiti del proprio diritto e persino del proprio ordinamento costituzionale se essi consentono un più alto livello di tutela. Tale interpretazione condurrebbe a un'applicazione diseguale e frastagliata della normativa sovranazionale, che frustrerebbe il primato e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, mettendo inoltre a repentaglio la mutua fiducia tra gli Stati Membri e, con essa, l'intero sistema di riconoscimento reciproco. Nell'uniformarsi alla decisione della Corte di Lussemburgo, il *Tribunal constitucional* spagnolo risolve dunque la questione senza affrontare il problema del rapporto tra diritto UE e Costituzione. Dalla recente sentenza 26/2014 si ricava che lo *standard* costituzionale di tutela esterna del diritto di difesa, così come riconosciuto dall'art. 24 della Costituzione spagnola, potrebbe considerarsi rispettato per il fatto che il ricorrente sarebbe stato informato del procedimento presso i due legali da lui nominati sarebbe stato così posto in condizione di partecipare al processo per loro tramite.

Quale che sia il giudizio che si voglia formulare su questa vicenda giudiziaria e sull'adeguatezza sostanziale della soluzione decisoria raggiunta rispettivamente dalla Corte di Giustizia

¹⁵⁵ M. Böse, *Human Rights Violations and Mutual Trust: Recent Case Law on the European Arrest Warrant*, in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., p. 142.

¹⁵⁶ CGUE, Grande Camera, 26 febbraio 2013, *Melloni v. Ministerio Fiscal*.

e dal *Tribunal constitucional* spagnolo¹⁵⁷, essa si è caratterizzata per un vero e proprio gioco di forza, nel quale peraltro lo scontro tra le due Corti non ha messo a raffronto solo due ordinamenti bensì due concezioni culturali. In effetti, a prescindere da considerazioni legate al caso concreto, emerge da questa vicenda una profonda spaccatura culturale tra due visioni molto diverse di “ordinamento giuridico” e persino di “sistema costituzionale”. A una visione nella quale l'ordine costituzionale nazionale viene inteso quale fonte di arricchimento della tutela dei diritti fondamentali fornita dall'Unione, che tramite il suo contributo fa e deve fare sistema, si contrappone una visione nella quale l'affermazione del sistema costituzionale di tutela dei diritti fondamentali viene intesa quale ostacolo a un modello in sé esaustivo e autosufficiente, e ogni ordine giuridico può sopravvivere, col proprio sistema di tutela delle garanzie individuali, all'interno della propria sfera di operatività senza subire interferenze dall'altro¹⁵⁸.

In quest'ultimo senso si è espresso, nella vicenda in questione, l'Avvocato Generale Bot, rigettando l'interpretazione, avanzata tra le possibili dai giudici costituzionali spagnoli, secondo cui il diritto dell'Unione fornirebbe solo una soglia minima di tutela, che potrebbe essere innalzata dagli ordinamenti nazionali. Decisivo sarebbe, ad avviso dell'Avvocato Generale Bot, il riferimento, previsto dall'art. 53 CDFUE, al riparto di competenze che giustificerebbe la prevalenza del diritto dell'Unione, con la propria soglia di tutela delle garanzie individuali, per l'appunto, all'interno della propria sfera di operatività. Insomma, al fine di non frustrare un'efficiente cooperazione internazionale, si tornerebbe al sistema di riparto di ambiti di competenze, per il quale l'Unione, nel proprio ambito, imporrebbe i propri *standard* di tutela che neppure vincoli di ordine costituzionale potrebbero scalfire. Ma quest'impostazione è plausibile oggi quando sono in gioco diritti individuali?

6.4.

Decostruzione degli ordini giuridici e definizione di nuovi modelli di tutela integrata dei diritti della persona.

A ben guardare, che anche la concezione prescelta dallo stesso diritto dell'Unione corrisponda a un modello transculturale e non autoreferenziale si evince da non pochi dati normativi, contrariamente alle conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia nella vicenda *Melloni* che, al di là dell'adeguatezza della soluzione decisoria adottata nel caso concreto, ha mortificato il sistema nazionale di tutela e, con ciò, ha finito per imprimere staticità allo stesso ordinamento dell'Unione impoverendone le risorse. Si è notato che non solo l'art. 53 CDFUE riflette in termini chiarissimi il carattere per definizione aperto e flessibile dell'ordinamento dell'Unione nella definizione degli *standard* di tutela: non meno significativo è l'art. 4 c. 2 TUE, in forza del quale l'Unione si impegna a rispettare l'identità nazionale degli Stati Membri, identità che non può non estendersi all'identità costituzionale degli Stati membri, da intendere non solo con riferimento all'apparato statale ma al complessivo assetto di tutela dei diritti stabilito dalle Costituzioni nazionali¹⁵⁹. Ma soprattutto, per quel che concerne la cooperazione internazionale tra i Paesi dell'Unione, abbiamo visto che l'area di sicurezza libertà e giustizia in tanto può esistere in quanto venga assicurato il massimo rispetto dei diritti fondamentali, il che mostra inequivocabilmente che, quando è in gioco la tutela dei diritti della persona, considerazioni di rispetto di un sistema giuridico, così come tradizionalmente inteso, devono inevitabilmente recedere.

Ciò posto, s'impone una delicata opera di ricostruzione sistematica della normativa da applicare al caso concreto, un'operazione che deve impegnare tutti gli attori istituzionali alla ricerca di soluzioni volte a conseguire il massimo livello di tutela delle garanzie individuali senza frustrare gli obiettivi di cooperazione internazionale promossi dall'Unione. Il che deve portare a rivedere criticamente ogni soluzione giuridica che, nel confronto con altre esperienze

¹⁵⁷ Così, il riferimento fatto dai giudici costituzionali spagnoli alla giurisprudenza di Strasburgo, per sostenere l'argomentazione addotta, appare inappropriato poiché l'informazione presso il legale on è certo indice della sicura conoscenza del procedimento e, ancor meno, può essere considerato alla stregua di una rinuncia inequivoca a prendere parte personalmente al processo.

¹⁵⁸ Per un inquadramento sistematico della questione cfr. A. RUGGERI, “Dialogue” Between European and National Courts, in the Pursuit of the Strongest Protection of Fundamental Rights (with Specific Regard to Criminal and Procedural Law), in S. RUGGERI (coord.), *Human Rights in European Criminal Law*, cit., pp. 10 ss.

¹⁵⁹ Per un'opportuna sottolineatura di questo riferimento normativo, singolarmente assente nel contesto della decisione in questione, cfr. A. RUGGERI, *op. cit.*, p. 23.

giuridiche, non può pretendere di affermarsi in senso assoluto ma costituisce solo il vettore di una data composizione tra interessi confliggenti da sottoporre al confronto con altre, talora molto diverse. In questa prospettiva il problema della conservazione del volto del singolo ordine giuridico è certamente un problema che come tale non può sopravvivere nell'attuale scenario multiculturale europeo e, più che alla ricostruzione dei lineamenti dell'ordinamento in quanto tale, l'operatore è oggi chiamato al difficile compito di definire la complessiva tutela dei diritti soggettivi in relazione alle specifiche esigenze in gioco nell'ambito di una vicenda concreta. Volendo mantenere i termini di una prospettiva strutturalista, si potrebbe dire che dalla decostruzione dei singoli sistemi giuridici, per come tradizionalmente concepiti, emerge oggi la necessità di costruire un sistema di protezione delle garanzie della persona, che possa ritenersi sostenibile in base agli equilibri che ogni modello di tutela offre. Ma, a ben guardare, anche una simile spiegazione può essere fuorviante perché sul piano dei diritti della persona la ricerca di un assetto tollerabile tra gli interessi in conflitto sfugge alle geometrie di un ordine preconstituito e può realizzarsi solo mediante un dialogo umile e costruttivo.

In questa delicatissima verifica, le soluzioni dei singoli fronti ordinamentali costituiscono null'altro che vettori espressivi di certi equilibri fra interessi confliggenti, equilibri chiamati al confronto costruttivo con quelli di altre esperienze giuridiche. A questa verifica non può ovviamente sottrarsi il diritto nazionale e, al suo interno, persino requisiti di ordine costituzionale vanno sottoposti al confronto esterno. Così, nell'ambito delle procedure *in absentia*, per quanto ciò implichi una talora drastica ridefinizione del sistema nazionale delle notifiche, il legislatore nazionale non potrà adagiarsi sul mantenimento delle notifiche ufficiali esistenti, laddove esse non soddisfino gli *standard* qualitativi dell'informazione previsti dalla stessa Decisione-quadro del 2009, che invoca la necessità di assicurare in ogni caso l'inequivoca conoscenza della *vocatio in iudicium* da parte dell'imputato. Ancor più complessi i compiti demandati alle autorità nazionali. Grande attenzione dovrà così essere rivolta agli strumenti informativi del diritto al *retrial* che, se previsto dal diritto nazionale, deve essere portato a conoscenza dell'imputato non solo espressamente ma anche personalmente. Essenziale è poi che dalla certezza dell'informazione non si faccia discendere una presunzione di rinuncia al processo al *retrial*. A questo proposito sarebbe molto utile che il legislatore dell'Unione emenda la disciplina del 2009, richiedendo agli Stati Membri l'adozione di una procedura *ad hoc* che demandi a un'autorità giurisdizionale la verifica della volontarietà della rinuncia, secondo un modello già contemplato in termini analoghi dal diritto dell'Unione in tema di rinuncia al diritto alla traduzione¹⁶⁰. In alternativa, l'autorità di esecuzione dovrebbe sempre essere gravata del compito di verificare d'ufficio se la mancata proposizione del ricorso restitutorio sia stato il frutto di una precisa opzione dell'imputato – soluzione che potrebbe essere costruita facendo della rinuncia al processo una condizione di procedibilità.

A ben vedere, pure la condizione della revisione della condanna emessa *in absentia* può rivelarsi inadeguata. Anche mantenendo modelli processuali che consentano di procedere in assenza di un'espressa rinuncia, attestata attraverso una procedura *ad hoc*, non è ammissibile che l'autorità nazionale possa invocare la possibilità di un rimedio successivo, comunque venga strutturato, laddove non abbia fatto ogni sforzo per assicurare sin dall'inizio la partecipazione dell'imputato creando tutte le condizioni per una realistica conoscibilità del processo. In ogni caso, resta metodologicamente inaccettabile che l'autorità procedente possa alternativamente scegliere quale condizione soddisfare per vincolare l'autorità di altri Stati Membri alla consegna dell'imputato, specie a fronte di puntuali requisiti costituzionali nello Stato di esecuzione.

7.

Conclusioni.

L'impegno dell'Unione nella tutela delle garanzie individuali inerenti al diritto di difesa nel processo penale è indubitabile e considerevoli passi in avanti sono stati fatti negli ultimi

¹⁶⁰ Art. 3 c. 8 DirIT. In proposito cfr. M. Böse, *op. cit.*, p. 142.

anni¹⁶¹. L'Unione stabilisce i propri programmi di tutela e, sebbene non si possa certo parlare di un diritto processuale penale dell'Unione, possono già nitidamente vedersi i tratti di un modello partecipativo dell'Unione che va ormai al di là della sfera delle sole procedure transnazionali. Questi risultati certamente positivi si accompagnano tuttavia al rischio, che le vicende giudiziarie più recenti hanno posto in evidenza, che l'Unione imponga soglie di tutela che, all'interno del proprio ambito d'intervento, si sottraggano al dialogo interculturale, inevitabile dove è in gioco la protezione di diritti individuali.

In una prospettiva dinamicamente interordinamentale della tutela dei diritti, il problema concernente il se l'ordinamento nazionale possa invocare *standard* di tutela più elevati in quanto richiesti dal proprio sistema costituzionale è in realtà un falso problema e come tale andrebbe trattato. In effetti, abbiamo osservato che lo stesso diritto primario dell'Unione pone le basi normative per l'affermazione di un complessivo sistema interculturale con altre esperienze giuridiche e gli ordinamenti degli Stati Membri. Un ulteriore argomento a favore di quest'approccio è ricavabile dal principio di leale cooperazione, sancito dall'art. 4 c. 3 TUE, che obbliga tanto l'Unione quanto gli Stati Membri a supportarsi reciprocamente nel perseguimento degli obiettivi stabiliti dai Trattati, impegnando pertanto tutte le istituzioni, sia sovranazionali che nazionali, alla ricerca della massima tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle indagini penali, anche e soprattutto di quelle transnazionali. Anche nella prospettiva del diritto sovranazionale, l'arricchimento valoriale da parte degli ordinamenti nazionali dunque non tanto è consentito quanto è istituzionalmente richiesto.

¹⁶¹ Cfr. lo stato della normativa UE sul diritto di difesa in materia penale nel 2011, accuratamente monitorato da T. RAFARACI, *Il diritto di difesa nelle procedure di cooperazione giudiziaria nel contesto dell'Unione europea*, in T. RAFARACI (coord.), *La cooperazione di polizia e giudiziaria*, cit., pp. 119 ss.; T. RAFARACI, *The Right of Defence in EU Judicial Cooperation in Criminal Matters*, in S. RUGGERI (coord.), *Transnational Inquiries*, cit., pp. 331 ss.

IN MATERIA DI CONFISCA

162	L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro Stefano Finocchiaro
182	Tecniche di aggressione dei profitti dell'economia fiscalmente infedele: la confisca "penale" tra efficacia preventiva e tutela dei diritti fondamentali Alberto Marcheselli
207	La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio Anna Maria Maugeri
231	Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura Francesco Mazzacuva
246	Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche Francesco Mucciarelli e Carlo Enrico Paliero
259	Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive Giuseppe Pignatone

L'IMPEGNO A PAGARE IL DEBITO TRIBUTARIO E I SUOI EFFETTI SU CONFISCA E SEQUESTRO

Commento all'art. 12-bis, comma 2, d.lgs. n. 74/2000
(introdotto dal d.lgs. n. 158/2015)

Stefano Finocchiaro

ABSTRACT

Il presente contributo costituisce un commento al secondo comma del neo-introdotto articolo 12-bis d.lgs. 74/2000, in base al quale *“la confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario. Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta”*. L'autore esamina le possibili letture della nuova disposizione, alla luce delle loro non immediatamente evidenti implicazioni processuali, che attengono tra l'altro ai rapporti tra provvedimenti cautelari e statuizioni contenute nella sentenza di condanna, nonché alle ripartizioni di competenze tra il giudice della cognizione e il giudice dell'esecuzione. In esito a tale analisi, il contributo propone in particolare di interpretare la norma come un'inedita forma di 'sospensione condizionale' di una confisca *disposta* dal giudice della cognizione, ma non eseguibile da parte del giudice dell'esecuzione sino a che rimanga pendente il termine per il pagamento.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. L'immutata previsione della confisca obbligatoria (cenni). – 3. La novità all'interno della disposizione: il secondo comma dell'art. 12-bis. – 4. La *ratio* della nuova disposizione nel sistema della riforma. – 5. Una norma che 'blinda' il diritto vivente... ma va addirittura 'oltre'. – 6. Gli "effetti benefici" del pagamento e dell'impegno a pagare. – 7. Che cosa si intende per 'impegno' a versare? – 8. La 'non operatività' della confisca: una prima possibile lettura. – 8.1. Non disporre la confisca al momento della condanna? – 8.2. I problemi legati a tale prima possibile soluzione. – 9. Una diversa possibile interpretazione. – 9.1. Disporre una confisca 'condizionalmente sospesa'. – 9.2. I vantaggi di tale soluzione interpretativa. – 10. L'ipotesi di impegno 'tardivo', presentato dopo la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna. – 11. L'impegno non preclude l'applicazione del sequestro preventivo... ma il versamento di quanto pattuito, invece, sì. – 12. Considerazioni conclusive.

1.

Premessa.

L'istituto della **confisca in materia di reati tributari** ha di recente cambiato volto in seguito all'entrata in vigore – lo scorso 22 ottobre – del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158¹, il quale ha tra l'altro operato una *revisione del sistema sanzionatorio penale tributario*, apportando rilevanti modifiche alla disciplina dei reati fiscali di cui al d.lgs. 74/2000.

Tale riforma ha aggiunto nel **d.lgs. n. 74/2000** un nuovo **articolo 12-bis**, (rubricato “*Confisca*”) che, da un lato, prevede l'applicabilità ai reati fiscali di una forma di **confisca obbligatoria, anche per equivalente** (primo comma), e dall'altro ne dispone l'**inoperatività per la parte che il contribuente s'impegna a versare all'erario** (secondo comma)².

Di seguito – svolti brevi cenni su tale forma di confisca, già conosciuta anche in materia tributaria – ci si soffermerà sul secondo comma del nuovo art. 12-bis, che non trova precedenti né consimili nel nostro ordinamento. Ne verrà individuata la *ratio* all'interno della riforma, e ne verranno analizzate le possibili interpretazioni, anche alla luce delle rispettive ripercussioni sulla ripartizione di competenza tra il giudice della cognizione e il giudice dell'esecuzione, che il legislatore sembra avere del tutto ignorato nella formulazione della nuova norma.

2.

L'immutata previsione della confisca obbligatoria (cenni).

Come noto, una forma di confisca per equivalente era prevista, in materia penaltributaria, già prima della riforma. Infatti, l'art. 1, comma 143, della l. n. 244/2007 (ora abrogato dal d.lgs. n. 158/2015) sanciva l'applicabilità della confisca di cui all'art. 322-ter c.p. anche in relazione a molti reati tributari³.

Il primo comma dell'art. 12-bis si limita a ripetere la formulazione dell'articolo 322-ter c.p.⁴ Sotto questo punto di vista, dunque, la recente riforma non ha fatto altro che assegnare a tale istituto una più razionale collocazione sistematica⁵. La previsione della confisca obbligatoria del profitto derivante da reati tributari non è più il frutto del combinato disposto di norme collocate un po' a caso nell'ordinamento, ma gode di una più consona sistemazione all'interno del nuovo articolato del d.lgs. 74/2000.

Dunque, la norma conferma che il giudice che pronunci sentenza di condanna per un reato tributario di cui al d.lgs. 74/2000 deve anzitutto verificare se sia possibile procedere alla **confisca diretta** dei beni che costituiscono *profitto* del reato⁶. Solo laddove verifichi l'impossibilità di apprendere direttamente il profitto (perché non individuato o appartenente a persona estranea al reato), dovrà disporre la **confisca per equivalente (o di valore)**, ossia l'ablazione di una parte del patrimonio legittimamente posseduto dal condannato, avente valore corrispondente

¹ Della pubblicazione in G.U. di tale decreto si era data notizia in *Dir. pen. cont.*, in data 9 ottobre 2015.

² L'art. 12-bis d.lgs. 74/2000 così recita: 1. *Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per uno dei delitti previsti dal presente decreto, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto.* 2. *La confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro. Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta.*

³ L'art. 1, comma 143, della l. n. 244/2007 prevedeva che “*Nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 322-ter del codice penale*”. Sul tentativo della giurisprudenza di estendere le ipotesi di confisca per equivalente ai reati tributari anche prima della l. n. 244/2007, si veda DELSIGNORE S., *Commento all'art. 12-bis*, in NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 288.

⁴ La giurisprudenza aveva considerato il richiamo contenuto nell'art. 1 della l. 224/2007 come riferito tanto al primo quanto al secondo comma dell'art. 322-ter c.p.; perciò, anche a prescindere dalla sopravvenuta modifica della disposizione ad opera della l. n. 190/2012 – che ha introdotto nel primo comma dell'art. 322-ter c.p. il riferimento al “profitto” – la confisca nei reati tributari poteva riguardare beni per un valore equivalente al profitto del reato.

⁵ La novella ha peraltro reso tale misura applicabile in relazione a *tutti* i reati tributari previsti dal d.lgs. 74/2000. L'art. 1, comma 143, della l. n. 244/2007, invece, contemplava un elenco tassativo di reati in relazione ai quali la confisca era applicabile (cfr. *supra*, nota n. 3): era ad esempio escluso da tale elenco l'art. 10 d.lgs. 74/2000 (“*Occultamento o distruzione di documenti contabili*”). Tale estensione della confisca ha fatto sospettare che il Governo abbia oltrepassato i limiti sanciti dalla delega legislativa, macchiandosi di un eccesso di delega: cfr. DELSIGNORE S., *Commento all'art. 12-bis*, in NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), *cit.*, pp. 289 ss.

⁶ ...e del “prezzo” del reato: ma trattasi di ipotesi a dir poco remota in ambito tributario, salvo il caso limite del *pretium sceleris* corrisposto all'emittente di fatture false da parte dell'utilizzatore (vd. art. 8 d.lgs. 74/2000) oppure al soggetto che ha occultato o distrutto le scritture contabili (vd. art. 10 d.lgs. 74/2000, a cui – solamente in seguito alla riforma – è divenuta applicabile la confisca: cfr. *supra*, nota n. 5).

all'accertato ammontare del profitto delittuoso⁷.

Rimasta invariata la previsione legislativa di tale istituto, non possono ritenersi mutate neppure le questioni pratico-interpretative ad essa legate. Tra cui: la definizione di 'profitto confiscabile'; la qualificazione della confisca di denaro (anche risparmiato) come confisca 'diretta' o 'per equivalente'; l'individuazione del soggetto passivo della confisca, in caso di reati commessi dal rappresentante legale di una società; l'individuazione del carattere sanzionatorio o meno della confisca 'di valore'.

Certo non s'ignora la fondamentale rilevanza di tali *vexatae quaestiones*. La vastità di quest'ultime induce però a non soffermarvi in tale sede, premendo qui piuttosto esaminare l'unica parte della disposizione dotata di carattere innovativo, ossia – come anticipato – quella contenuta nel capoverso dell'art. 12-*bis*.

3. La novità all'interno della disposizione: il secondo comma dell'art. 12-*bis*.

Che la riforma dei reati tributari non fosse destinata ad operare una mera ricollocazione dell'istituto della confisca, si era già reso evidente quando, lo scorso giugno, il Governo rese noto uno schema provvisorio di decreto⁸ in cui compariva un secondo comma all'art. 12-*bis* che così recitava: *“la confisca non opera per la parte che può essere restituita all'Erario”*. Subito – da più parti⁹ – se ne era sottolineata l'ambiguità e la conseguente suscettibilità di generare diversi problemi interpretativi e applicativi. Tuttavia la disposizione – sebbene con formulazione letterale parzialmente differente – è stata mantenuta nella versione definitiva del d.lgs. n. 158/2015.

Così, oggi, l'art. 12-*bis* del riformato d.lgs. 74/2000 contempla un **secondo comma**, in base al quale: *“La confisca non opera per la parte che il contribuente s'impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro. Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta”*.

4. La ratio della nuova disposizione nel sistema della riforma.

Un primo aspetto che della nuova disposizione si vuole mettere in luce attiene alla sua *ratio legis*, ossia alla logica giuridica e politico-criminale ad essa sottesa.

La lettura della norma permette una prima, intuitiva considerazione: la scelta di escludere la misura ablatoria allorché il contribuente s'impegna a versare all'erario quelle stesse somme potenzialmente confiscabili, pare espressiva della volontà di **far prevalere le pretese 'creditorie' dell'Agenzia delle entrate su quelle ablatorie conseguenti alla confisca**.

Uno sguardo che si spinga poco oltre alla disposizione qui commentata potrebbe poi cogliere come tale logica sia altresì sottesa alle norme immediatamente successive a quella in esame, ossia agli artt. 13 e 13-*bis*. Il primo (art. 13) rende l'*integrale estinzione del debito tributario* una **causa di non punibilità** che, per taluni reati¹⁰, viene riconosciuta purché il pagamento avvenga *prima dell'apertura del dibattimento di primo grado*; e, per altri¹¹, purché avvenga prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'ini-

⁷ La Cassazione a Sezioni Unite (Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617, *Lucci* in *Dir. pen. cont.*, 30 luglio 2015) ha recentemente affermato che *“la ratio essendi della confisca di valore sta nell'impossibilità di procedere alla confisca 'diretta' della cosa che presenti un nesso di derivazione qualificata con il reato. La trasformazione, l'alienazione o la dispersione di ciò che rappresenti il prezzo o il profitto del reato determina la conseguente necessità, per l'ordinamento, di approntare uno strumento che, in presenza di determinate categorie di fatti illeciti, faccia sì che il 'beneficio' che l'autore del fatto ha tratto, ove fisicamente non rintracciabile, venga ad essere concretamente sterilizzato sul piano patrimoniale, attraverso una misura ripristinatoria che incida direttamente sulle disponibilità dell'imputato, privandolo del tantundem sul piano monetario”*.

⁸ Lo schema era stato reso pubblico con il comunicato stampa del Consiglio dei ministri, n. 70 del 26 giugno 2015.

⁹ Cfr. *CAVALLINI S., Osservazioni 'di prima lettura' allo schema di decreto legislativo in materia penale tributaria*, in *Dir. pen. cont.*, 20 luglio 2015; nonché, volendo, *FINOCCHIARO S., Sull'imminente riforma in materia di reati tributari: le novità contenute nello 'schema' di decreto legislativo*, *ibidem*, 16 luglio 2015. Nello stesso senso si espressero le Commissioni riunite II Giustizia e VI finanze della Camera dei Deputati (cfr. la condizione di cui alla lett. k del parere reso da queste ultime allo schema di decreto legislativo).

¹⁰ I reati di cui agli artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater* comma 1 (cfr. art. 13, comma 1).

¹¹ I reati di cui agli artt. 4 e 5 (cfr. art. 13, comma 2).

zio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali¹². Il secondo (art. 13-*bis*) prevede che, fuori dei casi di non punibilità di cui sopra, l'*integrale pagamento* (anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento) *del debito tributario* (comprensivo di sanzioni amministrative e interessi) *prima dell'apertura del dibattimento di primo grado*, comporta una **diminuzione di pena fino alla metà** (oltre all'esclusione delle pene accessorie).

Ne emerge un combinato di norme in base al quale l'estinzione del debito può consentire di evitare la condanna (art. 13) o di diminuire la pena (art. 13-*bis*), e l'impegno ad estinguere il debito può permettere di evitare la confisca (art. 12-*bis*, comma 2). Evidente, dunque, il filo rosso che collega logicamente tali disposizioni: una fibra lungo la quale corre l'intenzione legislativa di far prevalere le pretese creditorie dell'erario su quelle punitive e ablatorie statuali¹³. Da ciò deriva la scelta di consentire (o forse incentivare) il pagamento 'spontaneo' ma tardivo del contribuente, piuttosto che mettere in moto il processo penale e procedere all'apprensione 'coattiva' del profitto del reato tributario.

Una scelta, quest'ultima, presa dal legislatore anche con il preciso scopo (speranza?) che tali istituti premiali fungano da bilanciamento delle minori entrate erariali che ci si aspetta conseguano all'ampia depenalizzazione operata dalla stessa riforma. Invero, avendo la novella innalzato le soglie di punibilità di molti reati tributari, risulta ora preclusa la perseguibilità penale di molti illeciti tributari 'sotto-soglia'¹⁴. Ne discende l'impossibilità di recuperare con gli strumenti penalistici le relative imposte evase. Per far fronte a tale inevitabile conseguenza il legislatore – oltre a riporre la propria fiducia nel revisionato sistema sanzionatorio amministrativo¹⁵ – sembra aver puntato proprio sugli istituti appena visti, ritenuti evidentemente in grado di assicurare meglio e più velocemente un ripristino delle casse statali 'impoverite' dall'evasione¹⁶.

5.

Una norma che 'blinda' il diritto vivente... ma va addirittura 'oltre'.

L'art. 12-*bis*, comma 2 persegue un ulteriore scopo, che si aggiunge a quelli appena esaminati. Si può infatti scorgere nella nuova previsione l'intento legislativo di **positivizzare un approdo giurisprudenziale** già ampiamente consolidato nel nostro diritto vivente.

L'orientamento a cui si fa riferimento è quello secondo cui, nei reati tributari, la 'restituzione' all'erario del profitto derivante dal reato elimina in radice lo stesso oggetto sul quale dovrebbe incidere la misura ablatoria; si ritiene, cioè, che **la sanatoria della posizione debitoria con l'Amministrazione finanziaria faccia venire meno lo scopo principale perseguito con la confisca** (e con il sequestro ad essa prodromico)¹⁷. La conseguenza che questa stessa giurisprudenza ne desume è che, qualora l'agente provveda al pagamento dell'imposta, dato che il profitto suscettibile di confisca corrisponde sostanzialmente all'ammontare dell'imposta evasa, viene automaticamente meno qualsiasi indebito vantaggio da aggredire col provvedimento ablatorio. Con l'ulteriore conseguenza che i beni in sequestro devono essere restituiti per un ammontare corrispondente a quanto versato; e che quello stesso ammontare va detratto dal *quantum* oggetto di confisca, fino a poterla escludere del tutto.

La *ratio* di tale (a nostro avviso del tutto condivisibile) approdo giurisprudenziale risiede nel fatto che, qualora si procedesse a confiscare l'intero profitto, senza tener conto di quanto (dell'imposta evasa) è stato già versato all'erario dopo la consumazione del reato, si avreb-

¹² Lo stesso art. 13, al comma 3, prevede altresì che, *se prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, il debito tributario è in fase di estinzione mediante rateizzazione è dato un termine di tre mesi (prorogabile, se necessario, di altri tre mesi) per il pagamento del debito residuo*.

¹³ Un intento, questo, tra l'altro palesato nella *Relazione illustrativa* alla riforma.

¹⁴ Da tale depenalizzazione, invero, consegue che gli imputati per evasione di somme superiori alla soglia precedente, ma inferiori alla nuova, siano assolti perché *"il fatto non è (più) previsto dalla legge come reato"* ex art. 530, comma 1 c.p.p. e quelli già raggiunti da una condanna passata in giudicato possano richiedere al giudice dell'esecuzione la revoca della sentenza di condanna ex art. 673 c.p.p.

¹⁵ Cfr. il *Titolo II* del d.lgs. 158/2015, intitolato *"Sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie"*.

¹⁶ In questo senso paiono deporre anche la *Relazione tecnica* e la *Relazione illustrativa* alla riforma.

¹⁷ Si veda, di recente, Cass. pen., sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887; cfr., nello stesso senso, Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30140; Cass. pen., sez. III, 3 dicembre 2012, n. 46726, in *Corr. Trib.*, 2013, 7, p. 591, con nota di TORIO A., MECCA S., *Il tardivo pagamento dei tributi evasi esclude la confisca per equivalente*.

be un'**inammissibile duplicazione sanzionatoria**, in contrasto col principio che l'espropriazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al profitto derivante dal reato¹⁸. Insomma, un principio di diritto vivente, che pare evidenziare come la *ratio* della confisca penale tributaria risieda nel **recupero del debito tributario**, sicché una volta estinto quest'ultimo la funzione della misura ablatoria viene meno.

Si può peraltro notare come una simile logica venga posta dalla giurisprudenza a fondamento dell'interpretazione di una previsione legislativa di analogo tenore a quella in discorso, in materia di responsabilità da reato degli enti. Si tratta dell'**art. 19 d.lgs. n. 231/2001**, il cui primo comma¹⁹ prevede una forma di confisca ('diretta') del prezzo o del profitto del reato, **"salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato"**, e il cui secondo comma²⁰ contempla invece l'applicabilità della confisca 'per equivalente', qualora quella 'diretta' non sia possibile. La citata locuzione **"salvo che per la parte che può essere restituita"** è stata infatti interpretata dalla giurisprudenza nel senso di escludere la confiscabilità di **"quei beni o la parte di beni su cui il danneggiato può accampare una specifica pretesa restitutoria ossia una pretesa relativa alla restituzione di un bene in forza del diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento o di garanzia ovvero del possesso o della detenzione, pur se derivanti da un negozio produttivo di effetti obbligatori"**²¹. Un diverso e più recente orientamento accorda anzi alla clausola contenuta nella art. 19 una portata addirittura maggiore, riferendola non solo ai "beni oggetto della pretesa restitutoria" ma altresì delle **"somme oggetto di risarcimento"** (anche quando la misura sia 'per equivalente'), osservando che **"ove la somma 'restituita' – o comunque rifiuta – non fosse computata come ontologica riduzione di ciò che il reato aveva fruttato, la confisca non prenderebbe più in considerazione l'utilità economica che è residua all'esito di una condotta di adempimento dell'obbligo restitutorio, ma un importo avulso dalle condotte riparatorie e come tale raccordabile ad un tipo di sanzione non prevista dall'ordinamento"**²².

Anche in tema di responsabilità da reato dell'ente, dunque, la giurisprudenza ha confermato che oggetto della confisca può essere soltanto la differenza — al momento della pronuncia della sentenza — tra il profitto illecito conseguito (dall'ente) e la parte di esso restituita o risarcita (al danneggiato). E la *ratio* di tale orientamento sta, al pari di quanto detto in tema di confisca tributaria, nell'esigenza di **evitare una duplicazione nell'apprensione del profitto**.

Dunque, la norma si pone in chiara linea di continuità con questi approdi giurisprudenziali che — sia in ambito penale tributario, sia in ambito di responsabilità da reato dell'ente — hanno affermato che il sopravvenuto pagamento (rispettivamente, all'erario e al terzo danneggiato) è in grado di escludere o ridurre la confisca. In questo senso, dunque, la norma 'blinda' il diritto vivente, offrendo un riscontro normativo al citato orientamento giurisprudenziale.

Ma la nuova disposizione non si limita a recepire tali orientamenti giurisprudenziali della Corte di cassazione. Va 'oltre'. **La confisca viene infatti esclusa non solo per la parte che il contribuente ha versato all'erario, bensì anche per quella che si impegna a versare**. La valenza preclusiva della confisca è attribuita non più (solamente) all'*avvenuto pagamento*, bensì all'*impegno a pagare*²³.

Della reale consapevolezza con cui il legislatore abbia intrapreso tale scelta, in realtà, è lecito dubitare. Infatti, nella *Relazione illustrativa* allo schema di riforma, le note relative al

¹⁸ Cass. pen., sez. III, 1 dicembre 2010, n. 10120. Cfr., in dottrina: SOANA G.L., *Confisca per equivalente e sopravvenuto pagamento del debito tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, p. 546; nonché MUSCO E., ARDITO F., *Diritto penale tributario*, 2010, p. 74; e CUOMO L., *Problemi di giustizia penale tributaria: la confisca per equivalente del profitto*, in *Arch. pen.* 2014, fasc. 1, p. 15.

¹⁹ Art. 19, comma 1: **"Nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato"**.

²⁰ Art. 19, comma 2: **"Quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato"**.

²¹ Si veda, ad esempio, Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2010, n. 16526, la cui tesi interpretativa è stata ritenuta eccessivamente restrittiva, in quanto fondata su di una *rigoristica ed ingiustificata interpretazione civilistica del termine 'restituzione'*, al cui interno — invece — andrebbe inclusa anche l'ipotesi di 'risarcimento' (così, TROYER L., *La suprema corte esclude la confiscabilità del profitto illecito coincidente con quanto spettante al danneggiato e oggetto di risarcimento: acta est fabula?*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, II, 2012, p. 462).

²² Cfr. Cass. pen., sez. II, 16 novembre 2011, n. 45054, con nota di COLLA G., *Non confiscabilità della somma sequestrata per equivalente quando la stessa sia stata restituita al danneggiato*, in *Cass. pen.*, I, 2013, p. 300; nonché di TROYER L., *La suprema corte esclude la confiscabilità del profitto illecito coincidente con quanto spettante al danneggiato e oggetto di risarcimento: acta est fabula?*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, II, 2012, p. 462.

²³ In senso adesivo a tale opinione, si veda: DELSIGNORE S., *Commento all'art. 12-bis*, in NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), *cit.*, p. 315 s.; e si consenta altresì il rinvio a FINOCCHIARO S., *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. 158/2015 appena pubblicato*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2015.

comma 2 dell'art. 12-*bis* si limitano alle seguenti parole: “*Viene, inoltre, espressamente chiarito che la confisca non opera per la parte che può essere restituita all'Erario*”. Come a dire: già era così, ma ora lo si “chiarisce espressamente”.

Le cose – come detto – non stanno in realtà in questi termini: la disposizione ha una sicura portata innovativa. Essa avrebbe potuto dirsi “chiarificatrice” (ossia meramente ‘recettiva’ del citato orientamento giurisprudenziale) qualora si fosse espressa con una locuzione del tipo: “*la confisca non opera per la parte che è già stata versata all'erario*”. Ma così non è stato: la formulazione della disposizione fa sì che l'onere posto a carico del contribuente per evitare la misura ablatoria (o per ridurre l'entità) venga drasticamente ridotto, permettendo (incentivando?) adempimenti ancor più tardivi. Se prima della riforma era possibile evitare (o ridurre) la confisca dimostrando al giudice l'avvenuto pagamento dell'imposta evasa, ora diviene possibile ottenere il **medesimo effetto con uno sforzo minore**: ossia presentando al giudice il proprio ‘impegno’ a pagare il debito tributario.

Un'ultima postilla pare doverosa: il fatto che la nuova disposizione abbia affermato un *quid pluris* rispetto al citato indirizzo giurisprudenziale, nulla toglie alla costante validità dell'orientamento stesso, il quale – a maggior ragione – non può che trovare ancora applicazione, a pena di ritenere (in modo palesemente contrario ai canoni costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza) che “impegnarsi a versare” possa valere ad escludere la confisca, mentre “aver versato” non abbia (più) il medesimo effetto. Sono dunque un **argumentum a fortiori** e un **in-terpretazione costituzionalmente orientata** a farci ritenere che la confisca continui ad essere preclusa per la parte che è stata versata all'erario (oltre che per la parte che il contribuente si è impegnato a versare).

6.

Gli “effetti benefici” del pagamento e dell'impegno a pagare.

Alla luce di quanto fin qui detto, è possibile ripercorrere il sistema di ponti d'oro messi dalla riforma a disposizione del contribuente, nelle varie fasi del procedimento. Il quadro, in sintesi, sembra potersi ricostruire nel modo seguente:

– *entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, e comunque prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali*, l'estinzione delle pendenze con il Fisco²⁴, a seguito di ravvedimento operoso o di presentazione della dichiarazione omessa, rende **non punibili i reati di falsa e omessa dichiarazione di cui agli articoli 4 e 5**²⁵;

– *in qualunque momento precedente all'apertura del dibattimento di primo grado*: a) l'integrale estinzione del debito tributario²⁶ *i)* rende **non punibili i reati di omesso versamento di cui agli articoli 10-bis, 10-ter e 10-quater, comma 1**²⁷, mentre *ii)* comporta un'**attenuazione di pena fino alla metà**²⁸ per gli **altri reati tributari di cui allo stesso decreto**; b) se le pendenze con il Fisco risultano in fase di estinzione mediante rateizzazione, può essere richiesto un **termine di tre mesi per il pagamento del debito residuo**²⁹;

– *in qualunque momento precedente alla pronuncia definitiva di condanna*, l'integrale estinzione del debito tributario permette di **evitare la confisca**, mentre la sua *parziale* estinzione consente di **diminuire corrispondentemente il quantum confiscabile**; e tali risultati – ai sensi del nuovo capoverso dell'art. 12-*bis* – sono oggi rispettivamente possibili anche presentando semplicemente un ‘impegno’ ad estinguere in tutto o in parte il debito tributario.

Ciò che invece non ci pare possa essere sostenuto è che un parziale pagamento del debito

²⁴ S'intende, ai sensi dell'art. 13, comma 2 d.lgs. 74/2000, l'integrale pagamento “del debito tributario (compresi sanzioni amministrative e interessi)”.

²⁵ Art. 13, comma 2 d.lgs. 74/2000.

²⁶ S'intende, anche in tal caso, comprensivo sanzioni amministrative e interessi (art. 13, comma 1)

²⁷ Art. 13, comma 1 d.lgs. 74/2000.

²⁸ Art. 13-*bis*, comma 1 d.lgs. 74/2000, il quale – inoltre – prevede che si possa richiedere l'applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.* solo se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, fatte salve le ipotesi di cui all'articolo 13, commi 1 e 2 (nelle quali la punibilità è esclusa).

²⁹ Art. 13, comma 3 d.lgs. 74/2000, in base al quale, inoltre: “*In tal caso la prescrizione è sospesa. Il Giudice ha facoltà di prorogare tale termine una sola volta per non oltre tre mesi, qualora lo ritenga necessario, ferma restando la sospensione della prescrizione*”.

tributario possa essere invocato per chiedere un proscioglimento previa riqualificazione del reato contestato come evasione 'sotto-soglia'³⁰. Invero, una simile tesi interpretativa sembra ineludibilmente scontrarsi con la lettera e la *ratio* dell'art. 13 che, come si è visto, esclude la punibilità solamente in caso di pagamento *integrale* del debito, non già di un pagamento *parziale* (cioè di quella parte del debito eccedente la soglia di rilevanza penale). Il che non toglie, beninteso, che per quella parte già versata la confisca non potrà essere disposta.

Naturalmente, l'imputato che abbia provveduto ad un pagamento parziale prima dell'apertura del dibattimento ben potrebbe richiedere il termine trimestrale di cui all'art. 13 co. 3 per completare ratealmente l'estinzione del debito: in tal modo, egli potrebbe evitare la condanna godendo della causa di non punibilità *ex* art. 13, comma 1, o quantomeno usufruire delle attenuanti di cui all'art. 13-*bis*, e comunque evitare la confisca.

7.

Che cosa si intende per 'impegno' a versare?

Il baricentro del secondo comma dell'art. 12-*bis* risiede però nel concetto di 'impegno' a versare all'erario. Concetto che si procederà ora ad esaminare.

Anzitutto, pare evidente che esso debba contenere l'**indicazione dell'importo che il contribuente s'impegna a versare**. Infatti proprio quell'importo dovrà essere sottratto all'ammontare del profitto confiscabile accertato dal giudice. Se esso risulta inferiore a quest'ultimo la confisca opererà per un ammontare risultante dalla sottrazione: *profitto illecito confiscabile* meno *importo oggetto dell'impegno*. Se il risultato è zero, la misura ablatoria non opererà affatto.

Ma che cosa s'intende per *impegno* a versare? Quali forme e caratteristiche deve avere (se deve averle) tale impegno, per essere in grado di 'neutralizzare' la confisca?

L'art. 12-*bis* non offre risposte esplicite alla questione, né una definizione è stata inserita nell'art. 1 del d.lgs. 74/2000 o è altrimenti rinvenibile. Nemmeno la Relazione illustrativa della riforma viene in soccorso all'interprete.

L'esegesi del concetto in esame deve quindi muovere dalla lettera della legge, così da tracciare una cornice lessicale invalicabile al cui interno, poi, individuare il senso più coerente con la *ratio* della disposizione e del 'sistema'.

Ebbene, sul piano strettamente letterale, il termine *impegno* può acquistare almeno **due significati** differenti.

Il *primo* è quello di "concentrazione, sforzo, zelo nel fare qualcosa"³¹ e cioè "cura attenta e diligente", "impiego di tutta la propria volontà e della propria forza nel fare qualcosa"³².

Il *secondo* significato del termine *impegnarsi* è quello di "vincolarsi, obbligarsi"³³, cioè "promettere, vincolandosi con assicurazione formale a tener fede alla promessa e di poter mantener fede alla stessa"³⁴ e *impegnare* significa anche "dare a garanzia"³⁵ e "obbligare a un determinato comportamento in base ad accordi precisi"³⁶.

Si è dunque di fronte a due definizioni molto differenti. La *prima* offre una cornice letterale assai ampia: il termine assume una connotazione informale e 'unilaterale', ossia dipendente da un atteggiamento tenuto solamente da un soggetto (quello che si "impegna"). La *seconda*, invece, traccia confini interpretativi ben più angusti: il termine si carica di una veste formale e necessariamente legata ad un obbligo nei confronti di 'qualcuno', con il quale ci si 'accorda'; in materia penal-tributaria, dunque, potrebbe ragionevolmente parlarsi di 'impegno' in presenza di un accordo formale tra contribuente e Agenzia delle entrate.

Proprio questa seconda e più rigorosa interpretazione ci sembra preferibile. A ben vedere, infatti, la prima accezione appare irrazionale e sostanzialmente abrogativa della previsione

³⁰ La situazione è così esemplificabile: a Tizio viene contestata un'evasione IVA *ex* art. 10-*ter* pari a 300.000 euro ma questi allega l'avvenuta estinzione del debito tributario, successiva alla commissione del reato, per un importo di 100.000 euro e chiede una pronuncia *ex* art. 129 c.p.p. perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, adducendo che – essendo la soglia di cui all'art. 10-*ter* 250.000 euro – il fatto vada riqualificato come evasione "sotto-soglia" in virtù del combinato disposto degli art. 10-*ter* e 13 d.lgs. 74/2000.

³¹ Vd. voce "impegnare" in *Grandi Dizionari Garzanti*.

³² Vd. voce "impegno" in *Treccani - Vocabolario della lingua italiana*.

³³ Vd. voce "impegnare" in *Grandi Dizionari Garzanti*.

³⁴ Vd. voce "impegnare" in *Treccani - Vocabolario della lingua italiana*; cfr. la voce 'impegno', *ibidem*, ove la locuzione "senza impegno" viene definita come "promessa senza volersi obbligare, senza dare formale assicurazione di poter mantenere la promessa".

³⁵ Vd. voce "impegnare" in *Treccani - Vocabolario della lingua italiana*.

³⁶ Vd. voce "impegnare" in *Grandi Dizionari Garzanti*.

della confisca di cui al primo comma, giacché il contribuente potrebbe neutralizzare l'operatività della misura ablatoria semplicemente presentando al giudice una dichiarazione unilaterale in cui promette che adempierà al debito tributario e che utilizzerà tutte le proprie 'forze' per farlo. La seconda accezione, invece, permette di mantenere una coerenza con il sistema e con la *ratio* della disposizione che, prevedendo una confisca (obbligatoria) in materia di reati tributari, esprime una chiara esigenza ordinamentale di **recuperare i proventi illeciti derivanti dall'evasione fiscale**.

È pertanto assolutamente doveroso far leva, in via interpretativa, sulla **serietà** dell'impegno. Esso dovrebbe consistere in un **formale accordo con l'Agenzia delle entrate**, il quale venga prodotto *per tabulas* nel procedimento³⁷. A tal fine il contribuente potrà certamente giovare delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie.

Una tesi interpretativa, quest'ultima, che non ci pare assolutamente fuoriuscire dai limiti letterali imposti dalla disposizione, giacché – come detto – il termine *impegno* consta anche di una "assicurazione formale a tener fede alla promessa e di poter mantener fede alla stessa".

Ne consegue che il giudice dovrà valutare, caso per caso, l'impegno che gli è stato presentato. A tal fine, inevitabilmente, egli ricorrerà ai propri (consueti) poteri discrezionali per valutarne la serietà. Al contribuente, dunque, potrebbe essere necessario prestare al giudice **valide spiegazioni del motivo per cui, fino a quel momento** (solitamente distante anni dal momento di consumazione del reato e ancor più dal termine legale per adempiere ai sensi delle norme tributarie), **non abbia mai provveduto a versare quanto dovuto**³⁸. In questo senso, ed entro limiti di logico buon senso, pare necessario per il contribuente riuscire a 'rassicurare' il giudice circa la serietà dei propri intenti nonché sulla concreta possibilità di darvi seguito. In caso contrario, l'impegno potrà essere valutato *tamquam non esset* dal giudice, il quale dovrà disporre la confisca (anche per equivalente) dell'intero profitto illecito.

Un'ultima precisazione: l'impegno deve provenire **necessariamente dal "contribuente"**, non dal "reo". Il contribuente – però – assai spesso non è la stessa persona imputata del procedimento penale nel cui ambito la confisca verrebbe disposta. Ad esempio, quando ad essere indagato/imputato è il rappresentante legale di una società, l'impegno dovrà provenire non già da quest'ultimo bensì dalla persona giuridica-contribuente. Nella maggior parte dei casi in cui il capoverso dell'art. 12-*bis* troverà applicazione, dunque, esso darà luogo ad una singolare situazione nella quale un soggetto (l'amministratore condannato) eviterà la confisca perché un altro soggetto (il contribuente-persona giuridica) si è impegnato a versare una somma pari al profitto del reato accertato.

8.

La 'non operatività' della confisca: una prima possibile lettura.

Si è finora messo in luce come la novità apportata dal capoverso dell'art. 12-*bis* risieda essenzialmente nel permettere che un semplice *impegno* (nell'accezione appena precisata) possa far sì che la confisca "*non operi*". Ma che cosa s'intende con la locuzione "*la confisca non opera*", e in che termini una tale previsione legislativa può tradursi nella sentenza del giudice?

8.1.

Non disporre la confisca al momento della condanna?

La soluzione interpretativa che sorge spontanea dalla lettura della norma è quella di intenderla come se richiedesse al giudice della condanna di **non disporre la confisca per la parte che il contribuente si è impegnato a versare**. Il giudice, dunque – accertata la responsabilità penale dell'imputato per il reato tributario e individuato/quantificato il profitto confiscabile – nella

³⁷ In senso conforme, si veda, la nota alla riforma del Procuratore della Repubblica di Trento dott. G. AMATO, *Riforma dei reati tributari: le note di indirizzo della Procura di Trento*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2015, p. 14. *Contra*: DELSIGNORE S., *Commento all'art. 12-bis*, in NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), *cit.*, p. 320.

³⁸ Se così non fosse, parrebbe altamente irragionevole permettere al condannato di evitare la *confisca* mediante un mero impegno a versare qualcosa che, fino a quel momento (per anni) non ha mai versato e che verosimilmente non sarà portato a versare dopo la pronuncia della sentenza.

pronuncia di condanna *non dovrebbe disporre la confisca* (se l'impegno è a pagare *integralmente* il debito), oppure *dovrebbe disporla solamente per la parte non coperta dall'impegno* (se esso è a pagare *parzialmente* il debito e il giudice ritenga che il *quantum* confiscabile sia superiore³⁹). Ad esempio: Tizio è imputato per aver omesso di versare 100, ma in udienza ha presentato un accordo con l'Agenzia delle entrate in base al quale si è impegnato a versare 60 a quest'ultima; il giudice, nell'eventuale sentenza di condanna, disporrà la confisca di 40⁴⁰.

In tale scenario, una volta pronunciata la sentenza, il contribuente dovrebbe adempiere all'impegno assunto prima della condanna, versando quanto dovuto, alle scadenze pattuite.

Ma *quid* se invece non adempie all'impegno e non versa quanto dovuto?

A questo punto, occorre fare i conti con l'ultima proposizione del capoverso dell'art. 12-*bis*, che recita: **"Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta"**. Previsione, quest'ultima, che sembra inequivocabilmente alludere al fatto che la confisca, *inizialmente* non disposta a causa dell'impegno, debba essere invece disposta *successivamente* qualora poi l'impegno non venga rispettato (ossia venga a mancare il pagamento pattuito).

La disposizione potrebbe trovare agile applicazione allorché la sentenza di condanna (che non ha disposto la confisca) non sia ancora divenuta definitiva. Pare invero ipotizzabile senza particolari problemi che, qualora la sentenza venga impugnata, il giudice di secondo grado abbia tutti i poteri di disporla per la parte che accerti non essere stata versata.

La questione è invece più complessa se la sentenza è nel frattempo passata in giudicato. In tal caso occorre chiedersi se (e come), in caso di mancato versamento, la confisca possa ancora essere disposta. Di certo non potrà provvedervi il giudice della cognizione, poiché questi, una volta passata in giudicato la sentenza, è ormai privo di ogni potere, rimanendo la fase esecutiva demandata al pubblico ministero e al giudice dell'esecuzione. Si tratta dunque di capire se tali soggetti possano provvedere *in executivis* a disporre la misura ablatoria, in caso di mancato versamento.

Sembra anzitutto doversi escludere il potere del pubblico ministero di eseguire una misura che non sia stata disposta con un provvedimento giurisdizionale, in mancanza del quale, invero, difetterebbe il titolo esecutivo in forza del quale dare esecuzione alla confisca. Al contrario, al **giudice dell'esecuzione** la legge conferisce una (generica) competenza in materia di confisca all'art. 676 c.p.p., rubricato *"Altre competenze"*, che, per l'appunto, così recita: **"il giudice dell'esecuzione è competente a decidere [...] in ordine alla confisca o alla restituzione delle cose sequestrate. In questi casi il giudice dell'esecuzione procede a norma dell'art. 667 comma 4"** (ossia, *de plano*⁴¹).

Al quesito in esame (la confisca può ancora essere disposta allorché il condannato con sentenza definitiva non adempia all'impegno?) sembra dunque potersi dare risposta affermativa. Il modo con cui ciò potrebbe avvenire pare il seguente: **l'Amministrazione finanziaria**, alla quale il versamento di quanto pattuito dovrebbe essere destinato, **rileva l'inadempimento** da parte del contribuente (ad esempio: mancato versamento di quanto dovuto alla scadenza indicata nell'*impegno* o interruzione del versamento delle rate pattuite), **e ne dà comunicazione al giudice dell'esecuzione, chiedendogli di disporre la confisca della parte non pagata**. In alternativa, l'Amministrazione potrebbe darne comunicazione al p.m. competente per la fase esecutiva, il quale potrebbe a sua volta rivolgere un'istanza al giudice dell'esecuzione, nella

³⁹ Invero, si ritiene che, anche in caso di accertamento con adesione o successivo concordato fiscale tra l'Amministrazione finanziaria e il contribuente, il giudice penale possa discostarsi dal dato quantitativo convenzionalmente accertato e tenere invece conto dell'iniziale pretesa tributaria dell'erario, purché, ovviamente, risultino elementi di fatto che rendano maggiormente attendibile la diversa quantificazione dell'imposta dovuta e, quindi, del profitto confiscabile (cfr. Cass. pen., sez. III, 2 dicembre 2011, n. 5640, *Manco*). Spetta infatti esclusivamente al giudice penale il compito di accertare e determinare l'ammontare dell'imposta evasa, mediante una verifica che può sovrapporsi ed anche contraddire quella eventualmente effettuata in sede tributaria (Cfr. Cass. pen., sez. III, 4 giugno 2014, n. 38684, *Agristi*; Cass. pen., sez. III, 15 luglio 2014, n. 37335, *Buonocore*).

⁴⁰ Se si fosse impegnato a versare 100, invece, non disporrebbe proprio la confisca.

⁴¹ L'art. 667, comma 4 c.p.p. dispone: *"Il giudice dell'esecuzione provvede in ogni caso senza formalità con ordinanza comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato. Contro l'ordinanza possono proporre opposizione davanti allo stesso giudice il pubblico ministero, l'interessato e il difensore; in tal caso si procede a norma dell'articolo 666. L'opposizione è proposta, a pena di decadenza, entro quindici giorni dalla comunicazione o dalla notificazione dell'ordinanza"*.

quale chieda di ordinare la confisca di quanto il contribuente ha ommesso di versare⁴².

Nello scenario prospettato, dunque, sarebbe il giudice dell'esecuzione – una volta ricevuta la comunicazione da parte dell'Amministrazione 'insoddisfatta' (o da parte del p.m. informato da quest'ultima) – a disporre la confisca, esercitando i poteri a lui attribuiti dall'art. 676 c.p.p.

Le 'forme' con cui il giudice dell'esecuzione dovrebbe disporre la confisca sarebbero ovviamente quelle di cui all'art. 667, comma 4 c.p.p. (specificamente richiamato dall'art. 676 c.p.p.): egli dovrebbe quindi pronunciarsi *“senza formalità con ordinanza comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato”*. Contro tale ordinanza, al p.m., all'interessato e al difensore è consentito proporre opposizione *ex art. 667, comma 4* davanti allo stesso giudice⁴³, con ciò provocando il contraddittorio all'interno di un'udienza da svolgersi⁴⁴ ai sensi dell'art. 666 c.p.p.⁴⁵. Dunque, il condannato potrà in udienza far valere eventuali eccezioni all'esecuzione della confisca (ad esempio dimostrando di aver versato quanto dovuto secondo l'impegno preso in sede di cognizione); udienza, tra l'altro, che – in seguito ad una recente pronuncia della Corte costituzionale⁴⁶ – deve svolgersi nelle forme dell'udienza pubblica, se vi è apposta istanza delle parti. Tale udienza, in ogni caso, *“si svolge con la partecipazione necessaria del difensore e del pubblico ministero”*; *“l'interessato che ne fa richiesta è sentito personalmente”*⁴⁷; *“il giudice può chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno”* e *“se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto del contraddittorio”*⁴⁸.

D'altra parte, la giurisprudenza⁴⁹, anche a Sezioni Unite⁵⁰, ammette pacificamente da tempo che il giudice dell'esecuzione sia competente a disporre la confisca obbligatoria, quando non vi abbia provveduto il giudice della cognizione, addirittura anche quando debba effettuare attività istruttoria per accertare la sussistenza delle condizioni di legge per applicare la misura patrimoniale⁵¹.

In sintesi, dunque, non paiono esservi ostacoli al riconoscimento al giudice dell'esecuzione del potere di disporre la confisca obbligatoria di cui all'art. 12-*bis* giacché: (a) esiste una chiara base normativa a tale attribuzione, rinvenibile negli artt. 676, 667 e 666 c.p.p.; (b) in tal senso è orientata la consolidata giurisprudenza di legittimità; (c) la sede processuale permette il rispetto del principio costituzionale del contraddittorio, a tutela del diritto di difesa; (d) non viene leso il principio di intangibilità del giudicato di cui all'art. 648 c.p.p., poiché il giudice dell'esecuzione si limita a disporre una misura prevista come obbligatoria dalla legge, sulla base del mero presupposto dell'esistenza della condanna definitiva e avente un oggetto (o un *quantum*) già in tutto e per tutto individuato dal giudice della cognizione ed emergente dalla

⁴² La situazione pare così esemplificabile: Tizio viene condannato per aver ommesso di versare 100, ma – dato che in udienza aveva presentato un accordo con l'Agenzia delle entrate in base al quale si è impegnato a versare tali somme – il giudice nella sentenza di condanna *non dispone* la confisca. Dopo la sentenza, però, Tizio non versa alcuna somma. L'Agenzia delle entrate, rilevato il mancato pagamento alla scadenza pattuita, ne fa comunicazione al giudice dell'esecuzione (eventualmente per il tramite del Pm) in modo che questi disponga la confisca di 100, cioè del *quantum* confiscabile (e non pagato) accertato dal giudice di cognizione e risultante dalla sentenza di condanna. Se Tizio avesse adempiuto parzialmente all'impegno, ad esempio versando 40 anziché 100, il giudice dell'esecuzione potrà disporre la confisca di 60, sempre in virtù del citato principio di origine pretoria (vd. *supra*) in base al quale – per evitare illegittime duplicazioni – la confisca non opera per la parte che è già stata pagata all'Eraio (al riguardo, vd. anche *infra*).

⁴³ L'opposizione – ai sensi dell'art. 667, comma 4 c.p.p. – va proposta *“a pena di decadenza, entro quindici giorni dalla comunicazione o dalla notificazione dell'ordinanza”*.

⁴⁴ Così dispone lo stesso art. 667, comma 4 c.p.p.

⁴⁵ Dunque, superata la delibazione d'ammissibilità, il giudice o il presidente del collegio darà corso alle attività preliminari all'udienza camerale: designerà il difensore d'ufficio all'interessato che ne sia privo, fisserà la data dell'udienza, ne farà dare avviso alle parti e ai difensori almeno dieci giorni prima della data predetta, potendo essere depositate memorie in cancelleria fino cinque giorni prima dell'udienza (vd. art. 666 c.p.p.).

⁴⁶ Corte. cost., sent. 15 aprile 2015 (dep 15 giugno 2015), n. 109 secondo cui *“Gli artt. 666, comma 3, 667, comma 4, e 676 cod. proc. pen. vanno dichiarati costituzionalmente illegittimi, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento di opposizione contro l'ordinanza in materia di applicazione della confisca si svolga, davanti al giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'udienza pubblica”*. Peraltro, la Consulta, con le sentenze n. 93/2010, n. 135/2014 e n. 97/2015, aveva già dichiarato costituzionalmente illegittime – per contrasto, nel primo caso, con l'art. 117 comma 1 Cost. (in relazione all'art. 6 § 1 CEDU) e, negli altri due, anche con l'art. 111 comma 1 Cost. – le disposizioni relative, rispettivamente, al procedimento per l'applicazione delle *misure di prevenzione* (art. 4 l. 1423/1956, e art. 2-ter l. 575/196), del procedimento per l'applicazione delle *misure di sicurezza* (artt. 666 comma 3, 678 comma 1, e 679 comma c.p.p.) e del procedimento davanti al *tribunale di sorveglianza* (artt. 666 comma 3, e 678 comma 1 c.p.p.), nella parte in cui non consentivano che, su istanza degli interessati, le procedure stesse si svolgessero nelle forme dell'udienza pubblica.

⁴⁷ Art. 666, comma 4.

⁴⁸ Art. 666, comma 5; cfr. art. 185 disp. att. c.p.p.

⁴⁹ Si veda, da ultimo, Cass. pen., sez. I, 21 aprile 2015, n. 20507; cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. VI, 20 maggio 2008, n. 27343.

⁵⁰ Cass. pen., Sez. Un., 30 maggio 2001, n. 29022, *Derouach*, in *Cass. pen.*, 2001, 3385.

⁵¹ Cass. pen., 16 maggio 2000, n. 3599. Si è altresì affermato che, in caso di condanna, il sequestro non viene meno perché la confisca obbligatoria alla quale è preordinato può intervenire anche in sede esecutiva (cfr. Cass. pen., sez. I, n. 8533 del 2013).

sentenza da quest'ultimo pronunciata.

8.2.

I problemi legati a tale prima possibile soluzione.

La tenuta della soluzione dev'essere tuttavia vagliata anche in relazione ad un'ipotesi leggermente più complessa: ossia quella in cui vi sia un sequestro preventivo finalizzato alla confisca (art. 321, comma 2 c.p.p.).

In tale scenario, secondo l'apparente logica del sistema processuale, qualora il giudice della condanna non disponga la confisca, il sequestro dovrebbe venire meno. Infatti, l'**art. 323, comma 3 c.p.p.** prevede: "*se è pronunciata sentenza di condanna, gli effetti del sequestro permangono quando è stata disposta la confisca delle cose sequestrate*"⁵²; dal che dovrebbe logicamente dedursi, *a contrario*, che **gli effetti del sequestro non permangono quando non è stata disposta la confisca**.

Ne conseguirebbe che la persistenza del sequestro, anche successivamente alla pronuncia della sentenza di condanna, sia sì possibile, ma sempreché tale sentenza abbia espressamente disposto la confisca. Qualora invece – come nel nostro caso – la sentenza di condanna non abbia disposto la misura ablatoria (a causa della presentazione dell'impegno da parte del contribuente), l'eventuale sequestro preventivo finalizzato alla confisca dovrebbe venire meno ai sensi dell'**art. 323, comma 3 c.p.p.**

Tuttavia, un simile risultato **farebbe venir meno l'unica garanzia che il condannato non disperda i propri beni e paghi effettivamente il debito** secondo l'impegno assunto. Si tratterebbe di un esito evidentemente contrario alle fondamentali esigenze sottese alla norma sul sequestro preventivo *ex* art. 321 comma 2 c.p.p., la cui *ratio* risiede infatti nell'opportunità di **sottrarre all'indagato/imputato la disponibilità di ciò (o di quanto) gli potrà (o dovrà) essere confiscato**. Pare inverosimilmente negabile che tale misura svolga tanto una finalità 'preventiva' in senso stretto (evitare che, vedendosi libero di godere del profitto delittuoso, il soggetto possa essere nel frattempo spinto a commettere altre condotte illecite), quanto una finalità di conservazione/non-dispersione di ciò che dovrà essere oggetto di ablazione e che, se non sequestrato, potrebbe non essere più raggiungibile dalla confisca prevista dalla legge. Sembra allora del tutto ragionevole ritenere che le medesime esigenze permangano anche successivamente alla pronuncia di condanna che accerti definitivamente l'esistenza dei presupposti della confisca, così permettendosi che essa sia applicabile in sede esecutiva in caso di mancato rispetto dell'impegno.

Anzi, **tali esigenze sembrano qui ancor più pregnanti, giacché attinenti ad un condannato** (e non più mero indagato/imputato), **in presenza di un delictum provato quanto meno in primo grado** (e non più di un mero *fumus delicti*), **che ha generato un profitto confiscabile accertato nel processo**, il cui sequestro è, e rimane, funzionale ad assicurare che – nel caso in cui il condannato non versi all'erario le somme per cui si è impegnato – la confisca obbligatoria⁵³ possa essere disposta dal p.m. e dal giudice dell'esecuzione.

D'altra parte, anche in giurisprudenza si è sottolineato come la funzione del sequestro *non sia tanto legata alla fase della cognizione, bensì al provvedimento che la misura cautelare è intesa ad assicurare, di cui la fase cognitiva ha la funzione di accertare la sussistenza dei presupposti*; e pertanto *l'esigenza di disporre il sequestro preventivo può verificarsi in ogni fase e grado del procedimento e, pertanto, anche nella fase esecutiva*⁵⁴.

Insomma, interpretando il nuovo art. 12-bis nel senso per cui esso precluderebbe al giudice di disporre la confisca, ci si imbatte in un'aporia di sistema: **il sequestro preventivo si 'caducherebbe' proprio quando diviene definitiva quella sentenza di condanna che rende obbligatoria la confisca e ne permette l'applicabilità in sede esecutiva** in caso di mancato ri-

⁵² Il primo comma dello stesso art. 323 c.p.p. dispone: "*Con la sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, ancorché soggetta a impugnazione, il giudice ordina che le cose sequestrate siano restituite a chi ne abbia diritto, quando non deve disporre la confisca a norma dell'articolo 240 del codice penale. Il provvedimento è immediatamente esecutivo*".

⁵³ "Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta", recita il comma 2 dell'art. 12-bis (vd. anche *infra*).

⁵⁴ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 2 maggio 2005, n. 33964.

spetto dell'impegno⁵⁵. In tal modo la previsione della confisca obbligatoria correrebbe l'elevato rischio di essere vanificata: l'evasore che per anni non ha pagato il debito tributario generato dal reato potrebbe, ad un passo dalla sentenza, evitare la confisca e ottenere la restituzione dei beni sequestrati. L'eccessivo rischio che questi alla condanna (e al dissequestro) non faccia seguire il versamento di quanto pattuito sembra evidente.

A ben vedere, si potrebbe però scorgere una **'via d'uscita'** dall'*impasse* appena indicato, qualora si ritenesse che la norma sottesa all'art. 323 c.p.p. non rappresenti in realtà un ostacolo al mantenimento del sequestro anche dopo una sentenza di condanna che *non* disponga la confisca.

Tale strada potrebbe ritenersi già parzialmente **tracciata dalla stessa giurisprudenza**, allorché ha sostenuto: *"qualora si sia in presenza di una sentenza non definitiva, deve escludersi l'esecutività immediata dei provvedimenti restitutori dei beni sottoposti a sequestro preventivo anche nell'ipotesi in cui non ne sia stata disposta la confisca, dovendosi considerare che la misura della confisca alla quale è preordinato il sequestro preventivo può intervenire anche nel successivo grado del giudizio di merito e, ricorrendo l'ipotesi di confisca obbligatoria [...] anche in sede esecutiva"*⁵⁶. Sempre in giurisprudenza⁵⁷ si è addirittura riconosciuto il potere del giudice dell'esecuzione di disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria e di decidere sulla restituzione delle cose sotto sequestro⁵⁸. Sembra cioè essersi ritenuto in questi casi che la **logica di cui all'art. 323 c.p.p. vada riferita solamente ai casi in cui la confisca non disposta non possa nemmeno più esserlo successivamente**.

Dunque, per imboccare tale 'via', basterebbe valorizzare l'approdo giurisprudenziale appena citato, estendendolo alla materia che qui ci interessa. La norma sottesa all'art. 323 c.p.p. sembra infatti pensata dal legislatore esclusivamente per evitare che la misura cautelare protragga i propri effetti quando la sentenza definitiva 'chiuda i giochi', senza disporre quella misura ablatoria alla quale il sequestro era prodromico. Niente di più ragionevole: se la confisca (che la misura cautelare serviva a garantire) non viene disposta nella sentenza e non potrà più esserlo successivamente, il sequestro perde ogni ragion d'essere e deve venire meno. Se invece, come nel caso ora all'esame, la sentenza definitiva non 'chiude i giochi' relativi a questa forma di confisca obbligatoria, rimanendo anzi aperta la possibilità che essa venga applicata, successivamente, in fase esecutiva, allora ben potrà ritenersi che il sequestro mantenga intatta la propria funzione strumentale alla futura confisca; e che anzi tale funzione sia qui ancor più evidente, giacché – come detto – il *fumus delicti* si è fatto *delictum* accertato, e l'imputato è stato condannato. In questo modo, nel caso di sentenza che non disponga la confisca a causa dell'intervenuto *impegno*, si dovrebbe ritenere che il sequestro sopravviva alla pronuncia della condanna.

D'altronde, la stessa lettera del capoverso dell'art. 12-*bis* parrebbe orientare verso la medesima conclusione. La nuova norma, disponendo – da un lato – che, in caso d'impegno, la confisca non operi, *"anche in presenza di sequestro"* e – dall'altro – che essa debba essere *"sempre disposta nel caso di mancato versamento"* – sembrerebbe aver spostato il *dies ad quem* dell'efficacia della misura cautelare al momento dell'effettivo versamento delle somme dovute, unico momento in cui viene realmente meno la possibilità di applicare la confisca che il sequestro intende garantire.

Tuttavia, il dato testuale non brilla certo per chiarezza. La scarsa precisione dell'art. 12-*bis* potrebbe far ritenere l'interpretazione appena proposta come una forzatura delle regole processuali generali in materia cautelare. **L'eventualità che tale via ermeneutica sia ritenuta dai più impercorribile** a fronte del tenore letterale dell'art. 323 c.p.p. e dell'insufficiente limpidez-

⁵⁵ Anzi, come si è detto, al momento della condanna definitiva le esigenze di salvaguardia della confisca sottese al sequestro preventivo sono ancor più forti, giacché attinenti ad un soggetto condannato (e non più mero indagato/imputato), in presenza di un *delictum* provato (e non più di un mero *fumus delicti*) che ha generato un profitto confiscabile accertato nel processo.

⁵⁶ Cfr. Cass. pen., sez. I, n. 8533 del 2013, in un caso relativo all'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12-*sexies*.

⁵⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 20 maggio 1992, *Zokon* secondo cui, in materia però di sequestro probatorio, *una volta che la sentenza sia passata in giudicato, la competenza a decidere sulla richiesta di restituzione è del giudice dell'esecuzione, nelle forme dell'incidente di esecuzione*. Cfr. Cass. pen., sez. II, 9 gennaio 1998, *Giannico*; nonché, Cass. pen., sez. VI, 10 febbraio 1994, *Rilande*.

⁵⁸ Infatti, è stato sostenuto che rientra nella sfera di attribuzioni del giudice dell'esecuzione la facoltà di disporre il sequestro preventivo dei beni *ex art. 321 c.p.p.*, dato che egli è competente ad adottare il provvedimento di confisca *ex art. 12-*sexies* l. n. 356 del 1992*, nonché il sequestro preventivo ad essa finalizzato (Cfr. Cass. pen., sez. I, 30 settembre 2005, n. 38589; Cass. pen., sez. VI, 2 maggio 2005, n. 33964; cfr. Cass. pen., sez. VI, 18 settembre 2014, n. 41116).

za del testo dell'art. 12-*bis*, lascia aperte le porte alla preoccupazione dianzi esposta, ossia che si faccia venir meno il sequestro in un momento assolutamente inappropriato, ossia quando l'integrazione dei presupposti della confisca sono stati accertati al di là di ogni ragionevole dubbio e l'esigenza di garantirne l'eventuale esecuzione è più che mai palese.

Preoccupazione, quest'ultima, che induce a cercare una diversa soluzione ancora, attraverso una distinta lettura dello stesso capoverso dell'art. 12-*bis*.

9. Una diversa possibile interpretazione.

Finora si è ragionato in merito alla tesi interpretativa per cui la locuzione “*la confisca non opera*” verrebbe intesa come volta a precludere al giudice della condanna di disporre la confisca. Senonché tale tesi è infine parsa vacillare di fronte all'esigenza di far sopravvivere l'eventuale sequestro preventivo per tutto il tempo in cui la confisca rimane possibile, cioè fino a quando l'impegno sia stato interamente adempiuto (e quindi anche successivamente alla sentenza definitiva di condanna). Ci pare allora opportuno sperimentare **una diversa esegesi dell'art. 12-*bis***, in grado di meglio armonizzarsi con la logica del sistema processuale.

9.1. *Disporre una confisca 'condizionalmente sospesa'.*

La soluzione interpretativa che si propone muove da un rilievo testuale: ossia la differenza terminologica tra la locuzione “*non opera*”, utilizzata dal legislatore nell'art. 12-*bis*, e quella “*non è disposta*”, che sarebbe stato naturale attendersi. Sulla base di questo dato testuale, in presenza dell'impegno ad estinguere il debito, **ci pare che l'art. 12-*bis* non impedisca affatto al giudice di disporre la confisca, ma imponga semplicemente che tale misura – ancorché disposta dal giudice – “non operi”⁵⁹**. La formulazione prescelta dal legislatore – evidentemente atecnica – può dunque essere letta come riferita ad una sorta di ‘neutralizzazione’ degli effetti e dell'eseguibilità della confisca. La confisca ‘non operativa’ sarebbe quindi una confisca ***disposta ma non eseguibile*** perché non (ancora) produttiva di effetti.

Traducendo in termini pratici tale osservazione: in presenza dell'impegno a pagare, **il giudice della condanna dovrebbe comunque disporre la confisca dell'intero profitto delittuoso accertato, esplicitando però contestualmente che essa non produce effetti (“non opera”) per quella somma che il contribuente si è impegnato a versare⁶⁰**.

Per la quota che il contribuente si è impegnato a pagare, l'esecuzione della confisca rimarrebbe così in certo senso “**condizionata**” all'eventuale inadempimento dell'accordo assunto.

Insomma, il giudice, accertata la responsabilità penale dell'imputato per il reato tributario, potrebbe (e anzi dovrebbe) disporre la confisca, statuendo contestualmente che – proprio ai sensi dell'art. 12-*bis*, comma 2 – la misura non si eseguirà per la parte che il contribuente si è impegnato a pagare. Ad esempio: Tizio è imputato per aver omesso di versare 100, ma in udienza ha presentato un accordo con l'Agenzia delle entrate in base al quale si è impegnato a versare 60 a quest'ultima; il giudice, nell'eventuale sentenza di condanna, disporrà la confisca di 100, stabilendo però altresì che (a) essa vada eseguita solamente per l'importo di 40 perché – *ex art. 12-*bis** – “*non opera*” per la parte (60, appunto) oggetto dell'impegno e (b) nel caso di mancato versamento dell'importo secondo l'impegno (cioè, in caso di violazione da parte del contribuente dell'accordo), la confisca disposta tornerà ad essere operativa ed eseguibile per tutte le parti non versate. L'eventuale mancato versamento successivo alla condanna potrà essere facilmente riscontrato dall'Amministrazione finanziaria, la quale potrà farne comunicazione al pubblico ministero, il quale – rilevato il verificarsi della condizione che fa venir meno la sospensione dell'esecutività della confisca disposta nella sentenza di condanna – prov-

⁵⁹ In questo senso, cfr. anche *La relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione sulla riforma dei reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2015, p. 42; nonché DELSIGNORE S., *Commento all'art. 12-*bis**, in NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), *cit.*, p. 317.

⁶⁰ Questa tesi interpretativa si rinviene anche nella già citata nota alla riforma del procuratore dott. G. AMATO, in cui si legge: “*La norma non impedisce, infatti, l'adozione del provvedimento di confisca [che è tra l'altro obbligatorio: “è sempre ordinata la confisca...”], ma prevede solo che questa “non operi” in presenza dell'impegno del contribuente a pagare: ergo, l'impegno può riflettersi non sull'adozione del provvedimento [obbligatorio] di confisca ma solo sugli effetti di questa*”.

vederà ad eseguire la misura. L'interessato che subisce la confisca potrà certamente azionare un incidente d'esecuzione *ex art. 666 c.p.p.*, provocando il contraddittorio innanzi al giudice dell'esecuzione.

In questa chiave, saremmo dunque dinanzi ad una forma di **confisca 'condizionalmente sospesa'**, con molte caratteristiche in comune con la *sospensione condizionale della pena*. Invero, come il giudice della condanna – ai sensi dell'art. 163 c.p. – può ordinare che l'esecuzione della pena rimanga sospesa, così potrebbe dichiarare sospesa l'esecuzione della confisca. Parimenti, come la sospensione della pena viene meno al verificarsi delle circostanze di cui all'art. 168 c.p., così la sospensione della confisca verrebbe meno al verificarsi del mancato pagamento di quanto dovuto.

9.2.

I vantaggi di tale soluzione interpretativa.

L'ipotesi di una confisca *disposta condizionatamente* permette di sventare il paventato rischio che il sequestro preventivo finalizzato alla confisca si 'caduchi' al momento della condanna definitiva (il che, come si è visto, si scontra con la ragionevole esigenza di garantire la futura eseguibilità della confisca in caso di mancato versamento di quanto dovuto). Infatti, **rispetto a tale soluzione interpretativa, sarebbe proprio l'art. 323, comma 3 c.p.p. ad imporre che il sequestro non venga meno**. La disposizione non potrebbe essere più chiara: "*se è pronunciata sentenza di condanna, gli effetti del sequestro permangono quando è stata disposta la confisca delle cose sequestrate*". Dunque: se nel corso del procedimento era già stato disposto il sequestro preventivo, gli effetti di quest'ultimo permarranno automaticamente *ex art. 323 c.p.p.* anche dopo la pronuncia della sentenza di condanna che dispone la confisca 'condizionata'; se invece non era già stato disposto il sequestro, il giudice della condanna – previa necessaria richiesta del pubblico ministero – potrebbe disporre con decreto motivato il sequestro preventivo *ex art. 321 c.p.p.*, contestualmente alla condanna stessa o, comunque, non oltre il giorno del deposito della sentenza, momento in cui si spoglia della veste di "giudice competente a pronunciarsi nel merito".

Ulteriore vantaggio di questa tesi è che, avendo il giudice già disposto la confisca (seppur 'condizionata'), **le modalità esecutive della confisca in caso di mancato versamento sarebbero estremamente lineari: potrebbe infatti provvedervi direttamente il pubblico ministero**, non appena informato dall'Amministrazione finanziaria, poiché già disporrebbe del relativo titolo esecutivo. Il procedimento innanzi al giudice dell'esecuzione sarebbe dunque solo eventuale e, cioè, azionabile incidentalmente ai sensi dell'art. 666, comma 1 c.p.p. dall'interessato che subisce l'esecuzione della confisca. In tal caso, a ben vedere, la riconoscibilità dei poteri ablatori al giudice dell'esecuzione sarebbe peraltro davvero agevole, poiché a questi non verrebbe chiesto di *disporre (ex novo)* la misura ablatoria, ma semplicemente di dichiarare esecutiva la confisca, già disposta dal giudice della cognizione, per la parte di cui accerti non essere avvenuto il pagamento secondo l'impegno, anch'esso risultante dalla sentenza irrevocabile.

In sintesi, **la soluzione interpretativa per cui il giudice della condanna debba disporre una confisca 'condizionata'**, anziché non disporla lasciando che eventualmente vi provveda il giudice dell'esecuzione, ci **sembra preferibile**, poiché: a) seppur meno intuitivamente desumibile da una prima lettura della disposizione, è assolutamente **coerente con la lettera della norma**, che non impedisce di "disporre" la misura, ma ne esclude solo "l'operatività"; b) è in grado di **salvaguardare al meglio la concreta eseguibilità della confisca** in caso di mancato versamento, poiché fa permanere gli effetti del sequestro già disposto anche dopo la condanna definitiva e, se non ancora disposto, permette di disporlo in sede di condanna; e, infine, c) rende **semplice e lineare l'esecuzione della misura ablatoria**, in caso di mancato versamento, direttamente da parte del pubblico ministero, giacché la sentenza che ha disposto la confisca condizionata è valido titolo esecutivo della confisca.

Certo, l'ipotesi di una confisca 'disposta ma non esecutiva' – e cioè di una confisca 'condizionata' all'eventuale mancato versamento – può forse suonare anomala, atipica. Ma, dopo tutto, che cos'è una novità legislativa se non l'atto di rendere 'tipico' ciò che, prima, non lo era?

10.

L'ipotesi di impegno 'tardivo', presentato dopo la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna.

Prima di concludere, vale forse la pena di affrontare qualche altro profilo problematico sollevato dalla nuova disciplina.

Una prima domanda è la seguente: può avere qualche effetto un **impegno presentato addirittura dopo la sentenza definitiva⁶¹ di condanna che ha disposto la confisca?** Cioè, *quid iuris* se – prima che la confisca venga materialmente eseguita – il condannato adisce il giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p.p. al fine di presentare a tale autorità un accordo con l'Agenzia delle entrate sopraggiunto alla sentenza irrevocabile, con l'intento di evitare l'esecuzione della confisca?

Di primo acchito, si potrebbe ritenere implicito nell'art. 12-bis che il termine per presentare l'impegno coincida con la sentenza di condanna, davanti al *giudice della cognizione*, dal momento che naturale 'destinatario' della nuova previsione sembrerebbe essere proprio quest'ultimo. Invero, se non vi sono dubbi che il giudice della cognizione sia il soggetto istituzionalmente deputato a disporre la confisca, non verrebbe nemmeno da dubitare che proprio quest'ultimo debba considerarsi incaricato di far sì che essa 'non operi', nel caso previsto dalla legge. Eppure, alcuni dubbi sorgono constatando: a) che la nuova norma non contiene alcuna indicazione espressa di un termine entro cui il contribuente debba formalizzare l'impegno⁶²; b) che anche il giudice dell'esecuzione – come si è detto – dispone di ampi poteri in materia di confisca; c) che se il termine "non opera" va sostanzialmente inteso come 'non è eseguibile', come abbiamo cercato di dimostrare nelle pagine che precedono, sembrerebbe ipotizzabile che l'accordo 'tardivo' venga presentato per la prima volta al giudice dell'esecuzione. Non appare del tutto stravagante, alla luce di tutto ciò, ipotizzare che sia **consentito al giudice dell'esecuzione di dichiarare la "non operatività" della confisca disposta dal giudice della cognizione** (e cioè di 'sospendere' l'esecuzione della misura ablatoria nelle more dei versamenti secondo l'impegno 'tardivo')⁶³.

Tuttavia, ragionando in questo modo, risulterebbe evidente il rischio di consentire al contribuente di rimandare *ad libitum* l'esecuzione della confisca, presentando in qualsiasi momento l'impegno. Un pericolo, quest'ultimo, che sarebbe invece evitabile dando al quesito – come riterremmo preferibile – risposta negativa, sostenendo cioè che a fronte di una sentenza definitiva che disponga la confisca (non condizionata), al giudice dell'esecuzione – vincolato com'è agli effetti del giudicato – sia preclusa la possibilità di revocare/sospendere la misura di fronte ad un impegno 'tardivo'. Tale soluzione – oltre che nella necessità di sventare il rischio sopra paventato – troverebbe legittimazione: a) nella **ratio della disposizione** (che prevede pur sempre una confisca *obbligatoria*); nonché b) nei principi relativi all'**intangibilità del giudica-**

⁶¹ Qualora si tratti, invece, di sentenza di condanna *non definitiva* (si pensi, banalmente, alla sentenza del Tribunale di primo grado, impugnabile in Corte d'appello) sembra ipotizzabile la presentazione di un impegno successivo alla pronuncia purché accompagnato o preceduto dall'effettiva proposizione in termini del gravame. Invero, l'impegno potrà essere valutato dal giudice di secondo grado che, se confermerà la condanna, potrebbe modificare il capo della sentenza relativo alla confisca, non disponendola (o disponendola, escludendone l'operatività) proprio in virtù dell'intervenuto impegno. Non pare esserci infatti motivo – se non "politico" circa l'eventuale inopportunità di prolungare così tanto il periodo utile ad evitare la confisca – per escludere che la nuova disposizione operi anche nel secondo grado di giudizio.

⁶² Anche nella Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, n. III/05/2015 relativa alla riforma dei reati tributari si afferma: "Non è chiaro ancora quale sia il termine ultimo entro il quale l'impegno a versare il profitto possa intervenire e, in particolare, se possa essere concordato con l'amministrazione finanziaria anche successivamente alla sopravvenuta irrevocabilità della sentenza di condanna o di applicazione di pena ex art. 444 cod. proc. pen." (vd. *La relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione sulla riforma dei reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2015, p. 42).

⁶³ Pare di questo avviso il procuratore di Trento che, nella già citata nota pubblicata in *Dir. pen. cont.*, afferma: "L'impegno del contribuente, del resto, addirittura potrebbe intervenire dopo la decisione di merito [contenente anche la pronuncia sulla confisca] e solo in fase esecutiva, dovendo, nel caso, essere sottoposto al giudice dell'esecuzione, ai fini dell'eventuale revoca o riduzione della confisca [rectius, degli effetti di questa]". A sostegno di ciò, la Procura osserva che la fase dell'esecuzione "è per sua stessa natura fluida e non assoggettata ai principi di irrevocabilità/immutabilità propri della fase di merito [articolo 648 c.p.p.], come dimostrato anche dal fatto che lo stesso provvedimento già in ipotesi adottato dal giudice dell'esecuzione, pur divenuto formalmente irrevocabile, precluderebbe una nuova pronuncia sul medesimo petitum non già in maniera assoluta e definitiva, ma solo rebus sic stantibus, ossia finché non si prospettino nuove questioni giuridiche o nuovi elementi di fatto, siano essi sopravvenuti o preesistenti, ma diversi da quelli precedentemente presi in considerazione [cfr. Sezione I, 14 giugno 2011, Branda, nonché, Sezione I, 31 maggio 2013, Bellin]". Nello stesso senso, si veda: DELSIGNORE S., *Commento all'art. 12-bis*, in NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), *cit.*, pp. 320 s.

to (quanto meno *in malam partem*)⁶⁴, come interpretati dalla giurisprudenza di legittimità, la quale ha sul punto osservato che, *qualora la confisca sia stata disposta con sentenza irrevocabile, il giudice dell'esecuzione non ha il potere di disporre la restituzione al condannato di quanto confiscato, non potendo la relativa statuizione essere revocata per la preclusione del giudicato*⁶⁵. Sempre in giurisprudenza si è altresì chiarito che, in fase di esecuzione, può farsi questione sulla formazione del titolo esecutivo, sull'applicazione della confisca obbligatoria non disposta in sede di merito, sulla proprietà delle cose confiscate se non appartenenti al condannato o se rivendicate da un terzo, sull'estensione e sulle modalità esecutive della confisca stessa ma *non può riconoscersi al giudice dell'esecuzione il potere di vanificare il giudicato rimuovendo, in favore del condannato, il provvedimento di confisca non più soggetto ad impugnazione*⁶⁶.

Ci pare dunque potersi concludere che **la possibilità di rendere 'non operativa' la confisca mediante la presentazione di un impegno valga solamente finché non sia passata in giudicato la sentenza di condanna**⁶⁷. Dopo di essa, l'impegno potrebbe non avere alcun effetto.

Quanto da ultimo affermato – preme sottolinearlo – non può ritenersi automaticamente valido anche per quell'ipotesi – *differente* da quella appena esaminata (*impegno intervenuto dopo la sentenza definitiva*) – in cui, **dopo la sentenza definitiva di condanna che dispone la confisca** – ma prima della materiale esecuzione della misura ablativa – **il contribuente proceda al versamento dell'imposta evasa o di parte di essa**.

Con diversa veste, il problema sembrerebbe qui riproporsi in modo identico: può il condannato richiedere al giudice dell'esecuzione con le forme di cui all'art. 666 c.p.p. di utilizzare i propri poteri di cui all'art. 676 c.p.p. per revocare (o ridurre) la confisca in virtù del fatto 'nuovo' rappresentato (non dall'impegno a versare, bensì) dall'avvenuto pagamento all'erario? A prima vista, si potrebbe propendere per una risposta altrettanto negativa, dato che le suddette obiezioni sembrerebbero ripetibili anche in questo caso. Eppure, a ben vedere, alcuni argomenti paiono militare a favore di una soluzione differente. Infatti, il principio di immodificabilità e irrevocabilità del giudicato (e di parallela restrizione dei poteri del giudice dell'esecuzione) potrebbero ritenersi suscettibili di essere derogati da quella regola di diritto vivente⁶⁸ secondo cui *in nessun caso* può procedersi all'ablazione di quanto è già stato effettivamente pagato all'erario. Si tratta – come già visto – di un principio del tutto ragionevole, a cui pare sottesa una *ratio* della confisca quale strumento di recupero del debito tributario.

Tale regola non risulta essere stata finora specificamente applicata in riferimento a casi in cui fosse già intervenuto il giudicato. Ciononostante, si potrebbe ritenere che essa sia parimenti applicabile anche al caso in esame, giacché: a) la forza della sua *ratio* giustificativa (evitare un'inammissibile duplicazione sanzionatoria) non viene certo meno; e b) tale esigenza potrebbe ritenersi prevalente rispetto a quella di intangibilità della *res iudicata*. Se così fosse, finché la confisca (anche se già disposta in via definitiva) non sia stata eseguita o comunque non abbia ancora comportato il trasferimento della proprietà dei beni oggetto di ablazione

⁶⁴ Le stesse sentenze (Bellin, 2013 e Branda, 2011) citate dalla Procura di Trento non ci paiono scalfire tale conclusione giacché esse si limitano a riconoscere la modificabilità delle ordinanze del giudice dell'esecuzione in caso di fatti 'nuovi' sopravvenuti ma non paiono invece ammettere la revoca o la modifica della confisca adottata con la sentenza definitiva dotata di un regime di immodificabilità diverso e più accentuato. Infatti, proprio nella più recente delle due pronunce si afferma che *"il principio della immodificabilità, in sede esecutiva, è attenuato rispetto alla irrevocabilità delle sentenze e dei decreti penali, poiché gli artt. 648 e 649 cod. proc. pen., non si applicano alle ordinanze adottate dal Giudice dell'esecuzione, pur discendendo il regime dettato dall'art. 666 cod. proc. pen., comma 2, dal medesimo principio"*.

⁶⁵ Vd. Cass. pen., sez. III, 18 gennaio 2012, n. 7036; cfr. anche: Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2000, n. 2552; Cass. pen., sez. III, 18 gennaio 2012, n. 7036.

⁶⁶ Cfr. Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2000, n. 2552, *El Yamini e altro*, secondo cui, tra l'altro: *"lo stesso testo della norma che nell'attribuire al giudice dell'esecuzione la competenza a conoscere della confisca, senza ulteriori specificazioni, attribuisce allo stesso giudice la competenza per la "restituzione delle cose sequestrate" con ciò escludendo quelle confiscate, dovendo la relativa statuizione formare oggetto di impugnazione alla sentenza che contiene il provvedimento ablativo. Con riguardo alla confisca disposta con sentenza irrevocabile, non è ravvisabile il potere del giudice della esecuzione di disporre la restituzione delle cose confiscate al condannato che ne vanta la proprietà, non potendo la relativa statuizione essere più posta in discussione dallo stesso condannato a causa della preclusione pro iudicato"*; Cfr., più di recente: Cass. pen., sez. III, 18 gennaio 2012, n. 7036.

⁶⁷ *Contra*, DELSIGNORE S., *Commento all'art. 12-bis*, in NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), *cit.*, p. 321; nonché *Riforma dei reati tributari: le note di indirizzo della Procura di Trento*, in *Dir. pen. cont.*, 14 ottobre 2015, pp. 18 ss.

⁶⁸ Cfr. Cass. pen., sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887; Cass. pen., sez. III, 8 gennaio 2014, n. 6635; nonché Cass. pen., sez. III, 4 aprile 2012, n. 3260 (sebbene non riferite allo specifico caso di intervenuto giudicato).

in capo allo Stato⁶⁹ – il giudice dell'esecuzione potrebbe, decidendo in ordine alla confisca *ex* art. 676 c.p.p., limitare l'esecuzione della misura ablatoria solamente a quella parte che non risulti ancora versata, proprio al fine di evitare che la misura risulti illegittima nella parte in cui comporterebbe un'assurda duplicazione.

In sintesi, dunque, il contribuente nei cui confronti venga disposta la confisca con sentenza definitiva di condanna, potrebbe – anche dopo tale sentenza – evitare l'esecuzione della misura ablatoria *versando* all'erario quanto dovuto⁷⁰, ma non potrebbe invece ottenere il medesimo effetto semplicemente *impegnandosi* ('tardivamente') a pagare⁷¹.

11. L'impegno non preclude l'applicazione del sequestro preventivo... ma il versamento di quanto pattuito, invece, sì.

Rimane da vagliare un'ultima, differente, questione: quella attinente agli effetti dell'art. 12-*bis* rispetto al sequestro preventivo. Si è detto che l'inoperatività della confisca dovuta alla presentazione dell'impegno non pare ostare alla perdurante efficacia del sequestro preventivo anche dopo la sentenza definitiva di condanna. Ciò che però non è ancora chiaro è **se la presentazione dell'impegno**, tanto in fase d'indagini preliminari quanto in sede processuale, **possa 'escludere'** non solamente la confisca ma anche, prima di essa, **il sequestro** ad essa prodromico.

La disposizione non offre un'esplicita soluzione al problema: anzi sembrerebbe quasi disinteressarsi della possibilità che l'*impegno* serva addirittura ad evitare la misura cautelare reale.

Nondimeno, la formulazione della norma pare offrire un chiaro spunto per una soluzione negativa. L'articolo prevede infatti che *"la confisca non opera per la parte che il contribuente s'impegna a versare all'erario"*. La confisca, appunto, non già il sequestro. E la disposizione prosegue con queste parole: *"anche in presenza di sequestro"*. Dunque l'impegno non sembrerebbe né impedire il sequestro preventivo, né essere in grado di farlo venire meno⁷².

Certo, una possibile, e pertinente, obiezione potrebbe essere la seguente: dato che presupposto necessario per l'applicazione del sequestro preventivo di cui all'art. 321 comma 2 c.p.p. è che sia consentita la confisca, e posto che l'impegno a versare preclude la confisca, allora dovrebbe ritenersi mancante il presupposto applicativo del sequestro⁷³. In tal modo l'art. 12-*bis*, comma 2 prevedrebbe una possibilità di sottrarsi alla misura cautelare reale mediante un impegno a pagare l'imposta oggetto di contestazione.

Ma l'obiezione non sarebbe affatto convincente. Invero, **l'impegno presentato dal contribuente non rende la confisca 'non consentita'** (il che effettivamente precluderebbe il sequestro ad essa prodromico), **bensi ne esclude solo l'operatività** (*"la confisca non opera"*), **restando questa possibile – anzi, obbligatoria – nel caso in cui l'impegno non venga rispettato** (*"Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta"*). Tant'è che – come si è già detto – la confisca potrà essere eseguita dal pubblico ministero (informato dall'Agenzia delle entrate alla

⁶⁹ Nell'ipotesi di assenza di un sequestro preventivo (e, quindi, di previa individuazione dei beni ai quali la confisca è rivolta) ci pare doversi distinguere l'ipotesi in cui i beni oggetto della confisca siano stati specificamente individuati e indicati dal giudice di cognizione nella sentenza di condanna, dall'ipotesi (verosimilmente più frequente nella prassi) in cui il giudice (non disponendo delle informazioni necessarie per tale individuazione) si sia limitato a disporre la confisca per un valore equivalente al risparmio di spesa dovuto all'imposta evasa. Nel primo caso la proprietà dei beni individuati e confiscati si trasferisce allo Stato nel momento stesso in cui la pronuncia diviene definitiva. Nel secondo caso, invece, la proprietà dei beni confiscati si trasferisce allo Stato allorché gli stessi vengano individuati in sede di esecuzione: essendo fino a quel momento impossibile sapere di quali beni (soprattutto se denaro) lo Stato possa vantare la proprietà.

⁷⁰ Oppure potrebbe ridurne l'ammontare versando una parte dell'imposta evasa.

⁷¹ Ciò, ovviamente, se si ritiene – per le ragioni anzidette – che il giudice dell'esecuzione non abbia il potere di 'revoca' o 'modifica' della misura applicata dal giudice di cognizione con sentenza passata in giudicato.

⁷² In senso adesivo, si veda la già citata nota alla riforma del procuratore di Trento dott. G. AMATO, p. 15, secondo cui l'accordo *non potrebbe impedire l'adozione del sequestro, che, anzi, se ancora da adottare, dovrebbe esserlo doverosamente* e, se già adottato, potrà essere ridotto solo se *se all'impegno sia seguito da subito un pagamento parziale [rateale] del debito tributario*. Sembra invece ammettere maggiori effetti dell'impegno sul sequestro DELSIGNORE S., *Commento all'art. 12-bis*, in NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), *cit.*, pp. 318 s., secondo cui la restituzione totale o parziale dei beni in sequestro *potrà avvenire proprio per consentire l'adempimento di detto impegno a pagare il debito erariale* e potrà essere accompagnata *da un termine per l'adempimento, e laddove necessario, da una idonea cauzione e da opportune prescrizioni*. La tesi qui sostenuta, secondo cui "l'impegno non sembrerebbe né impedire il sequestro preventivo, né essere in grado di farlo venire meno" non ci pare tuttavia sottovalutare l'importante esigenza dell'indagato/imputato a che i beni in sequestro possano essere utilizzati per pagare il debito erariale, fruendo altresì degli istituti premiali di cui agli artt. 13 e 13-*bis*: sul punto si tornerà infatti a breve (vd. *infra*, pp. 26-27).

⁷³ È sottinteso: in mancanza di altre ragioni che di per sé lo giustificerebbero.

quale non è pervenuto il pagamento pattuito). **La confisca**, insomma, **resta assolutamente consentita in presenza dell'impegno**: essa potrà essere infatti disposta dal giudice di cognizione (pur condizionata nella sua operatività) ovvero, se non disposta da quest'ultimo, potrà esserlo dal giudice dell'esecuzione.

Ritenere applicabile il sequestro nonostante la presentazione dell'impegno sembra d'altra parte essere non solo imposto dal tenore lessicale della disposizione (come appena visto), ma anche del tutto coerente con la **ratio dell'istituto**⁷⁴. Quest'ultimo, infatti, è una misura cautelare reale, la cui utilità è inscindibilmente legata alla misura ablatoria, della cui eseguibilità funge da garanzia. Se – come detto – l'impegno non esclude *tout court* la confisca (ma semplicemente ne condiziona l'operatività all'eventuale mancato versamento di quanto 'promesso'), non avrebbe senso ritenere che esso renda inutile o illegittimo il sequestro finalizzato a quella confisca.

Quanto appena detto – si badi bene – nulla ha a che fare con il caso in cui il contribuente, oltre ad 'impegnarsi', faccia immediatamente seguire all'impegno anche il versamento delle somme dovute all'erario. Infatti, **mentre l'impegno di per sé non incide sulla misura cautelare reale** (per le ragioni appena viste), **l'effettivo versamento di somme all'erario pare dover determinare un corrispettivo ridimensionamento del quantum sequestrabile**. Ciò pare discendere inevitabilmente dal fatto che – lo si ribadisce – non può procedersi all'ablazione di quanto già è stato effettivamente pagato, poiché altrimenti si verificherebbe un'intollerabile duplicazione sanzionatoria⁷⁵. Conseguentemente, la parte non confiscabile non è nemmeno sottoponibile a sequestro, essendo quest'ultimo prodromico alla misura ablatoria.

Si tratta peraltro di un principio già ampiamente affermato in giurisprudenza proprio in tema di reati tributari, in base al quale la restituzione all'erario del profitto del reato fa venir meno lo scopo perseguito con la confisca e, prima di essa, con il sequestro ad essa strumentale⁷⁶.

Si può dunque affermare che **il sequestro preventivo non può colpire il quantum del profitto illecito che abbia già formato oggetto di restituzione**. Coerentemente, qualora il contribuente raggiunga un accordo di rateizzazione del debito tributario con l'Agenzia delle entrate, **al pagamento progressivo delle rate può accompagnarsi il dissequestro parziale per un valore corrispondente alle somme versate all'erario**⁷⁷.

Dunque, in caso di sequestro preventivo l'interessato, producendo la prova documentale dell'avvenuto pagamento del debito tributario contestato, può chiedere la revoca della misura *ex art.* 321, comma 3 c.p.p. per quella parte che risulta versata.

Qualora oggetto del sequestro siano **somme di denaro**, la soluzione più logica sembra essere quella che l'interessato ne chieda il dissequestro, con contestuale destinazione delle somme stesse all'Amministrazione finanziaria, a titolo di pagamento del debito tributario.

Qualora oggetto del sequestro siano **beni diversi dal denaro**, potrebbe ipotizzarsi una duplice modalità d'istanza di revoca del sequestro. Una prima ipotesi potrebbe essere quella di presentare *in banco iudicis* la disponibilità di una somma di denaro di valore equivalente ai beni sequestrati, chiedendo il dissequestro di quest'ultimi con il contestuale versamento all'Amministrazione finanziaria delle somme. Nella diversa ipotesi in cui il contribuente non

⁷⁴ La tesi pare d'altronde in linea con l'orientamento giurisprudenziale secondo cui non è possibile evitare il sequestro presentando una fideiussione, poiché altrimenti verrebbe "frustrata la finalità della misura cautelare" (ossia la sottrazione all'indagato/imputato della disponibilità dei vantaggi economico-patrimoniali derivanti dal reato) in quanto il vincolo verrebbe di fatto spostato sul denaro del garante, lasciando invariato il patrimonio dell'indagato/imputato (Cfr. Cass. pen., sez. III, 19 giugno 2012, n. 33587; Cass. pen., sez. VI, 9 aprile 2010, n. 25166).

⁷⁵ Cfr. Cass. pen., sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887; Cass. pen., sez. III, 8 gennaio 2014, n. 6635; nonché Cass. pen., sez. III, 4 aprile 2012, n. 3260. Sulla ragionevolezza di tale orientamento, vd. *supra*; cfr. PERINI A., voce *Reati tributari*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, Torino, 2013, p. 492.

⁷⁶ Cfr. Cass. pen., sez. III, 19 giugno 2012, n. 33587; cfr. Cass. pen., sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887, Rv. 263409 secondo cui "in tema di reati tributari, **il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, qualora sia stato perfezionato un accordo tra il contribuente e l'Amministrazione finanziaria per la rateizzazione del debito tributario, non può essere mantenuto sull'intero ammontare del profitto derivante dal mancato pagamento dell'imposta evasa, ma deve essere ridotto in misura corrispondente ai ratei versati per effetto della convenzione, poiché, altrimenti, verrebbe a determinarsi una inammissibile duplicazione sanzionatoria, in contrasto con il principio secondo il quale l'ablazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al vantaggio economico conseguito dall'azione delittuosa**". La giurisprudenza, invero, ritiene che il sequestro preventivo disposto nei confronti di persona sottoposta ad indagini per violazioni tributarie, non possa avere ad oggetto beni per un valore eccedente il profitto del reato, sicché il giudice è tenuto a valutare l'equivalenza tra il valore dei beni e l'entità del profitto così come avviene in sede di confisca (Cass. pen., sez. III, 12 ottobre 2011, ord. n. 1893 in tema di reato di frode fiscale finalizzata all'evasione delle imposte sui redditi). È inoltre da evidenziare che, proprio rilevando che la restituzione all'erario del profitto del reato fa venir meno lo scopo principale perseguito con la confisca (escludendo la temuta duplicazione sanzionatoria), è stata ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 322-ter c.p. e dell'art. 1 comma 143 l. 244/2007 per la parte in cui, nel prevedere la confisca per equivalente anche per i reati tributari previsti dal d.lgs. 74/2000, contrasterebbero, nel caso di sanatoria della posizione debitoria con l'Amministrazione finanziaria, con gli artt. 23 e 25 Cost. (Cass. pen., sez. III, 1 gennaio 2010, n. 10120).

⁷⁷ In senso adesivo a tale tesi interpretativa, si veda la già citata nota alla riforma del procuratore di Trento dott. G. AMATO, cit., pp. 15-17.

abbia la disponibilità di somme liquide con cui far fronte al debito tributario, per ottenere il dissequestro dei beni, si potrebbe prospettare un'istanza dell'interessato per chiedere la revoca del sequestro funzionale alla vendita immediata di quei beni con contestuale destinazione all'Amministrazione finanziaria delle somme costituenti il corrispettivo della vendita.

Soluzioni di questo tipo, già ammissibili prima della novella legislativa, paiono tanto più plausibili alla luce della riforma, giacché – da un lato – coerenti con la *ratio* dell'art. 12-*bis*, evidentemente ispirato ad una logica di precedenza alla soddisfazione dei crediti dell'erario rispetto all'ablazione delle stesse somme, e – dall'altro – funzionali a rendere effettivi i nuovi istituti premiali di cui agli artt. 13 e 13-*bis*, fruibili solo in presenza di un pagamento del debito tributario entro l'apertura del dibattimento di primo grado⁷⁸.

12. Considerazioni conclusive.

Il quadro che emerge dall'analisi della disposizione in commento è quello di una norma che – da un lato (al primo comma) – **non ha colto l'occasione per ridisegnare l'assetto legislativo in materia di confisca penale tributaria** – dall'altro (al secondo comma) – ha peccato d'**imprecisione**, lasciando così sulle spalle dell'interprete un complesso onere interpretativo. Il capoverso dell'art. 12-*bis* non risulta infatti contraddistinto da confini chiari, e la sua laconica formulazione nasconde anzi una fitta rete di problemi esegetici ed applicativi che – per quanto possibile – abbiamo cercato in questo lavoro di individuare, offrendo qualche idea concreta per la futura applicazione della norma.

Si è in particolare proposta qui un'interpretazione della nuova disposizione, in base alla quale **l'impegno a pagare il debito tributario da parte del contribuente** – la cui 'serietà' andrebbe anzitutto vagliata con rigore⁷⁹ – **non impedirebbe al giudice della condanna di disporre la confisca⁸⁰, bensì gli imporrebbe di disporla in forma 'condizionata', cioè sospendendone gli effetti e l'esecuzione fino al momento dell'eventuale futuro mancato versamento di quanto dovuto⁸¹.**

Una soluzione interpretativa, quest'ultima, che si è visto avere un ancoraggio normativo sostanziale e processuale sufficientemente solido, nonostante l'imprecisione della nuova disposizione. Un'*imprecisione*, tuttavia, che può ragionevolmente far dubitare della compatibilità della norma rispetto ai canoni di **legalità** in materia penale, volti – tra l'altro – a rendere prevedibili dal cittadino le conseguenze giuridiche delle proprie condotte e la reazione ordinamentale alle stesse.

Certo, va riconosciuta alla disposizione una certa **coerenza rispetto al complessivo assetto della riforma**, chiaramente volta a ridimensionare l'intervento del diritto penale nell'ambito degli illeciti tributari (si pensi all'ampia depenalizzazione e ai nuovi istituti premiali che consentono la non punibilità in caso di pagamento del debito entro certi termini). Interventi, questi, che avranno verosimilmente il pregio di consentire una cospicua deflazione processuale e di incentivare una rettifica spontanea delle posizioni fiscali irregolari; ma che potrebbero lasciar residuare il timore che queste 'vie di fuga' offerte ad indagati e imputati, molto tempo dopo la commissione del reato, possano avere effetti negativi in termini di deterrenza e, quindi, di contenimento del dilagante fenomeno dell'evasione fiscale⁸².

Un ulteriore aspetto che traspare dall'analisi della norma è la conferma di un sistema sempre più disposto ad accettare un **ampliamento del ruolo del giudice di esecuzione** e una conseguente **estensione dei suoi poteri d'intervento in executivis**; in particolare – per ciò che riguarda tale sede – dei suoi poteri in materia di confisca, discendenti dall'art. 676 c.p.p. Eppure, l'impressione è che, ad oggi, l'apparato legislativo processuale sia ancora in parte impreparato

⁷⁸ Vd. *supra*, § 6.

⁷⁹ Vd. *supra*, § 7.

⁸⁰ Come si è visto, una simile interpretazione (analizzata nel § 8.1) porta con sé alcune criticità relative soprattutto all'esistenza di un sequestro preventivo (cfr. § 8.2) difficilmente superabili.

⁸¹ Vd. *supra*, § 9.

⁸² Se – da un lato – è molto importante che le imposte evase vengano, anche tardivamente, pagate dal contribuente evasore, – dall'altro – pare verosimile che la consapevolezza di poter agilmente evitare la condanna e la confisca penale, pagando con anni di ritardo quel che si dovrebbe pagare immediatamente, possa rappresentare un disincentivo all'adempimento puntuale degli obblighi tributari. Ciò, tra l'altro, in un contesto, com'è quello italiano, già ampiamente e tristemente caratterizzato da un'impressionante evasione fiscale.

a far fronte a questo *trend*. Le questioni affrontate in tema di operatività del sequestro e della confisca successivamente alla sentenza definitiva di condanna ne sono la prova, e dimostrano come l'art. 12-*bis*, probabilmente, meritasse una specifica previsione attuativa o, più in generale, una parallela revisione della disciplina dell'esecuzione penale, così da fornire agli interpreti, e ai giudici in primo luogo, strumenti normativi *procedurali* più idonei e, soprattutto, al passo con le relative novità *sostanziali*.

TECNICHE DI AGGRESSIONE DEI PROFITTI DELL'ECONOMIA FISCALMENTE INFEDELE: LA CONFISCA "PENALE" TRA EFFICACIA PREVENTIVA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

Alberto Marcheselli

ABSTRACT

La crescente attenzione alla necessità di apprestare una efficace risposta alle aggressioni all'interesse collettivo alla riscossione del "giusto tributo" si manifesta, nel recinto dello strumentario penale, con la costante espansione dell'area di applicazione di strumenti ablativi a carico del reo di evasione fiscale.

Si tratta di una materia in vivacissima e benefica evoluzione, nella quale tuttavia, talvolta pare presentarsi il pericolo di perdere di vista il quadro di insieme.

Lo scritto tenta, innanzitutto di ricomporre in un sistema unitario e coerente le ipotesi di confisca accessorie al processo penale, non mancando di rilevare le non poche *aporie* e, forse, contraddizioni cui un approccio atomistico conduce.

Sul piano pratico, vengono affrontati alcuni dei principali profili applicativi problematici, dalla interferenza dei procedimenti amministrativi e giurisdizionali tributari con il processo penale e le misure ablativo, ai problemi correlati alla sussistenza di concorso di persone nel reato, alle conseguenze, per l'ente rappresentato, delle condotte degli amministratori, alla portata innovativa delle disposizioni del decreto attuativo della c.d. "delega fiscale".

Molte delle criticità concettuali e pratiche rilevate si risolvono in soluzioni almeno parzialmente innovative, che dovrebbero consentire di tenere insieme i tre valori della *coerenza sistematica*, della *efficacia preventiva*, e della conformità ai canoni di proporzionalità e diritti fondamentali.

SOMMARIO

1. Violazioni dell'obbligo di solidarietà fiscale e ipotesi di confisca nel processo penaltributario. – 2. Il "*Re è nudo*"! Brevi note eterodosse sulla natura giuridica della confisca. Dalla coerenza del sistema alla efficacia pratica. – 3. Approdi consolidati e nuove rotte in tema di profitto nei delitti tributari – 4. La vivacità della giurisprudenza sulla natura della confisca del denaro. – 5. Miti e paradossi del profitto confiscabile: interessi, sanzioni, "rettifica delle perdite" e definizioni extrapenali della pretesa tributaria. – 6. Il tardivo adempimento, le garanzie, l'effetto ostativo dell'"impegno alla restituzione" e la rilevanza della prescrizione del reato. – 7. Confisca, sequestro e il cortocircuito del concorso di persone nel reato. – 8. La ricerca del nesso di pertinenza al delitto dei beni: verso il tramonto della "prevenzione classica". – 9. Il limite liquido della disponibilità dei beni. – 10. Delitti dei rappresentanti e profitto dell'ente: verso il crollo dell'"ultimo miglio" verso l'efficienza preventiva. – 11. Il sequestro: note critiche sul pericolo di trasandatezza della delibazione cautelare. – 12. La attuazione dei provvedimenti ablativi: la determinazione del valore e l'individuazione dei beni da aggredire.

1.

Violazioni dell'obbligo di solidarietà fiscale e ipotesi di confisca nel processo penaltributario.

La confisca per equivalente¹ trova la sua fonte di disciplina² in materia tributaria nell'art. 12 bis del D. Lgs. 74 2000³, a mente del quale: "1. *Nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per uno dei delitti previsti dal presente decreto, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto.* 2. *La confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro. Nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta.*"

Una seconda ipotesi di confisca per equivalente è prevista dall'art. 11 della legge 16 marzo 2006, n. 146, che prevede che, per i reati transnazionali, "qualora la confisca delle cose che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato non sia possibile, il giudice ordina la confisca di somme di denaro, beni od altre utilità di cui il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona fisica o giuridica, per un valore corrispondente a tale prodotto, profitto o prezzo. In caso di usura è comunque ordinata la confisca di un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari. In tali casi, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di danaro o individua i beni o le utilità assoggettati a confisca di valore corrispondente al prodotto, al profitto o al prezzo del reato."

L'art. 3 della medesima legge definisce il reato transnazionale come il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché:

¹ A livello di un primo orientamento in tema di confisca per equivalente si vedano: DI GREGORIO, MAINOLFI, RISPOLI, *Confisca per equivalente e frode fiscale*, Milano, Giuffrè, *Teoria e Pratica del Diritto – Fisco e Tributi*, 2011; SOANA, *La confisca per equivalente*, Milano, Giuffrè, *Officina Penale e Processo*, 2013; ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. pen.*, III, Torino, 1989, 39 ss.; CAPOLUPO, *Finanziaria 2008: estesa ai reati fiscali la confisca per equivalente*, in *Fisco*, 1/2008, 585 ss.; CAPOLUPO, *La confisca per equivalente in materia tributaria*, in *Corriere trib.*, 25/2008, 2015 ss.; CARACCIOLI, *La confisca per equivalente ed il sequestro preventivo nei reati tributari*, in *Guida ai controlli fiscali*, 3/2008; CARACCIOLI, *Reati tributari contestati a dirigenti di istituto bancario ed inapplicabilità della confisca per equivalente*, in *Riv. dir. trib.*, 12/2012, 358 ss., (nota a Cass. pen., Sez. III, 19 settembre 2009, n. 1256); COVINO, STEVANATO, TERRACINA, LUPI, "Confisca per equivalente" per i reati fiscali e possibili duplicazioni rispetto al pagamento del tributo, in *Dialoghi dir. trib.*, 4/2008, 63 ss.; DEL SOLE, *E' costituzionalmente compatibile l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente?*, in *Corriere trib.*, 32/2008, 2601 ss.; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 232 ss.; FONTANA, *Versamento delle imposte evase a tutela dell'applicazione della confisca per equivalente*, in *Corriere trib.*, 8/2014, 641 ss.; SANTORIELLO, *Reati transnazionali, confisca per equivalente ed illeciti fiscali in una decisione della Corte di cassazione*, in *Riv. dir. trib.*, 7-8/2011, 109 ss., (nota a Cass. pen., Sez. III, 24 febbraio 2011, n. 11969); SOANA, *Le Sezioni Unite pongono limiti alla confisca nei confronti delle persone giuridiche per i reati tributari*, in *GT – Riv. giur. trib.*, 5/2014, 388 ss.; TOANA, *Confisca per equivalente e responsabilità amministrativa degli enti: riflessioni a margine di una condivisibile pronuncia della Corte di cassazione*, *Riv. dir. trib.*, 9/2010, 119 ss.; VANINI, *Esclusa la confisca per equivalente a carico degli enti per i reati tributari commessi dagli amministratori*, in *Corriere trib.*, 17/2014, 1325 ss.; CAVALLINI, *Osservazioni "di prima lettura" allo schema di decreto legislativo in materia penaltributaria*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2015.

² Tra le altre disposizioni che prevedono, o rinviando, a tale tipo di provvedimento ablativo si possono enumerare l'art. 322 *ter* c.p., gli artt. 600 *septies*, 640 *quater*, 644, 648 *quater* c.p., art. 2641 c.c., D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 187, D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2. Vi sono, poi, ipotesi di confisca cd. "speciale", come quella prevista dalla L. n. 356 del 1992, art. 12 *sexies* (avente ad oggetto i valori di cui il condannato per determinati reati non è in grado di giustificare la legittima provenienza e comunque sproporzionati rispetto alla capacità reddituale del medesimo condannato) o quella prevista in materia di prevenzione dalla L. n. 575 del 1965, art. 2 *ter*.

³ Articolo inserito dall'art. 10, comma 1, D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158. L'art. 14 dello stesso decreto abroga il comma 143 dell'articolo 1 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, che prevedeva la disciplina previgente, estendendo ai soli delitti tributari previsti dai seguenti articoli del D.lgs. 74/2000: art. 2 (Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti), art. 3 (Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici), art. 4 (Dichiarazione infedele), art. 5 (Omessa dichiarazione), art. 8 (Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti), art. 10-bis (Omesso versamento di ritenute certificate), art. 10-ter (Omesso versamento di Iva), art. 10-quater (Indebita compensazione) e art. 11 del D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 (Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte) la disposizione dell'art. 322 *ter* c.p. (articolo a sua volta aggiunto dall'art. 3, L. 29 settembre 2000, n. 300. L'art. 15 della legge da ultima citata stabiliva che le disposizioni sulla confisca non si applicassero ai reati commessi anteriormente al 26 ottobre 2000), in forza della quale: "Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322-bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto." L'art. 322 *ter* era stato integrato dall'art. 1, comma 75, lett. o), L. 6 novembre 2012, n. 190, che ha espressamente previsto che il valore di riferimento per la confisca per equivalente sia anche quello corrispondente al profitto (la dizione previgente prevedeva la confisca obbligatoria per prezzo e profitto e quella per equivalente per il valore corrispondente al prezzo). La giurisprudenza tuttavia aveva ritenuto che anche nella versione previgente la confisca potesse estendersi al profitto, così Cass. pen., SS.UU., 30 gennaio 2014, n. 10561. Secondo la giurisprudenza la confisca per equivalente poteva applicarsi ai soli reati tributari commessi a partire dal 1° gennaio 2008, data di entrata in vigore dell'art. 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, così Cass. pen., Sez. III, 24 settembre 2008, n. 39172.

- a) sia commesso in più di uno Stato;
- b) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato;
- c) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;
- d) ovvero sia commesso in uno Stato, ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.

Anche questa seconda ipotesi di confisca può ben colpire reati tributari, quando essi abbiano, di fatto, una dimensione transnazionale, nel senso appena precisato. Tra i delitti previsti dal D.lgs. 74/2000, superano il minimo edittale previsto dall'art. 3 della L. 146 come condizione per la applicazione della confisca (pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni) i seguenti delitti: art. 2 (Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti); art. 3 (Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici); art. 5 (Omessa dichiarazione e omessa dichiarazione del sostituto di imposta)⁴ art. 8 (Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti); art. 10 (Occultamento o distruzione di documenti contabili); 10 *quater*, comma 2 (Indebita compensazione di crediti inesistenti)⁵ art. 11 (Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte)⁶.

Le due ipotesi di confisca hanno una larga serie di elementi comuni.

In particolare, due tratti fondamentali.

Il primo è che si tratta di due ipotesi di *confisca obbligatoria*, che costituiscono ipotesi *speciali* rispetto alla figura, generale, di cui all'art. 240 c.p. Quest'ultima disposizione prevede che *può* essere confiscato il prodotto o il profitto e *deve* essere confiscato il prezzo (oltre che le cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna, e gli strumenti informatici usati per commettere i reati di criminalità telematica). Le due ipotesi speciali prevedono, invece, che la confisca *deve* essere effettuata anche sul profitto (e la confisca transnazionale anche sul prodotto).

Il secondo è che la confisca si estende, quando non è possibile reperire i beni e oggetti che direttamente o indirettamente⁷ costituiscono il frutto del reato, ad altri beni, anche privi di un accertato collegamento di derivazione, sia pure indiretta, da esso, di valore pari al provento, in ciò sostanzandosi l'elemento qualificante dell'istituto⁸. Tale possibilità di disporre l'ablazione di beni di valore equivalente al provento del reato, senza dover accertare la derivazione fattuale degli stessi dal crimine, è stata, del resto, l'obiettivo avuto di mira introducendo l'istituto⁹. La *ratio* degli interventi normativi è stata proprio realizzare una più efficace attività di contrasto alla criminalità, partendo dal rilievo che, da un lato, accertare i flussi dei proventi del reato

⁴ Tali fattispecie di reato rientrano nel campo di applicazione della disciplina dei reati transnazionali solo per effetto della elevazione della pena disposta dall'art. 5, comma 1, lett. a), D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, disciplina applicabile ai reati commessi dopo l'entrata in vigore della riforma (22 ottobre 2015)

⁵ Tali fattispecie di reato rientrano nel campo di applicazione della disciplina dei reati transnazionali solo per effetto della elevazione della pena disposta dall'art. 9, comma 1, lett. a), D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, disciplina applicabile ai reati commessi dopo l'entrata in vigore della riforma (22 ottobre 2015)

⁶ La giurisprudenza ha ritenuto che la confisca per equivalente, prevista dall'art. 11 della legge 16 marzo 2006, n. 146 per i reati transnazionali, entrata in vigore il 12 aprile 2006, è applicabile anche al profitto dei reati di frode fiscale (Cass. pen., Sez. III, 24 febbraio 2011, n. 11969) o di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (Cass. pen., SS.UU. 31 gennaio 2013, n. 18374) rientranti nel programma di un'organizzazione criminale transnazionale.

⁷ Indirettamente, nel senso che risulta confiscabile anche il bene che sia frutto di *reimpiego* del bene direttamente provento del reato (es. l'immobile acquistato con il denaro incamerato), Cass. pen., SS.UU. 30 gennaio 2014, n. 10561.

⁸ La giurisprudenza osserva che il «nesso di pertinenzialità», che deve ordinariamente sussistere nel sequestro preventivo, non è infatti richiesto per il sequestro finalizzato alla confisca dell'equivalente, dovendo soltanto esistere in senso astratto, come rapporto di equivalenza dei valori tra l'ipotizzato profitto del reato e la fattispecie tributaria (Cass. pen., Sez. III, 24 gennaio 2012, n. 7081). Ne consegue che qualora il profitto tratto da taluno dei reati per i quali è prevista la confisca per equivalente sia costituito da denaro, l'adozione del sequestro preventivo non è subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto l'ammontare oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato (Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2012, n. 1261). Tale orientamento è stato successivamente superato, come meglio si vedrà, dalla giurisprudenza che ritiene che nel caso in cui la confisca abbia ad oggetto denaro, attesa la fungibilità di esso, la confisca sia sempre diretta anche se non colpisce somme di cui si accertata la derivazione dal delitto.

⁹ Per i limiti della confiscabilità dei beni nel regime previgente alla introduzione della confisca di valore, si veda la giurisprudenza che aveva ritenuto non assoggettabile a sequestro preventivo, finalizzato alla successiva confisca, il saldo liquido di conto corrente in misura corrispondente all'imposta evasa, per l'assenza del necessario rapporto di derivazione diretta tra l'evasione dell'imposta e le disponibilità del conto e per l'impossibilità di affermare che la disponibilità del denaro fosse frutto dell'indebito arricchimento derivante dall'omesso versamento del tributo (Cass., Sez. III, 20 marzo 1996, n. 1343). Come rilevato nella nota che precede, tale ostacolo e orientamento è ormai superato anche per una ragione più radicale, la ritenuta caratteristica di confisca diretta del provvedimento che colpisce denaro, indipendentemente dall'accertamento del nesso di pertinenzialità col reato.

successivi alla sua commissione è particolarmente complesso, e, dall'altro, in termini criminologici, non è neppure necessario: se si vuole evitare che il reo si avvantaggi dal reato, la confisca degli esatti beni ricevuti, o del frutto del reimpiego, è del tutto inutile. In questa prospettiva non rilevano i beni, ma i valori.

Le due ipotesi speciali appaiono pertanto avere la stessa *ratio* e, di conseguenza, natura giuridica.

Le differenze concernono, oltre che l'area di applicazione (i delitti penali tributari di cui al D. Lgs. 74/2000, ovvero i delitti a dimensione transnazionale), aspetti che paiono, tutto sommato, secondari.

Sul piano letterale, la norma penali tributaria prevede espressamente la “condanna o applicazione della pena su richiesta”. La norma sul delitto transnazionale si riferisce genericamente, nella prima parte, al potere del giudice. Nell'ultimo periodo menziona però la sentenza di condanna come provvedimento nel quale debbono essere indicati beni o valori. Il che lascia spazio per qualche dubbio, a seconda che si consideri il riferimento alla condanna della seconda parte della norma una mera esemplificazione o meno. Se sì, la confisca transnazionale potrebbe essere disposta anche applicando la pena, nell'interpretazione opposta, no. Sul piano sistematico generale (della *ratio*), la estensione della confiscabilità al caso di patteggiamento potrebbe non avere ostacoli¹⁰. In senso opposto può militare, in modo non certo trascurabile, l'argomento *a contrario*, unito alla valorizzazione del principio di tassatività dei profili per i quali il patteggiamento possa produrre effetti equivalenti a quelli della sentenza di condanna. A ciò potrebbe aggiungersi, sul piano argomentativo, il fatto che l'art. 445 c.p.p. prevede espressamente la confisca di cui all'art. 240 c.p. e che l'art. 322 *ter* c.p. prevede espressamente l'estensione al caso di patteggiamento, con ciò rafforzando una possibile argomentazione *a contrario*, in forza della quale la confisca transnazionale non sarebbe possibile per tali casi¹¹.

La norma penali tributaria, poi, non prevede la confiscabilità del “prodotto” del reato, espressamente prevista dalla disciplina sulla confisca transnazionale. Poiché esso, in senso proprio, è il risultato fattuale dell'attività delittuosa, distinto dal vantaggio o lucro economico, si tratta di un profilo di non immediata rilevanza per i delitti tributari.

Sempre la norma penali tributaria non contiene, alla lettera, poi, il riferimento alla disponibilità indiretta per interposta persona. Anche tale differenza di *wording* appare priva di rilievo, potendosi ritenere la confiscabilità anche in questo caso superando il dato della formale intestazione del bene.¹²

Ne risulta confermato che le due ipotesi di confisca per equivalente si differenziano essenzialmente, per l'area di applicazione, ma costituiscono un istituto unico sul piano concettuale e dogmatico.

2.

Il “*Re è nudo*”! Brevi note eterodosse sulla natura giuridica della confisca. Dalla coerenza del sistema alla efficacia pratica.

Profilo di notevole importanza, concettuale e pratica, è quello relativo alla individuazione della *natura giuridica* della confisca.

In effetti, questo inquadramento, più ancora che dogmaticamente interessante, è decisivo per risolvere tutti i concreti problemi correlati alla applicazione dell'istituto, che non abbiano una espressa soluzione normativa.

Per sommi capi, il ragionamento sembra doversi impostare come segue.

In primo luogo, la confisca è un provvedimento di coattiva ablazione di beni, con relativa attribuzione allo Stato. Essa viene applicata al soggetto autore di un reato e concerne il vantaggio tratto dal reato.

In termini generali, la conseguenza giuridica di un reato, applicata al suo autore, non può che riportarsi a una delle tre categorie concettuali che seguono. Si può trattare di una *puni-*

¹⁰ Per un ragionamento analogo, sia pure sviluppato quanto al diverso tema della confiscabilità in caso di patteggiamento nei confronti delle persone giuridiche, nei casi disciplinati dal D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, VERGINE, *Confisca*, in *Arch. Pen.*, 2013, 30 ss.

¹¹ La confisca in esame pare tuttavia disposta in un caso di applicazione della pena su richiesta nel caso esaminato da Cass. pen., SS. UU., 23 aprile 2013, n. 18374.

¹² Cass. pen., Sez. III, 8 marzo 2012, n. 15210.

zione, di una *riparazione* a favore della vittima, di una misura volta a *prevenire* la commissione di altri delitti.

Nel primo caso, si tratta di applicare un effetto giuridico che, sia pure nella composita funzione propria della pena, è volto a evitare che si commettano violazioni, vuoi retribuendo il male commesso con un male contrapposto, vuoi rieducando il colpevole.

Nel secondo caso, si tratta di ricostituire il patrimonio del soggetto eventualmente leso dal reato, riportandolo alla consistenza che avrebbe avuto se il reato non fosse stato commesso.

Nel terzo caso, si tratta di evitare che vengano commessi reati. Poiché anche la punizione ha la stessa finalità, la differenza sta nel fatto che la misura di sicurezza non necessariamente presuppone la *colpevolezza* (la rimproverabilità) dell'agente, non consiste nell'infliggere un male come reazione al male commesso, e non necessariamente ha una finalità di rieducare: si può prevenire senza che vi sia colpa e senza rieducare, sia perché non vi può essere spazio per una rieducazione in senso proprio (ad esempio, nel caso di infermo di mente), sia perché gli strumenti preventivi possono anche non passare per percorsi rieducativi.

Ciò posto, dovrebbe essere più agevole stabilire a quale delle tre figure riportare la confisca per equivalente.

È forse, però, possibile una premessa di metodo. Poiché la confisca per equivalente risulta applicabile come forma "subordinata" della confisca obbligatoria, per il caso in cui non si possano ritrovare i beni prodotti dal reato, appare non immediatamente agevole predicarle una natura diversa dalla confisca obbligatoria di tali beni. Detto in altri termini, la confisca per equivalente pare null'altro che un *modo di attuazione* della confisca obbligatoria. Per opinare diversamente, come spesso si fa, occorrerebbe dimostrare che l'impossibilità di reperire i beni che costituiscono direttamente il provento del reato (o sono il risultato del relativo reimpiego) sia tale da giustificare una reazione *ad hoc* di natura diversa dalla confisca del provento. Ossia che detta circostanza giustifica la *punizione* del reo, ovvero il sorgere di un obbligo *risarcitorio*, o una speciale esigenza *preventiva*. Il che, per vero, pare insostenibile.

Quanto alla *punizione*, va rilevato che la non immediata reperibilità dei proventi non necessariamente dipende da responsabilità del reo, e, comunque, se così fosse, essa andrebbe accertata e provata. Inoltre, nessuna norma prevede che un reo debba tenere in evidenza i proventi del reato e ciò del resto contraddice la tradizionale sistematica penalistica che punisce (con i delitti di ricettazione, riciclaggio, impiego di beni di provenienza illecita) soggetti diversi dal reo, solo parzialmente rettificata con la introduzione del delitto di autoriciclaggio (che comunque non punisce ogni forma di reimpiego del profitto di reato).

Quanto al *risarcimento*, pare evidente che a ledere un patrimonio è il reato, non il fatto che non sia immediatamente reperibile il relativo provento. Analoghe considerazioni valgono quanto alla funzione di *misura di sicurezza*: una necessità di prevenzione nasce dalla commissione del reato, non autonomamente dal fatto che il provento sia o meno agevole da individuare.

Ne consegue che, in termini teorici, non sembra convincente disquisire della natura della confisca per equivalente, ma della natura della confisca di cui essa appare una modalità di attuazione: la confisca obbligatoria.

E, sempre, ragionando in termini elementari, il punto di partenza pare il seguente. La confisca prevista dal codice penale è stata, originariamente e sistematicamente, inquadrata, in generale, tra le misure di sicurezza. Le misure di sicurezza sono istituti con una funzione di prevenzione della commissione di nuovi reati.

Sembra difficile, allora, eludere una ipotesi di lavoro iniziale, banale quanto paradossalmente solida e distonica rispetto a quanto normalmente si opina: la confisca per equivalente, modo di attuazione della confisca obbligatoria, è una misura di sicurezza patrimoniale, la cui finalità è impedire e scoraggiare nuovi reati.

A tale inquadramento, come noto, vengono contrapposte alcune obiezioni.

Ciò in armonia con la premessa che la confisca non corrisponde a un istituto giuridico unico, ma "è noto che la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa. Ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la

*confisca così come risulta da una determinata legge.*¹³

La prima e più risalente obiezione all'inquadramento come misura di sicurezza è che la confisca prevista dal codice penale, in genere, non presuppone l'accertamento della pericolosità sociale della persona (l'art. 236 c.p. non richiama in proposito gli artt. 202, 203 e 204 c.p.).¹⁴ Tale obiezione viene superata rilevando che, in questi casi, la pericolosità non deriverebbe da una qualità della persona ma dal possesso della cosa.¹⁵

Quanto alla confisca obbligatoria in particolare, si è affermato che la indefettibilità della ablazione, escludendo un giudizio concreto di pericolosità del possesso della cosa, allontanerebbe tale ipotesi di confisca speciale dall'area delle misure di sicurezza, avvicinandola a quella delle sanzioni punitive,¹⁶ tenuto inoltre conto del fatto che potrebbe essere applicata anche quando sulla persona sia formulata una prognosi di non recidiva, ad esempio concedendo la sospensione condizionale della pena.¹⁷ Inoltre, si rileva, l'applicazione della confisca compete al giudice della esecuzione e non al magistrato di sorveglianza, e l'appello sul capo della confisca pertiene alla Corte d'Appello e non al Tribunale di Sorveglianza¹⁸.

Per vero, a nostro modestissimo avviso, tutti questi elementi appaiono agevolmente superabili. Intanto, è da verificare se la inconfigurabilità di una verifica concreta sulla pericolosità del possesso del provento illecito sia effettivamente incompatibile con la funzione di rimuovere una situazione di pericolo: appare realmente difficile, per non dire impossibile, ipotizzare casi in cui consentire al reo di mantenere i profitti dell'illecito non sia una situazione criminogena. Detto in altri termini, se vi è un caso nel quale sembra legittima una presunzione assoluta di pericolosità del possesso della cosa, esso è proprio quello del provento da reato.

Allo stesso modo, che la confisca vada disposta anche se è possibile una prognosi di non recidiva del reo non appare probante: se la legge prevede la confisca obbligatoria per quei casi, può sostenersi, e, anzi, appare soluzione logica e appagante, che in quei casi la prognosi di non recidiva è possibile proprio perché si deve procedere alla confisca. Detto in altri termini, la prognosi di astensione da nuovi reati presuppone la confisca (che corrobora tale prognosi) e la sua finalità preventiva, invece che essere con essa incompatibile.

Che sulla confisca provveda poi la magistratura penale di cognizione od esecuzione e non quella di sorveglianza, ugualmente, non prova nulla: la Magistratura di Sorveglianza è il giudice della pericolosità delle persone e non delle cose.

Quanto poi alla fattispecie particolare della confisca di valore, la giurisprudenza sembra, come si vedrà tra poco, decisamente orientata ad escludere la finalità di sicurezza e privilegiare la natura punitiva.

Ci si può interrogare, innanzitutto, se sussistano elementi della disciplina concreta che inducano in tale direzione. Non sembra potersene reperire alcuno di tipo testuale espresso. Né a questo sembra poter condurre il dato, topografico, della previsione di tali ipotesi di confisca nella parte speciale del codice penale o in leggi speciali: in effetti, ad esempio, anche la libertà vigilata è talvolta prevista in norme correlate alla commissione di singoli reati (ad esempio, nell'art. 701 c.p.) senza che se ne desuma una trasmutazione della natura da misura di sicurezza ad altro.

Ciò non ostante, la giurisprudenza nettamente prevalente tende a negare a tale confisca la natura di misura di sicurezza con finalità preventiva.

Adeguatamente rappresentativa di tale tendenza è la giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha asserito che *“– come affermato dalla Corte di cassazione in numerose pronunce – la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un “rapporto di pertinenzialità” (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura «eminentemente sanzionatoria».*¹⁹

¹³ C. Cost., 9 giugno 1961, n. 29.

¹⁴ E la confisca avrebbe, in generale, natura punitiva: MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Parte generale, III, Torino, 1981, 383; ALESSANDRI, *Confisca*, cit., 39.

¹⁵ In termini, la *Relazione al Codice Penale*, al n. 202, ove si rileva che conservare il provento manterrebbe *“viva l'idea e l'attrattiva del delitto”*. In tema si veda anche la ampia trattazione, ricca di riferimenti, di FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale “moderno”*, Padova, 1995, 655 ss.

¹⁶ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., 232.

¹⁷ ALESSANDRI, *Confisca*, cit., 53; Più in generale, MUSCO, *Misure di sicurezza*, in *Enc. Dir. Agg.*, 1997, I, Milano, 777.

¹⁸ GRASSO, in *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, 608.

¹⁹ C. Cost., 2 aprile 2009, n. 97.

Con orientamento sostanzialmente consolidato, infatti, la giurisprudenza della Corte di cassazione afferma, in ordine alla natura giuridica della confisca per equivalente, che l'assenza di un rapporto di pertinenzialità fra il reato ed i beni confiscati implicherebbe il venir meno del presupposto della connotazione di pericolosità della cosa confiscata rispetto all'equivalente profitto o prezzo del reato, per cui la misura ablativa, consentendo l'espropriazione dei beni nella disponibilità del reo, deve essere qualificata non già come misura di sicurezza, ma come misura a preminente carattere sanzionatorio²⁰.

Tale argomentazione, pur autorevolissimamente sostenuta, non sembra affatto convincente. Il fatto che i beni non siano ricollegabili, direttamente o nella forma dell'accertato reimpiego, al reato che ha determinato un arricchimento del suo autore, non sembra incidere in alcun modo sulla funzione della confisca. Come sopra si rilevava, la funzione di essa, già nella relazione illustrativa al Codice Penale, veniva ravvisata nel fatto che consentire al reo di consolidare l'arricchimento conseguente al reato è un evidente incentivo al delitto. Ebbene, è facile rilevare che procedere a confiscare il *valore* dell'arricchimento del reo, quando non si riescano a individuare i beni che hanno, materialmente, realizzato tale arricchimento serve a realizzare *esattamente la stessa finalità*. La confisca per equivalente, lungi dall'essere un qualcosa di diverso e ulteriore rispetto alla confisca del provento, è un modo di confiscare tale provento. Poiché ciò che conta è che il reo non consolidi il vantaggio conseguente al reato, si deve provvedere a privarlo dei beni che ha acquisito: ove tali beni non vengano reperiti, si provvede a diminuire comunque il patrimonio del reo di un pari valore.

Del resto, se non fosse questa la funzione della confisca per equivalente, ma essa servisse a punire, essa dovrebbe essere non sostitutiva della confisca del provento diretto o frutto di reimpiego, ma aggiuntiva. Oltre a privarsi del vantaggio il reo, dovrebbe arrecarglisi una perdita patrimoniale, con funzione deterrente e punitiva. Ma così non è: le norme che la disciplinano la prevedono nel caso in cui i beni-provento non siano reperiti. E, ancora, se così fosse, la confisca dovrebbe applicarsi a tutti i correi nella misura intera, cumulandosi (altrimenti mortificandosi la funzione punitiva) ovvero, quando si tratti di vantaggio rappresentato dal risparmio fiscale, l'importo della confisca non dovrebbe tener conto del fatto che nel frattempo l'imposta evasa sia stata in tutto o in parte pagata: se si tratta di punire, il fatto che nel frattempo il danno/profitto sia stato riparato/restituito sarebbe irrilevante. E, invece, al contrario, la giurisprudenza assume che il pagamento della imposta evasa diminuirebbe l'entità della somma confiscabile.

L'affermazione della natura sanzionatoria della confisca per equivalente deve quindi avere un diverso significato, una diversa portata e una diversa origine.

In effetti, l'indirizzo che qui si critica segue l'orientamento già tracciato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte²¹ per il quale la confisca per equivalente *"costituendo una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti viene ad assumere un carattere eminentemente sanzionatorio"*, costituendo una pena secondo l'interpretazione fornita dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

Tale riferimento alla giurisprudenza Cedu, è, invero illuminante e consente di comprendere, a un tempo, l'origine dell'orientamento che qui si critica, la sua portata coerente e la portata dell'equivoco che potrebbe sorgere.

In effetti, la Corte Europea dei Diritti dell'uomo ha avuto occasione di occuparsi del problema della natura della confisca per equivalente²². Essa ha esaminato la legislazione inglese, che prevedeva una confisca, a carico dei condannati per violazione della legge stupefacenti, caratterizzata dai seguenti elementi strutturali: a) previsione della presunzione legale relativa di afferenza con il profitto del narcotraffico di tutti i beni acquisiti dal condannato nel periodo di 6 anni; b) confiscabilità del provento "lordo" e non dell'effettivo profitto; c) la possibilità di graduare la somma da confiscare in rapporto alla intensità della colpevolezza; d) la convertibilità della confisca in pena detentiva, in caso di mancato pagamento. Essa, d'altro canto, si è occupata della sola questione della riportabilità di tale confisca alla nozione di "pena" ai fini della garanzia della retroattività.

Non pare, per vero e non ostanti le apparenze, che da tali premesse possa scaturire la

²⁰ In termini, Cass. pen., Sez. II, 5 giugno 2008, n. 28685.

²¹ Cass. pen., SS. UU., 25 ottobre 2005, n. 41936.

²² Corte europea diritti dell'uomo, 9 febbraio 1995, Welch – Regno Unito.

conclusione della natura di pena, per il diritto interno italiano, della confisca per equivalente.

Intanto, la confisca per equivalente italiana presenta differenze eclatanti (e decisive) sotto il profilo che ci interessa. Tra queste, soprattutto, il fatto che la misura dei valori confiscandi secondo la disciplina inglese fosse parametrata al grado di colpevolezza ed inoltre non fosse riferita al profitto (netto) ma all'ammontare acquisito (lordo). A ciò si aggiunga che, in caso di mancato pagamento, la confisca inglese prevedeva la carcerazione. Nessun dubbio che un tale istituto sarebbe una pena anche nel diritto italiano, ma ciò proprio per gli elementi appena detti: visto che si colpisce in proporzione alla colpa e non al vantaggio è chiaro che si tratta di punire, e non di eliminare la efficacia criminogena che avrebbe la conservazione del profitto.

Sotto il secondo profilo, poi, non vi è dubbio che la portata delle decisioni sopra citate è assai ristretta. Si tratta di rispondere al quesito se la confisca vada applicata retroattivamente. Poiché nel diritto interno vige l'art. 200 c.p., che esclude le misure di sicurezza dalla irretroattività, le strade possibili per affermare l'irretroattività della confisca erano due: o assumere l'illegittimità della regola dell'art. 200 c.p., o escludere che la confisca sia regolata da tale norma, negando che sia una misura di sicurezza.

La strada prescelta negli autorevolissimi precedenti citati è la seconda.

Essa però, da un lato non appare, a nostro modestissimo avviso, coerente coi dati sistematici sopra citati. Dall'altro, essa non era necessaria. Non vi è dubbio che, nel quadro della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la confisca con quelle caratteristiche abbia di norma natura *criminale*, e quindi presidiata dalla regola di irretroattività, indipendentemente dal fatto che essa possa qualificarsi una misura *penale* per l'ordinamento interno. Come noto la nozione di sanzione criminale nell'ordinamento Cedu è assai più ampia di quella di sanzione penale italiana, visto che abbraccia ogni sanzione: essa comprende tutte le conseguenze che incidano, con apprezzabile sacrificio, il destinatario e abbiano una finalità punitiva (*idest*, retributiva e/o di deterrenza), non una finalità "civilistica" (restitutoria o risarcitoria)²³.

Detto in altri termini, la regola della irretroattività poteva e doveva più correttamente desumersi non ostante la natura preventiva della confisca: essa era comunque una sanzione "criminale" in ambito Cedu, anche se misura di sicurezza nel quadro del doppio binario che regola l'ordinamento penale italiano.

Si può, pertanto, ulteriormente notare che la strada prescelta presenta almeno due ulteriori margini di debolezza, a nostro sommo avviso.

Il primo è che elude e rinvia l'esame e il superamento dell'anacronismo, palesemente contrario ai sommi principi, dell'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza, recato dall'art. 200 c.p. In effetti, la conseguenza è, paradossalmente, ritenere, da un lato, possibile l'assegnazione alla casa di lavoro (misura detentiva della massima afflittività) per fatti per cui essa non fosse prevista al momento della commissione, e, dall'altro, escludere, in tali ipotesi, l'applicazione della confisca.

Il secondo è che tale inquadramento crea una serie di contraddizioni sistematiche insanabili che verranno esaminate di seguito.

3.

Approdi consolidati e nuove rotte in tema di profitto nei delitti tributari.

L'oggetto della misura ablativa è costituito da beni di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente al prezzo o profitto²⁴ del reato lucrato dall'indagato²⁵.

Si pone il problema della individuazione del presupposto economico della confisca, nei delitti tributari. In proposito, la nozione più rilevante e problematica appare quella di *profitto*. Il prezzo, da intendersi quale corrispettivo pattuito a vantaggio del reo per la commissione

²³ *Ex plurimis*, Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 novembre 2006, Jussila – Finlandia.

²⁴ Come sopra si rilevava, nel quadro della confisca per reato transnazionale sarebbe confiscabile anche il prodotto del reato, che tuttavia è nozione di apparente scarsa rilevanza quanto alla materia tributaria.

²⁵ Cass. pen., Sez. VI, 5 ottobre 2012, n. 42530.

del delitto²⁶, appare figura meno centrale in questo settore, e comunque, meno problematica.²⁷

Nessuna difficoltà quanto alla individuazione del profitto quando questo, così come ad esempio il bottino di una rapina o il lucro derivante da una truffa, sia il conseguimento di un aumento patrimoniale. Così, nel caso in cui il provento del delitto sia un *rimborso indebito*. In questo caso sembrano infatti applicabili le regole e le considerazioni valide per qualsiasi tipo di reato.

Più problematico è stato invece l'inquadramento del profitto nel caso in cui il vantaggio sia, per così dire, non un lucro emergente ma un danno cessante, quando, cioè, il vantaggio sia un risparmio di imposta.

A ben vedere, nulla osta, concettualmente, a riconoscere che il vantaggio conseguente a un reato possa essere un risparmio: evitare indebitamente, fraudolentemente, di sostenere un costo è un vantaggio economicamente equivalente a conseguire la somma che esprime il medesimo valore. La difficoltà, in questi casi, è, semmai, individuare i beni direttamente derivanti dal reato, per il semplice fatto che, nel caso di risparmio delittuoso, al reo non affluiscono beni, ma, al contrario, si evita che beni fuoriescano dal suo patrimonio e può essere difficile individuare *quali beni siano risparmiati*.²⁸ Se ciò che precede è corretto, una certa difficoltà applicativa della confisca, nel caso di delitti che comportino risparmi, potrebbe concernere la confisca ordinaria, se resta fermo il requisito della pertinenza della cosa al delitto, ma mai la confisca per equivalente. E ciò è tanto più vero, considerato che la confisca per equivalente è stata introdotta proprio per evitare la difficoltà di procedere a confisca ordinaria quando essa sia malagevole per la difficoltà di individuare i beni-provento, difficoltà che è stata individuata *in re ipsa* nel caso di delitti che producono vantaggio nella forma di risparmio.

Si potrebbe affermare, insomma, che, sotto il profilo evolutivo, la confisca per equivalente nasce come la forma di confisca di elezione per i reati tributari di evasione.

Già giunti a questo punto, non vi più dubbio circa il fatto che il vantaggio confiscabile possa assumere la struttura del risparmio, in genere, e del risparmio di imposta, in particolare. Lo hanno riconosciuto le Sezioni Unite della Suprema Corte, affermando che *"il profitto confiscabile può essere costituito da qualsivoglia vantaggio patrimoniale direttamente conseguente alla consumazione del reato e può, dunque, consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi e sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario"*.²⁹ Identico orientamento è proprio anche delle sezioni semplici.³⁰

Ne consegue che per i delitti tributari che comportano una evasione, il profitto del reato, generalmente coincidente con il vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato, si identifica con l'ammontare delle ritenute³¹ o dell'imposta sottratta al Fisco.³²

Ciò posto, la materia non ha mancato di mostrare una notevole dinamicità da un lato, e notevoli profili, problematici, dall'altro.

²⁶ Cass. pen., SS.UU., 25 giugno 2009, n. 38691, in *Dir. pen. e processo*, 2010, 433, con nota di MAIELLO.

²⁷ E esso appare tuttavia configurabile. Ricorrerebbe, ad esempio, un prezzo del reato di cui all'art. 8 D.lgs. 74/2000, nel compenso corrisposto alla c.d. cartiera per la emissione della fattura per operazione inesistente. In questo caso è interessante domandarsi se all'emittente la fattura potrebbe solo confiscarsi tale importo, ovvero, considerandolo comunque non estraneo al delitto dell'utilizzatore, considerare tutta l'imposta evasa. Tutta da approfondire, in proposito, la portata della norma speciale che esclude che l'emittente concorra nel delitto dell'utilizzatore (art. 9 D. lgs. 74/2000).

²⁸ In qualche caso l'individuazione di tali beni sarebbe comunque probabilmente possibile, ad esempio, quando la somma destinata al pagamento delle imposte fosse in qualche modo formalmente accantonata o addirittura vincolata.

²⁹ Cass. pen., SS. UU., 31 gennaio 2013, n. 18374.

³⁰ Si è così riconosciuto che l'ammontare della imposta evasa costituisce un indubbio vantaggio patrimoniale, direttamente derivante dalla condotta illecita e, come tale, certamente riconducibile alla nozione di "profitto del reato", in quanto sostanzialmente si traduce in un risparmio economico da cui consegue la effettiva sottrazione degli importi non versati in conformità alla loro destinazione fiscale, dei quali direttamente beneficia l'autore (Cass. pen., Sez. III, 2 dicembre 2011, n. 1199) e che si configura un indubbio vantaggio patrimoniale direttamente derivante dalla condotta illecita, anche se esso consiste in un risparmio di spesa (Cass. pen., Sez. III, 26 maggio 2010, n. 25890; Cass. pen., Sez. III, 12 ottobre 2011, n. 1893; Cass. pen., Sez. III, 7 luglio 2010, n. 35807; Cass. pen., Sez. III, 4 luglio 2012, n. 3439).

³¹ Cass. pen., Sez. III, 8 novembre 2012, n. 45735.

³² Cass. pen., Sez. III, 4 luglio 2012, n. 3439. Ne consegue che se l'imposta è stata versata, viene di regola meno il profitto confiscabile. In tema, Cass. pen., sez. III, 1 dicembre 2010, n. 10120. Cfr., in dottrina: SOANA G.L., *Confisca per equivalente e sopravvenuto pagamento del debito tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, p. 546; nonché MUSCO E., ARDITO F., *Diritto penale tributario*, 2010, p. 74; e CUOMO L., *Problemi di giustizia penale tributaria: la confisca per equivalente del profitto*, in *Arch. pen.* 2014, fasc. 1, p. 15.

4.

La vivacità della giurisprudenza sulla natura della confisca del denaro.

Sotto il primo aspetto (rapida evoluzione dello scenario giurisprudenziale), un posto di particolare importanza ha assunto la giurisprudenza che si è occupata della natura giuridica della confisca, nel caso di profitto rappresentato da somme di denaro e di assoggettamento al provvedimento ablatorio, ugualmente, di somme di denaro.

Secondo l'orientamento più risalente sopra rammentato, era possibile (e, anzi, conforme alla logica giuridica finora delineata) distinguere tra il caso di confisca di somme di denaro pertinenti al reato (direttamente quelle da esso derivanti e indirettamente quelle derivanti dalla relativa sostituzione, investimento o reimpiego)³³ e quello di somme di denaro, dello stesso valore, ma senza l'accertato collegamento di derivazione. Nel primo caso, a rigore, doveva riconoscersi una confisca ordinaria (diretta), nel secondo caso una confisca per equivalente.

La questione della individuazione della natura della confisca in tali casi non obbediva, evidentemente, a una necessità di esattezza scientifica, ma alla soluzione di interrogativi pratici di non poco spessore.

Essi erano principalmente due, nel dettaglio: se la confisca potesse applicarsi anche alla società nel cui interesse l'amministratore avesse commesso il reato, e se la confisca potesse essere disposta non ostante la prescrizione del reato.

La questione della natura della confisca (ordinaria o per equivalente) diventava decisiva a questi fini, nel caso di reperimento di denaro di non provata pertinenzialità con il reato, per il fatto che, assunto che, nella ricostruzione prevalente, la confisca per equivalente è una *sanzione*, essa non avrebbe potuto applicarsi alla società³⁴, quando essa non possa essere ritenuta sanzionabile per il reato (e la società non è sanzionabile per i delitti fiscali), e non sarebbe applicabile dopo la prescrizione.

Per contro, se la confisca è una confisca diretta, essa può colpire la società, perché essa non è estranea al reato (essa non è correa nel reato, ma non è estranea alle sue conseguenze e alle esigenze di prevenzione che ne derivano, visto che essa è il soggetto che si arricchisce indebitamente per effetto del reato). E la misura di sicurezza può essere inflitta non ostante la prescrizione, sempre che nel processo sussista il positivo accertamento della responsabilità per il delitto.

Entrambe le conclusioni sono corrette: da un lato, la misura di sicurezza serve ad evitare l'effetto criminogeno della conservazione della ricchezza illecita (la società che si arricchisce con il delitto perpetrato nel suo interesse non ha certo titolo a trattenere il profitto) e, dall'altro, la prescrizione paralizza l'applicazione della pena, ma non l'accertamento del reato e l'applicazione delle conseguenze differenti dalla pena.

È appena il caso di notare che nessuno dei problemi pratici appena segnalati sarebbe sussistito se, come ci pare nettamente più corretto sistematicamente, si fosse riconosciuta la natura di misura di sicurezza anche alla confisca per equivalente (ed estese alle misure di sicurezza le garanzie proprie della pena): tutte le confische sarebbero state applicabili agli enti arricchitisi illegittimamente, la prescrizione non avrebbe ostato alle esigenze preventive, e sarebbero stati rispettati i principi fondamentali.

Essendosi invece, finora, tenuta ferma la premessa, a nostro avviso asistemica, della natura speciale e sanzionatoria della confisca per equivalente, allo stesso risultato pratico (ammettere la confisca a carico della società e nel caso di prescrizione) si è finiti per giungere, facendo

³³ Ad esempio, si veda Cass. Pen., SS.UU., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, in *Ced Cass*, Rv. 228166. Le SS.UU., chiamate a pronunciarsi in una fattispecie in cui era stato disposto il sequestro di somme di denaro depositate su conti correnti bancari, ritennero che la fungibilità del denaro e la sua funzione di mezzo di pagamento non impone che il sequestro debba necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite, bensì la somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta, purché sia attribuibile all'indagato. Si sottolineò, tuttavia, che anche per il denaro deve pur sempre sussistere il rapporto pertinenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale, tra il "bene" sequestrato ed il reato del quale costituisce il profitto illecito (utilità creata, trasformata od acquisita proprio mediante la realizzazione della condotta criminosa). Secondo le Sezioni unite: 1) la fungibilità del bene non può sostituire il giudizio di relazione fra "res" e reato, che funge da presupposto per la confisca diretta; 2) per confiscare in via diretta le somme di danaro disponibili su un conto corrente bancario, occorre provare che il denaro provento del reato sia stato depositato in banca; 3) nessun automatismo può essere consentito anche nei casi in cui il profitto è costituito da un risparmio di spesa.

³⁴ Sotto altro profilo, nel caso particolare di società mero "schermo" dei soci o amministratori, la confisca avrebbe comunque potuto disporsi, perché i beni non sarebbero stati appartenenti all'ente, ma alle persone fisiche autrici delle violazioni.

cadere un altro ostacolo: affermando che la confisca del denaro è sempre una confisca diretta, perché il denaro, confondendosi come bene fungibile nel patrimonio del prevenuto, è, sostanzialmente sempre pertinente al delitto, così come una certa quantità di liquido, versato in un serbatoio, diventa indistinguibile, qualitativamente, da quella preesistente: il denaro, come un liquido, sarebbe misurabile e individuabile per quantità e non per qualità o identità.³⁵

5. Miti e paradossi del profitto confiscabile: interessi, sanzioni, “rettifica delle perdite” e definizioni extrapenalistiche della pretesa tributaria.

Non pochi profili problematici concernono, poi, l'individuazione della portata dell'oggetto della confisca.

Ad esempio, se nell'importo risparmiato (e costituente il profitto del reato) possano ricomprendersi anche gli accessori della imposta. L'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che nel vantaggio possano farsi rientrare anche gli *interessi e le sanzioni* che accedono al rapporto tributario. Si è riconosciuto, in proposito, che il profitto, quale risparmio del contribuente, non può che essere calcolato con riferimento alla totalità del credito vantato dall'erario (comprensivo degli interessi e delle sanzioni), essendo del tutto indifferente la natura delle voci che lo compongono, dato che la condotta illecita è finalizzata ad evitare complessivamente il pagamento dell'imposta³⁶ che non esclude il conseguimento di vantaggi ulteriori (riflessi) per il soggetto evasore.³⁷

Tale soluzione va attentamente meditata: essa appare, per vero, piuttosto debole sulla base dell'inquadramento dogmatico.

Da un lato, è forse possibile ascrivere alla sfera del vantaggio lucrato dal reo l'interesse. Ciò, però, non perché egli ne abbia risparmiato il pagamento al Fisco. In effetti, non pagando le imposte si risparmia il tributo, mentre l'interesse moratorio non è un importo risparmiato non pagando ma, semmai e quasi all'opposto, esso consegue al mancato pagamento. L'ammontare degli interessi può ritenersi concorrere a determinare il valore da confiscare attraverso un altro percorso: se ed in quanto esso possa dirsi costituire la misura (forfetaria) del vantaggio finanziario ottenuto dal reo (che, in effetti, si può presumere³⁸ che, non pagando tempestivamente il tributo, si sia avvantaggiato del protratto possesso dei valori che ha conservato, valori che possono presumersi fruttiferi nella misura dell'interesse).

Meno agevole, anche in astratto, è individuare la giustificazione per la confiscabilità dell'importo corrispondente alle sanzioni. Appare radicalmente da escludere, in effetti, che esse possano corrispondere a un vantaggio. È palese l'errore logico che si commetterebbe se si ritenesse che la sanzione (per omesso pagamento) sia una voce del *risparmio* lucrato dall'evasore fiscale. La sanzione è una *conseguenza* dell'omesso pagamento: se essa presuppone l'omesso pagamento essa non può, per evidenti ragioni logiche, costituire un importo che si è risparmiato... non pagando. Altrimenti, dovrebbe affermarsi che la multa prevista per i delitti di furto o detenzione di stupefacenti è un importo risparmiato dal ladro o dallo spacciatore. Sia l'imposta che la sanzione sono importi da pagare, ma l'imposta va pagata dal contribuente reo,

³⁵ In tal senso, Cass. pen. Sez. Unite, Sent., 21 luglio 2015, n. 31617; Cass. Pen., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10651, Gubert, proprio in tema di reati tributari (ma anche Cass. Pen., Sez. VI, 7 gennaio 2015, n. 2336, Pretner Calore, Rv. 262082 (fattispecie in tema di peculato, in cui la Corte ha precisato che la confisca di denaro versato su conto corrente deve considerarsi diretta in relazione alla fungibilità del bene), Cass. Pen., Sez. VII, ordinanza 12 novembre 2014, n. 50482, Castellani, Rv. 261199 (in tema di concussione e peculato), e, fra le altre, Sez. III, 8 maggio 2014, n. 39177, P.M. in proc. Civin Vigilanza srl., Rv. 260547, in tema di reati tributari). La Corte ha affermato che, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, la confisca non è qualificabile per equivalente, ma diretta ma senza essere subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato. L'orientamento valorizza i seguenti elementi: a) se il profitto del reato è costituito da numerario, cosa fungibile, è legittimo il sequestro delle disponibilità di conto corrente dell'imputato in base alla prima parte e non alla seconda parte dell'art. 322 ter cod. pen., comma 1; b) ai sensi dell'art. 322 ter cod. pen., il denaro, come cosa fungibile e, anzi, quale parametro di valutazione unificante rispetto a cose di diverso valore rispettivo, non può qualificarsi come “cosa di valore corrispondente” ed esorbita pertanto dal sistema della confisca per equivalente.

³⁶ Cass. pen., Sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843.

³⁷ Cass. pen., Sez. III, 4 luglio 2012, n. 11836.

³⁸ Tale circostanza dovrebbe, tuttavia, essere oggetto di argomentazione e prova (anche indiziaria) e, comunque, dovrebbe essere possibile provare il contrario.

in quanto contribuente (e indipendentemente dal reato), la sanzione dal contribuente reo, in quanto reo. La sanzione non può, quindi, essere considerata in alcun modo un profitto del reato e in quanto tale non si vede come possa essere confiscata in base a una norma che prevede solo la confisca del profitto. Più in generale, poi, quand'anche potesse superarsi tale argomento fondato sul principio di legalità, starebbe il fatto che la confisca della sanzione non sarebbe concettualmente compatibile né con la affermata natura punitiva della confisca per equivalente, né con quella di misura di sicurezza. Se la confisca è una sanzione, essa deve essere sanzione ulteriore rispetto alle altre sanzioni: se fosse possibile confiscare l'importo della sanzione non pagata o si assisterebbe a una sanzione "al quadrato" (duplicata) oppure la confisca sarebbe un modo di attuazione della riscossione delle sanzioni, semplicemente, non previsto da alcuna norma. Né, concettualmente, le cose migliorerebbero attribuendo alla confisca la natura, che riteniamo preferibile, di misura di sicurezza: le misure di sicurezza sono uno strumento che previene il delitto, che si aggiunge alla finalità deterrente della sanzione. Nuovamente, se si confisca l'importo della sanzione o vi è una prevenzione al quadrato (duplicata: l'importo con finalità punitive della sanzione viene riscosso una seconda volta come per fini di prevenzione) o, di nuovo, una misura di sicurezza diviene il mezzo di riscossione, non previsto dalla legge, delle sanzioni. Questa via proverebbe troppo, perché allora dovrebbe procedersi regolarmente alla confisca, anche nel quadro dell'art. 240 c.p. (non essendovi alcuna ragione per differenziare la posizione del reo di delitti fiscali rispetto al reo di qualsiasi altro reato) delle multe e delle ammende: soluzione abnorme e non prevista da alcuna norma.

Per giustificare provvedimenti ablativi di interessi e sanzioni, è forse possibile battere una strada diversa, e più solida sul piano giuridico.

In effetti, può sostenersi che gli interessi e le sanzioni amministrative pecuniarie siano beni suscettibili di *sequestro conservativo*, ai sensi dell'art. 316 c.p.p. Gli interessi, in quanto sussumibili nella categoria delle "*obbligazioni civili derivanti dal reato*" (art. 316, comma 2, c.p.p.) e le sanzioni pecuniarie nella categoria di "*ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato*" (art. 316, comma 1, c.p.p.).

Questo inquadramento appare più corretto, ma comporta alcune considerazioni critiche.

Intanto, in questo quadro, ad essere consentito è il sequestro, ma non la confisca: l'apprensione allo Stato delle somme dovute dovrà seguire la via ordinaria (interessi e sanzioni andranno incamerati con le modalità previste dalle norme sulla riscossione di tali crediti).

In secondo luogo, un provvedimento di sequestro che fosse fondato sulle norme che disciplinano la confisca per equivalente sarebbe errato in diritto (nella falsa applicazione della norma che regola tale confisca) o in fatto, visto che o applicherebbe la norma sulla confisca del profitto anche in assenza di profitto, oppure assumerebbe a suo fondamento un profitto semplicemente inesistente.

In terzo luogo, secondo la giurisprudenza tradizionale, il P.M. non potrebbe azionare il sequestro conservativo per i crediti civilistici dello Stato o le altre somme dovute all'Erario se non vi è sua costituzione di parte civile. È richiesta, secondo tale giurisprudenza, la presenza dello Stato in veste di parte civile per legittimare la proposta di sequestro conservativo del P.M. a garanzia di obbligazioni derivanti da reato nei confronti dello Stato.³⁹

Alla luce di tali premesse la confisca degli interessi tributari parrebbe consentita solo ove si

³⁹ Cass. pen., Sez. V, 20 giugno 2013, n. 27227, ove l'Agenzia delle Entrate era costituita parte civile. Così, si pronuncia in proposito la Suprema Corte: "La locuzione "pene pecuniarie, spese del procedimento e ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato", che ricorre sostanzialmente anche nell'art. 189, nn. 1 e 2, e nell'art. 191 c.p., n. 6, va riferita a tutti i crediti statali cd. endoprocedurali, cioè a quei crediti pecuniari che nascono direttamente a favore dello Stato-ordinamento per effetto dell'esercizio della giurisdizione penale (le pene della multa e dell'ammenda, le spese del procedimento, le spese del mantenimento in carcere, le sanzioni pecuniarie a favore della cassa delle ammende, ora anche le sanzioni amministrative dipendenti da reato applicate dal giudice penale alle persone giuridiche, alle società e alle associazioni ai sensi del D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231). Mentre per "obbligazioni civili derivanti dal reato" devono intendersi gli obblighi restitutori e risarcitori che gravano sul condannato a favore del danneggiato costituito parte civile. Ciò significa che il pubblico ministero può chiedere di mantenere il sequestro per garantire allo Stato-ordinamento la soddisfazione dei suoi crediti nascenti dal processo (le pene della multa o dell'ammenda, le spese processuali, le spese di mantenimento in carcere, età), non già per garantire allo Stato-amministrazione le sue pretese risarcitorie, quali ad esempio le obbligazioni pecuniarie nascenti da reati tributari (tributi evasi, sopratasse, interessi di mora). Queste pretese risarcitorie, infatti, non possono essere fatte valere dal pubblico ministero, che è organo istituzionalmente deputato solo ad attivare la giurisdizione penale, ma devono essere fatte valere dalla Amministrazione statale competente (nell'esempio, quella finanziaria), attraverso la costituzione di parte civile". Così, Cass. pen., Sez. II, 12 novembre 2010, n. 40153. La questione ha avuto una certa vitalità anche nel diverso settore della responsabilità da reato degli enti, quanto alla portata della disposizione, speciale, dell'art. 19 d. lgs. 232/2001. In tema, Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2010, n. 1652 e TROYER L., *La suprema corte esclude la confiscabilità del profitto illecito coincidente con quanto spettante al danneggiato e oggetto di risarcimento: acta est fabula?*, in *Rivista dei Dottori Commercialisti*, II, 2012, p. 462.

possa affermare che essi misurano forfettariamente il vantaggio finanziario del reo e la confisca delle sanzioni sembrerebbe radicalmente preclusa. Parrebbe al limite configurabile il mero sequestro delle sanzioni, ma solo nella forma conservativa e, ferma la giurisprudenza appena citata, solo in presenza di richiesta della Agenzia, costituitasi parte civile.

Per altro verso, la confisca di valore, essendo prevista con riferimento ai delitti di cui al D.lgs. 74/2000, è tradizionalmente applicabile solo alle violazioni concernenti le imposte sui redditi e iva in senso tecnico e non è estensibile, ad esempio, all'imposta regionale sulle attività produttive: l'importo di tali tributi non va pertanto tenuto in conto nella determinazione del profitto.⁴⁰

Un problema particolare può porsi nel caso di illecito fiscale che abbia inciso su un risultato economico negativo: è l'ipotesi nella quale dalla condotta non sia conseguita una diminuzione dell'utile tassabile, ma un aumento della perdita d'esercizio. In questo caso non vi è, nel periodo considerato, alcun risparmio di imposta, atteso che l'imposta sarebbe stata comunque pari a zero. È indubbiamente possibile che l'aumento delle perdite dell'esercizio si riverberi nella illegittima diminuzione di utili di esercizi futuri, ma perché ciò si verifichi occorre che, positivamente, l'impresa sia tornata *in bonis* sotto il profilo fiscale negli esercizi successivi (si manifesti un utile imponibile, rettificando la perdita): solo nel caso in cui questa circostanza si sia verificata concretamente e si sia concretamente accertata la condotta precedente sarà ipotizzabile un profitto (la riduzione della imposta dovuta in un esercizio successivo).⁴¹

Altro profilo di notevolissimo interesse pratico è, poi, se ai fini della determinazione della imposta dovuta (e, quindi, risparmiata) debba tenersi conto degli istituti tributari che comportino una diminuzione della pretesa, in giudizio ovvero nella fase amministrativa (accoglimento parziale dell'impugnazione giudiziale, ovvero accertamento con adesione, mediazione, conciliazione giudiziale, definizioni delle pretese o liti fiscali pendenti, condoni in genere). Anche sotto questo profilo, la soluzione appare elementare e immediata, in termini di logica giuridica: sia che si tratti di punire, prevenire o restituire, l'importo di riferimento non può che essere quello *dovuto* per la legge tributaria. Non costituisce profitto ingiusto ciò che eccede l'importo del tributo dovuto per la legge tributaria. Se, pertanto, rispetto all'importo oggetto di rilievo in un processo verbale di constatazione l'avviso di accertamento reca una pretesa minore o, il che è lo stesso, l'importo accertato viene ridefinito in sede di accertamento con adesione, mediazione, giudizio, conciliazione giudiziale o condono, l'importo dell'ingiusto profitto non può che essere la differenza tra il tributo dovuto al termine del procedimento e quello effettivamente pagato.

Ciò posto, non può che valutarsi criticamente, se inteso in senso letterale, l'orientamento espresso talvolta dalla giurisprudenza. Essa ha affermato che il giudice penale non sarebbe vincolato dalle vicende della pretesa tributaria in sede fiscale, amministrativa o contenziosa⁴².

Intesa alla lettera e portata all'estremo, tale affermazione condurrebbe a ritenere sempre configurabile una evasione fiscale (in tutto o in parte) negata in sede amministrativa. Ove ciò dipenda da norme di agevolazione o di condono, per vero, ciò appare precluso, per il fatto che le norme che prevedono tali istituti comportano, quantomeno, il riconoscimento, legale, del fatto che il vantaggio del contribuente non è ingiusto. Per quanto moralmente odiose le leggi di condono rimuovono, per legge, quantomeno le stimmate di ingiustizia del risparmio fiscale. Non si vede come contemporaneamente l'imposta condonata potrebbe non essere dovuta, per volontà di legge e il fatto di non pagarla un profitto ingiusto, addirittura in sede penale. Opinare in tal senso significherebbe far prevalere una (condivisibile) opzione morale sul comando legislativo.

Più delicata la questione rispetto agli istituti che comportino la definizione concordata della pretesa (adesione, mediazione, conciliazione).⁴³ In proposito va rilevato che la giurisprudenza sopra citata muove da una premessa a nostro avviso inesatta: la negoziabilità della pretesa tributaria. In tali casi *non vi è alcuna rinuncia negoziale alla pretesa* (che sarebbe inammissibile, attesa l'indisponibilità amministrativa del credito tributario), ma, su di un altro piano, il riconoscimento della "non accertabilità" del fondamento della pretesa. L'Agenzia può aderire, mediare o conciliare nella misura in cui la pretesa tributaria non paia certa. Se così è,

⁴⁰ Cass. pen., Sez. III, 22 marzo 2012, n. 11147.

⁴¹ Conformente, Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2015, n. 44644, esclude il sequestro di un profitto solo "potenziale".

⁴² Cass. pen., Sez. III, 2 dicembre 2011, n. 5640.

⁴³ Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2013, n. 1256.

in effetti, il problema non concerne la *ingiustizia* del profitto, ma la *prova* della sua sussistenza. E, se il giudice penale non è vincolato, come non è, agli esiti del procedimento (o processo) tributario, è, in effetti, possibile che l'accertamento, in fatto e in diritto, diverga, e, quindi, che una pretesa che è risultata insussistente in sede tributaria, alla luce dei diversi elementi emersi in sede penale o di una loro valutazione più puntuale e approfondita, appaia invece sussistente.

Certo per addivenire a questo risultato è necessario che il giudice penale dia espresso e dettagliato conto, non solo dei motivi del suo convincimento, come in ogni caso, ma anche delle ragioni per cui è da ritenersi superabile e non condivisibile la determinazione raggiunta in sede tributaria. Poiché tale determinazione proviene dalla Amministrazione dello Stato preposta a tale accertamento, sulla base del preciso, puntuale e tecnicamente adeguato esame delle circostanze di fatto e di diritto, è da ritenere che tale *overruling*, certamente possibile, sia sostanzialmente l'eccezione e non la regola e da motivarsi con circostanze specifiche (la valorizzazione di elementi non acquisiti o acquisibili in sede tributaria o la loro valutazione più approfondita alla luce del quadro istruttorio complessivo).

Nel caso, poi, di provvedimento di *sequestro*, visto che la valutazione del provvedimento cautelare è, per definizione, fondata su una delibazione superficiale, le possibilità di una valutazione difforme da quella, definitiva o comunque esecutiva, raggiunta in sede tributaria appaiono restringersi ancora di più. Appare improbabile che una delibazione incidentale e urgente del giudice penale (autorità a competenza generale) possa superare quella, approfondita e specialistica della Agenzia delle Entrate (autorità a competenza speciale), salva l'ipotesi di emergenza di fatti nuovi e diversi (non conosciuti in sede di accertamento tributario).⁴⁴

Ne consegue che un provvedimento ablatorio difforme dall'accertamento tributario, formulato in via autoritativa o in esito a definizioni concordate, è da ritenersi, di fatto, eccezionale e subordinato a un obbligo di motivazione specifico e puntuale anche con riferimento alle ragioni di non condivisione delle definizioni tributarie.

Problema particolare, infine, è la determinazione del profitto del reato rispetto a fattispecie criminose elemento costitutivo delle quali sia non la conseguita evasione, ma esclusivamente una situazione di pericolo. Anche in questo caso, la risposta è agevole e piana: l'importo confiscabile è quello del tributo concretamente evaso grazie alla condotta. Un interrogativo del genere si è, ad esempio, posto quanto al delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, di cui all'art. 11 D.lgs. 74/2000, consistente in condotte tali da rendere meno agevole la riscossione del tributo (ad esempio allontanando dal patrimonio del reo beni che potrebbero costituire la garanzia patrimoniale del debito verso lo Stato per il tributo). Non pare dubbio, innanzitutto, che un profitto vi sia se e solo nella misura in cui il tributo dovuto non sia versato. Ciò posto, ci si può interrogare se all'intera imposta evasa debba farsi riferimento anche quando i beni oggetto di sottrazione alla esecuzione abbiano importo minore. In effetti, in questo caso, dal delitto deriva la mancata riscossione del solo valore dei beni sottratti od occultati: per l'eventuale differenza il contribuente sarebbe stato comunque insolubile e tale somma non parrebbe, propriamente, un profitto del reato. La giurisprudenza si è pronunciata sul punto con un orientamento che, alla lettera, pare più severo (e tale da ricondurre al sequestro e alla confisca tutto l'importo evaso).⁴⁵

⁴⁴ Ispirata ad apparente maggiore rigore appare la sentenza Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2015, n. 44644, che ritiene inadeguatamente motivato un provvedimento reiettivo di una richiesta di sequestro che faccia mero rinvio a una sentenza, non definitiva del giudice tributario. A ben vedere, la decisione potrebbe essere consonante con quanto espresso nel testo. In effetti, il richiamo alla sentenza tributaria potrebbe essere adeguato, se nella richiesta del P.M. non fossero stati allegati elementi diversi o di diversa valutazione, ma esso dovrebbe essere insufficiente, nell'ipotesi opposta, avendo il giudice il dovere di motivare sulla insussistenza di ragioni per discostarsi dalla decisione tributaria.

⁴⁵ Cass. pen., SS.UU., 31 gennaio 2013, n. 18374, nella parte finale della motivazione osserva che se l'evasione vi è stata, il pericolo si è tradotto in danno effettivo ed effettivo profitto, ma non affronta il problema correlato all'ipotesi particolare in cui i beni distolti dalla esecuzione fossero di valore inferiore all'imposta evasa. In questo caso la condotta punibile non avrebbe prodotto l'intero danno (e profitto).

6.

Il tardivo adempimento, le garanzie, l'effetto ostativo dell'"impegno alla restituzione" e la rilevanza della prescrizione del reato.

Specificati, nel paragrafo precedente, i criteri per individuare il valore di riferimento per la confisca del profitto del reato tributario nella imposta evasa e le regole da adottare per stabilire quale sia tale importo, resta da affrontare un problema correlato, ma diverso.

Tale problema corrisponde all'interrogativo se, e in che misura, determinati eventi, quali pagamenti o simili, possano mutare l'entità suscettibile di confisca. Anzi, a ben vedere, tale serie di quesiti assume una duplice rilevanza nel procedimento penale: poiché il sequestro è finalizzato alla confisca, cui è strumentale, e non può pertanto concernere importi che non sarebbero confiscabili al termine del giudizio, ove sia intervenuto un sequestro cautelare si tratterà di verificare se e quali vicende del debito tributario, tali da ridurre l'ammontare confiscabile, possano già determinare l'obbligo di un adeguamento (o revoca) della misura cautelare.

Questo aspetto è quello più frequentemente trattato dalla giurisprudenza, per il fatto che la più gran parte delle vicende giudiziali origina da provvedimenti cautelari.

Si tratta di una galassia di problemi che concernono le varie ipotesi di "sanatoria" (in senso generale e atecnico) della pretesa tributaria.

Intanto va considerata la ipotesi del versamento tardivo dell'imposta. Esso esclude la punibilità, con riferimento ai reati di cui agli articoli 10-bis, 10-ter e 10-quater, comma 1, del D. Lgs. 74/00, *se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso* (art. 13, comma 1, D. Lgs. 74/2000⁴⁶). Esso inoltre esclude la punibilità dei reati di cui agli articoli 4 e 5 del D. Lgs. 74/00 *se i debiti tributari, comprese sanzioni e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali* (art. 13, comma 2, D. Lgs. 74/2000⁴⁷). Infine, il versamento tardivo dell'imposta attenua la pena e rende inapplicabili le pene accessorie indicate nell'articolo 12 del D. Lgs. 74/00 *se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie* (art. 13 bis, D. Lgs. 74/2000⁴⁸).

Tanto detto quanto agli effetti sulla pena, vanno verificati gli effetti sui provvedimenti ablatori. In giurisprudenza si è finora ritenuto che, con il versamento dell'imposta evasa, verrebbe meno la funzione sanzionatoria della confisca e, pertanto, i beni andrebbero dissequestrati e la confisca resterebbe preclusa: se così non fosse si assisterebbe ad una inammissibile duplicazione sanzionatoria e ad un ingiustificato ricorso alla misura affittiva, che renderebbe la disciplina incostituzionale, in quanto l'indagato, oltre ad aver adempiuto al suo debito verso l'amministrazione finanziaria, si vedrebbe privato, all'esito dell'accertamento della responsabilità penale, anche dei beni equivalenti per valore al profitto del reato, ormai dismesso con il versamento dell'imposta evasa.⁴⁹ A ben vedere, ferma restando la condivisibilità della soluzione, presta il fianco a critiche la argomentazione. La duplicazione è inammissibile non tanto nell'ottica sanzionatoria, ma in quella preventiva: se il reo non conserva il vantaggio conseguente al reato, egli continua a dover essere punito, ma non c'è più bisogno di sottrargli i profitti per evitare che delinquere sia vantaggioso.

Quanto precede vale per l'integrale pagamento, e non, secondo il diritto vigente fino al 2015, per l'eventuale accordo concluso con l'Amministrazione finanziaria in ordine al ver-

⁴⁶ Come sostituito dall'art. 11, comma 1, D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

⁴⁷ Come sostituito dall'art. 11, comma 1, D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

⁴⁸ Come sostituito dall'art. 12, D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. III, 1 dicembre 2010, n. 10120/2011.

samento rateale dell'imposta evasa: esso non prevede l'estinzione dell'obbligazione tributaria, non comporta il pagamento in un'unica soluzione e potrebbe non essere puntualmente adempiuto alle singole scadenze, con l'ulteriore effetto di poter produrre anche una ulteriore lievitazione del debito fiscale (per interessi).⁵⁰

Il pagamento parziale (rateale o meno), coerentemente, fa venir meno in ugual misura la configurabilità della confisca e il contribuente può ottenerne una corrispondente riduzione.⁵¹

Ipotesi ancora diversa è quella di intervenuta sospensione della esecutorietà della pretesa tributaria da parte del giudice tributario. Il fatto che ciò non comporti l'estinzione del debito (e che comunque neppure il giudicato tributario vincolerebbe il giudice penale) induce la giurisprudenza a negare che debba conseguirne il dissequestro.⁵² Tale orientamento appare condivisibile se esclude che alla sospensione (o anche all'accoglimento delle ragioni del contribuente in sede di giudizio tributario di merito) consegua di diritto il dissequestro, ma non se inteso affermare che tali vicende tributarie siano irrilevanti. Una pronuncia del giudice tributario sul merito della pretesa fiscale è idonea a incidere sul *fumus* di sussistenza del delitto (in sede cautelare) o sull'accertamento del reato: il giudice penale potrebbe valutare diversamente le circostanze, ma sembra doverosa una specifica motivazione sul punto.

Ulteriore profilo è se determini il venir meno dell'oggetto della confisca la costituzione di una *garanzia*. La giurisprudenza lo ha escluso per le fidejussioni, osservando che il reo continua, nelle more, a fruire del vantaggio derivante dal reato, per lo spostamento del vincolo sul denaro del garante.⁵³ Inoltre, verrebbe a sostituirsi, quale oggetto della futura confisca, a un bene certo di pertinenza del condannato e di immediata escussione, una semplice garanzia personale di pagamento, non ancora costituita, da parte di un terzo e, quindi, non immediatamente convertibile in un bene di valore corrispondente al profitto del reato.⁵⁴ Quest'ultimo profilo sarebbe superato nel caso, improbabile, di costituzione di una garanzia reale.

In questo quadro il legislatore del 2015 ha inserito una prescrizione innovativa, il secondo comma dell'art. 12 *bis* del d. lgs. n. 74 del 2000, il quale prevede che la confisca, di cui al primo comma, "non opera" per la parte che il contribuente "si impegna a versare" all'erario anche in presenza di sequestro, e precisa che, in caso di mancato versamento, la confisca è sempre disposta.⁵⁵

Tale disposizione fa prevalere le pretese dell'Erario su quelle ablatorie statuali, in modo non dissimile da quanto previsto all'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001 (che esclude la confisca all'ente "per la parte che può essere restituita al danneggiato").

La formulazione della norma determina non poche incertezze applicative.

Come autorevolmente rilevato, "se – da un lato – può apparire ragionevole non assoggettare a sequestro chi dimostri la concreta possibilità e intenzione di restituire all'Erario l'imposta evasa, così che possa godere degli istituti premiali che la stessa riforma introduce e che, altrimenti, rischierebbe di vedersi ingiustamente preclusi; per altro verso, sembra irragionevole permettere al condannato di evitare la confisca semplicemente "impegnandosi a versare all'Erario" ciò che, fino a quel momento, non ha mai versato e che presumibilmente non verserà certo dopo la pronuncia della sentenza. In relazione alla confisca giunta a valle della condanna, quindi, sarebbe stato preferibile che la norma si esprimesse in termini di "parte che è già stata restituita", così da godere di maggiore precisione e da recepire l'approdo giurisprudenziale secondo cui la restituzione all'erario del profitto del reato fa venir meno lo scopo perseguito con la confisca"⁵⁶.

La norma non chiarisce in cosa debba consistere "l'impegno". Escluso che esso possa essere inteso come "sforzo" e che prevalga l'accezione giuridica di "assunzione di obbligo", è dubbio: a) se esso debba essere stato formalizzato in modo solenne nei confronti dell'Amministrazione Finanziaria; b) se esso debba rivestire le forme di un accordo o possa anche essere un

⁵⁰ Cass. pen., Sez. III, 4 luglio 2012, n. 11836.

⁵¹ Cass. pen., Sez. III, 19 giugno 2012, n. 33587.

⁵² Cass. pen., Sez. III, 17 gennaio 2013, n. 9578.

⁵³ Cass. pen., Sez. III, 19 giugno 2012, n. 33587.

⁵⁴ Cass. pen., Sez. VI, 1 luglio 2009, n. 36095.

⁵⁵ In tema, FINOCCHIARO, *L'impegno a pagare il debito tributario e i suoi effetti su confisca e sequestro*, in *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2015.

⁵⁶ FINOCCHIARO, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d. lgs. 158/2015*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2015. (V. Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30140; cfr. Cass. pen., sez. III, 1 dicembre 2010, n. 10120)

impegno unilaterale⁵⁷; c) se possa valere l'impegno di un terzo; d) entro che termini vada adempiuto e quali le conseguenze del suo inadempimento; e) quali possano essere le modalità procedurali.

In proposito, nell'assenza di norme espresse, non sembra potersi prescindere, in ogni caso, da requisiti di serietà, precisione e completezza dell'impegno, di tal che, indipendentemente dalla *forma* (atto pubblico, scrittura privata, dichiarazione verbalizzata davanti al pubblico ufficiale) il primo dato essenziale deve essere la chiara e inequivoca manifestazione della volontà di adempiere integralmente al debito, nel senso sopra delineato (l'importo confiscabile).

Più delicato il problema della necessità di assenso della Amministrazione Finanziaria. In effetti, sul piano pratico, l'approvazione (se non il consenso) dell'Erario può notevolmente agevolare l'opera di valutazione della completezza e satisfattività dell'impegno. Non sembra tuttavia che tale approvazione sia necessaria, sia per ragioni formali che sostanziali. Sotto il primo aspetto, si tratta di condizione non prescritta dalla legge. Sotto il secondo aspetto, essa apparirebbe distonica con la riconosciuta (e doverosa!) autonomia di apprezzamento della Autorità Giudiziaria, che non è, non può e non deve essere vincolata alle valutazioni amministrative (coerentemente con quanto espresso sopra, a proposito della interferenza tra procedimenti tributari e penali).

Quanto alla efficacia dell'impegno del terzo, va formulata una prima precisazione. Poiché si tratta del pagamento di una imposta, la norma fa riferimento, come soggetto obbligato, al contribuente. Ebbene, non è affatto detto che contribuente e imputato siano la stessa persona. Normalmente non è così nel caso di reati commessi nell'interesse di società ed enti. Per vero non sembrano esservi ostacoli a ritenere che configuri la fattispecie prevista dalla norma sia l'impegno al pagamento dell'ente (che formalmente non è neppure un terzo rispetto al profitto), sia quello dell'imputato (che è il protagonista della condotta punibile ma formalmente un terzo rispetto al profitto).

Questione diversa concerne la efficacia dell'impegno da parte di *altri terzi* (*idest*, soggetti diversi dall'imputato e dal soggetto nel cui interesse l'evasione è stata posta in essere). In proposito, osservato che, in un'ottica di mero gettito, in vista del conseguimento dell'importo dovuto, l'impegno del terzo dovrebbe essere ritenuto equivalente. Trattandosi della attuazione di una finalità preventiva, tuttavia, pare più coerente che la soluzione sia parallela a quella che si ritiene di dare alla efficacia estintiva del pagamento del terzo. Negli stessi limiti in cui l'adempimento del terzo esclude la confisca dovrebbe escluderla il suo impegno.⁵⁸

Sul piano procedimentale, ci si potrebbe domandare se, per evitare l'effetto elusivo di un inadempimento dell'impegno, in presenza di esso, la confisca non possa essere disposta, salvo l'inadempimento, cui potrebbe conseguire la sua applicazione successiva (con ovvi problemi quando l'inadempimento sia successivo alla definitività della sentenza che ha omesso di pronunciare la confisca⁵⁹), ovvero possa essere disposta fin dall'inizio, sotto condizione dell'ina-

⁵⁷ In questo senso, G. AMATO, *Riforma dei reati tributari: le note di indirizzo della Procura di Trento*, in *Dir. pen. cont.* 14 ottobre 2015. *Contra*: DELSIGNORE S., *Commento all'art. 12-bis*, in NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Giappichelli, Torino, 2015, 320.

⁵⁸ Per connessione al tema, deve essere segnalata anche Cass. pen., Sez. III, 8 gennaio 2014, n. 6635, Rv. 258903, secondo cui il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente del profitto corrispondente all'imposta evasa non può essere mantenuto qualora, a seguito di procedura coattiva di pignoramento presso terzi, intrapresa dall'agente della riscossione ex art. 72-bis del d.P.R. n. 602 del 1973, il debito di imposta sia stato integralmente adempiuto dal terzo debitore in luogo del contribuente effettivamente obbligato verso l'Amministrazione finanziaria, posto che, per effetto di questa operazione solutoria, non residua all'indagato alcun indebito arricchimento o vantaggio economico conseguito dall'azione delittuosa. È appena il caso di notare, tuttavia, che il pignoramento presso terzi, è pur sempre un adempimento del debitore (avente ad oggetto suoi crediti verso il terzo), e non l'adempimento a carico del terzo.

⁵⁹ Pare ovviamente da escludere che, dopo la definitività, possa procedersi alla confisca da parte del PM, quando questa non sia stata ordinata dal giudice. Altra questione è se la confisca, non ordinata dal giudice della cognizione, possa essere ordinata dal giudice della esecuzione, a norma dell'art. 676 c.p.p. Se tale disposizione viene intesa come tale da comprendere non solo i provvedimenti conseguenti alla confisca già disposta, ma anche la possibilità di disporla *ex novo* (in termini, Cass. pen., Sez. Un., 30 maggio 2001, n. 29022, Derouach, in Cass. pen., 2001, 3385), il procedimento corretto appare la richiesta del PM. Ai sensi dell'art. 665 c.p.p. è infatti esclusa la attivazione d'ufficio, o su segnalazione di altre autorità (per esempio, l'Agenzia delle Entrate). *Contra*, FINOCCHIARO *op. loc. ult. cit.* che ipotizza una attivazione su segnalazione diretta dell'Amministrazione Finanziaria. Qualche perplessità ulteriore genera, in questa prospettiva, l'applicazione del rito di cui all'art. 667, comma 4, c.p.p. Che un provvedimento della rilevanza della confisca possa essere disposto, sia pure in una prima fase, senza formalità e senza contraddittorio, rinviati a una successiva fase instaurata dalla opposizione dell'interessato, appare potenzialmente sproporzionato. In ordine alla spettanza al giudice della esecuzione di procedere *ex novo* a disporre la confisca merita di essere osservato che tale provvedimento implica degli accertamenti di fatto (l'inadempimento), che è dubbio corrispondano al tipo di cognizione tipica di tale giudice (che di regola si deve limitare a prendere atto di circostanze emergenti dalla sentenza esecutiva, da altre sentenze successive o da provvedimenti legislativi sopravvenuti).

dempimento.

Nonostante la parte finale della disposizione precisi che, in caso di mancato versamento, “la confisca è sempre disposta”, e lasci in tal modo sullo sfondo l’opzione interpretativa secondo cui solo il mancato versamento consentirebbe la adozione della confisca, una opzione interpretativa differente sembra effettivamente ipotizzabile.

L’uso del termine “opera” utilizzato nella prima parte della norma sembrerebbe interpretabile nel senso di ritenere che l’impegno osti alla *esecuzione* della confisca, ma non che questa non possa essere *ordinata*: in questa prospettiva vi sarebbe un ordine eseguibile solo in un momento successivo, cioè in caso di mancato adempimento dell’impegno assunto⁶⁰.

In tale contesto è auspicabile il coordinamento tra amministrazione finanziaria e Autorità giudiziaria finalizzata ad informare quest’ultima della esecuzione del programma obbligatorio e, soprattutto, dell’intervenuto inadempimento dell’obbligo restitutorio.

Dubbia la sorte del provvedimento di sequestro preventivo, nel caso di impegno. La norma prevede che l’impegno può essere ostativo alla confisca anche se il sequestro è stato disposto. Alla lettera, ciò non significa che l’impegno sia incompatibile con il mantenimento del sequestro (la confisca non è esclusa in assoluto, ma solo non eseguibile)⁶¹. Per altro verso, ai sensi dell’art. 323, comma 3. c.p.p., il sequestro dovrebbe perdere efficacia se non è disposta la confisca cui esso è finalizzato. Esso, in effetti, nel caso di assunzione dell’impegno dovrebbe conservarsi più per una finalità *conservativa* (assicurare l’adempimento) che non *preventiva*, ma non è agevole ipotizzare tale *transustanziazione* della natura del sequestro, *in executivis*. Le soluzioni possibili sono: o ritenere che la confisca possa essere ordinata anche in caso di impegno, sia pure sotto condizione, ovvero ritenere che l’art. 323 comma 3 c.p.p. non sia qui applicabile, ma solo nel caso in cui la confisca è stata definitivamente non disposta (nel caso di impegno invece essa potrebbe legislativamente essere ancora disposta).

Da altro punto di vista, potrebbe valutarsi se l’impegno riduca il pericolo che è alla base del sequestro. Appare certamente ammissibile la richiesta di destinazione dei valori sequestrati all’adempimento dell’impegno, con modalità da adattare alla tipologia di beni oggetto della cautela.

Non è chiaro ancora quale sia il termine ultimo entro il quale l’impegno a versare il profitto possa intervenire e, in particolare, se possa essere concordato con l’amministrazione finanziaria anche successivamente alla sopravvenuta irrevocabilità della sentenza di condanna o di applicazione di pena ex art. 444 cod. proc. pen.

A prima vista, esso parrebbe dover essere inquadrato nell’ultimo momento anteriore alla definitività della pronuncia che dispone la confisca.

È tuttavia possibile una lettura ulteriore, che procrastini il termine alla esecuzione della confisca. In questa prospettiva, l’interessato si troverebbe a beneficiare, dopo la sopravvenuta irrevocabilità della sentenza, di un ulteriore periodo di tempo, quello intercorrente fra la costituzione dell’impegno a restituire e l’effettiva restituzione del profitto, in cui gli effetti della definitiva confisca sarebbero provvisori.⁶²

Si è ritenuto nel passato che elida il sequestro e paralizzi la confisca l’intervenuta *prescrizione del reato*, ritenendo indispensabile che sia preceduta da una pronuncia di condanna e dall’accertamento della responsabilità dell’autore del reato.⁶³ Anche questa soluzione prestava il fianco a critica: se la *ratio* della confisca è elidere la fruttuosità del reato, essa conserva la sua ragion d’essere anche se la pena non può più essere applicata e, d’altra parte, l’accertamento della sussistenza del reato potrebbe comunque pur sempre effettuarsi ai fini della pronuncia ablativa. In una fattispecie differente, ma simile, partendo dalla premessa della natura sanzionatoria della confisca, si è affrontato il problema della legittimità delle confische degli

⁶⁰ *Relazione dell’Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione sulla riforma dei reati tributari*, in questa rivista, 6 novembre 2015, p. 42; nonché DELSIGNORE S., *Commento all’art. 12-bis*, in NOCERINO C., PUTINATI S. (a cura di), cit., p. 317.

⁶¹ Sarebbe invece ovviamente ostativo con il sequestro l’intervenuto pagamento, che elide il presupposto del provvedimento ablatorio.

⁶² In termini, *Nota in data 8 ottobre 2015 del Procuratore della Repubblica di Trento* (Dott. G. AMATO), in *Dir. pen. cont.*, 15 ottobre 2015. *Contra*, FINOCCHIARO, *op. loc. ult. cit.* per il motivo della suscettibilità di tale interpretazione di essere l’occasione per abusi del contribuente, che potrebbe maliziosamente procrastinare *sine die* l’esecuzione della confisca con una sequenza di impegni non seri. Per vero tale rischio, da un lato, non dipende dal momento dell’impegno, ma dalla sua serietà, dall’altro, l’inconveniente ben potrebbe essere corretto richiedendo una valutazione molto rigorosa della serietà dell’impegno (ad esempio, garanzie). La intangibilità del giudicato, ugualmente, non pare un serio ostacolo, atteso che esso è palesemente tangibile, in tesi, per procedere alla applicazione di una confisca prima non disposta, di tal che ragioni di coerenza sistematica imporrebbero la medesima conclusione-

⁶³ Cass. pen., Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799.

immobili oggetto di lottizzazione abusiva a margine di sentenze che dichiarino la prescrizione del reato. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo⁶⁴ ha ritenuto illegittima tale confisca ove applicata in assenza di accertamento della responsabilità penale: tale tortuoso percorso potrebbe essere agevolmente evitato riconoscendo all'istituto la natura di misura di sicurezza e ammettendosi un accertamento incidentale della sussistenza del reato a tali fini.⁶⁵

L'accertabilità incidentale della sussistenza del delitto, pur in presenza di una prescrizione che paralizzerà l'applicazione della pena, è una linea di tendenza che si sta affermando nella giurisprudenza, e che pare conforme sia a esigenze di prevenzione, sia ai canoni di garanzia dei diritti fondamentali.

7.

Confisca, sequestro e il cortocircuito del concorso di persone nel reato.

Nel caso di reato commesso da una pluralità di indagati sorge il problema dei limiti di assoggettamento di ciascuno alla misura.

La questione, come sempre, si presenta semplice se si procede ordinatamente dall'inquadramento sistematico.

Se, in effetti, la confisca è una sanzione che punisce per il reato, non può esservi dubbio che essa può (e, anzi, deve) essere applicata a tutti i correi. Ciò posto, resta ancora da stabilire se essa vada applicata a tutti in misura pari all'intero profitto del reato, oppure per la sola quota di profitto da ciascun correo realizzata. A ben vedere, in una logica puramente sanzionatoria, sarebbero sostenibili entrambe le soluzioni. La prima corrisponderebbe a una sanzione pecuniaria agganciata al profitto complessivo. La seconda a una sanzione parametrata al profitto individuale.

Se, invece, la ablazione risponde alla *ratio* di elidere la situazione di pericolo che si avrebbe se il reo potesse conservare i vantaggi conseguiti dal reato, oggetto della confisca potrebbe essere solo la quota di profitto da ciascuno conseguita.

La giurisprudenza della Suprema Corte, invece, con riferimento alla responsabilità da reato degli enti – ma il principio ha una validità più generale – ha chiarito che nel caso di illecito plurisoggettivo, una volta perduta l'individualità storica del profitto illecito, la sua confisca e il sequestro preventivo ad essa finalizzato possono interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può comunque eccedere nel “quantum” l'ammontare complessivo dello stesso.⁶⁶

Nell'affermare tale regola la Suprema Corte fa dichiarata applicazione “*del principio solidaristico, che informa la disciplina del concorso di persone nel reato, in ragione del quale è consentita l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente, nonostante le somme illecite siano state incamerate in tutto o in parte agendo sul patrimonio degli altri coindagati.*”

Per vero, questa affermazione si presta ad attenta rimeditazione.

La regola della solidarietà, in effetti, è del tutto incompatibile, in termini di logica giuridica, con la natura, sanzionatorio-punitiva, che la medesima giurisprudenza attribuisce alla confisca. Le sanzioni, è persino banale sottolinearlo, sono applicate in ragione della colpevolezza e va da sé che è incompatibile con tale concetto l'attribuzione a un soggetto della... responsabilità altrui. L'affermazione della applicazione a Tizio di una sanzione attribuibile a Caio in forma di responsabilità solidale non può avere cittadinanza. Né tale soluzione può avere alcuna giustificazione spostandosi nella logica, che preferiamo, preventiva: se si tratta di privare di fruttuosità per Tizio il reato commesso, si tratta di eliminare il suo profitto, decurtare il suo patrimonio per il profitto di Caio non si giustifica. Se poi, si vuol dire che la giustificazione è puramente sanzionatoria e la confisca è una sanzione pecuniaria, non si vede perché dovrebbe

⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ric. n. 17475/09.

⁶⁵ Ipotesi lasciata aperta dalla Corte Costituzionale nella sentenza 239 del 2009 e valorizzata dalla sentenza 49 del 2015 della Corte delle Leggi, ove si riconosce che “*nel nostro ordinamento, l'accertamento ben può essere contenuto in una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato, la quale, pur non avendo condannato l'imputato, abbia comunque adeguatamente motivato in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l'autore del fatto, ovvero il terzo in mala fede acquirente del bene.*”

⁶⁶ *Ex plurimis*: Cass., pen., SS. UU., 2 luglio 2008, n. 26654; Cass. pen., Sez. V, 10 gennaio 2012, n. 13562.

essere applicata una sola volta e a Tizio non potrebbe essere applicata per il fatto che l'ha già subita Caio (nella misura in cui questi la abbia subita).

La regola della solidarietà regge, all'opposto, le obbligazioni risarcitorie dei correi per il danno conseguente al delitto (art. 187 c.p.).

Ancora una volta, quindi, l'unica possibile giustificazione per gli orientamenti predetti sarebbe, in astratto, il riportare la confisca a una finalità risarcitoria (peraltro non predicata all'istituto dall'orientamento prevalente).

Ma, ove si volesse seguire tale via, si riespanderebbero le critiche viste sopra, al § 5, quanto al tema della confiscabilità di interessi e sanzioni: a) il risarcimento del danno si attua attraverso istituti differenti (e alla confisca tale natura non viene attribuita dalla giurisprudenza prevalente⁶⁷); b) il provvedimento di sequestro avrebbe allora una natura conservativa (e sarebbe illegittimamente motivato ove facesse riferimento a un profitto non realizzato dal correo e dovuto solo per ragioni civilistiche); c) la giurisprudenza sopra citata esclude che possa procedersi a sequestro da parte del P.M. a tutela delle ragioni del danneggiato, senza costituzione di parte civile di quest'ultimo.

Sembra particolarmente a rischio lo stesso principio di legalità: né a più tranquillanti conclusioni porterebbe ipotizzare per il correo una posizione assimilabile a quella, prevista dall'art. 196 c.p., del responsabile civile per le sanzioni pecuniarie (da estendersi al profitto lucrato dal correo). A tacer del resto⁶⁸, tale responsabilità sarebbe totalmente priva di base legale.

Non sembra pertanto potersi sfuggire dalla seguente griglia argomentativa: se la confisca è una sanzione, deve subirla per intero ogni correo (nell'importo pari al profitto totale, ovvero nei limiti del profitto di ciascuno, a seconda della entità cui si intenda debba essere parametrata). Se essa è una misura di prevenzione essa non può eccedere, a carico di ogni correo, il profitto individuale. Se l'aggressione del profitto avesse natura civilistica, dovrebbe seguire le regole proprie del risarcimento del danno nel processo penale.

Per la soluzione intermedia ipotizzata dalla giurisprudenza (è possibile la confisca dell'intero a carico di uno solo dei correi, o comunque una confisca ripartita tra i correi ma non in corrispondenza del profitto ricavato da ciascuno⁶⁹) non sembra pertanto esservi un agevole spazio convincente.

Il provvedimento di confisca o quello cautelare di sequestro possono giustificarsi per l'intero profitto a carico di uno dei correi solo allegando ragioni che facciano ritenere che tale profitto è rimasto, magari in attesa di diversa spartizione, nella disponibilità del soggetto che subisce la misura. Tale soluzione appare meno difficoltosamente argomentabile nella fase del sequestro, atteso che la sommarietà del relativo giudizio può giustificare più facilmente tale ipotesi di ricostruzione.

Non vi è tuttavia dubbio che il sequestro perderebbe di giustificazione ove concretamente risultasse che il profitto non è stato interamente appreso dal correo che lo subisce.

8.

La ricerca del nesso di pertinenza al delitto dei beni: verso il tramonto della "prevenzione classica".

Il presupposto e la stessa ragion d'essere della confisca per equivalente risiedono nel fatto che, non essendo possibile reperire nel patrimonio del reo i beni direttamente costituenti prezzo o profitto del reato (o reimpiego di esso), non sia possibile la confisca "ordinaria": la giurisprudenza afferma che tale circostanza autorizza lo spostamento della misura dal bene costituente prezzo o profitto del reato ad altro di valore equivalente ricadente sempre nella libera disponibilità dell'indagato.⁷⁰

Ne consegue che presupposto di legittimità della stessa è la preventiva ricerca, presso l'in-

⁶⁷ Allude, invero, a una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, che sarebbe ancora più evidente con riferimento ai reati previsti dal d.lgs. n. 74 del 2000, assolvendo la confisca per equivalente, direttamente ed in modo evidente, la funzione di ripristino dell'ordine finanziario dello Stato lesa dall'illecito tributario, Cass. pen., Sez. III, 24 settembre 2008, n. 39172. La sentenza, però, conferma la conclusione della natura sanzionatoria dell'istituto.

⁶⁸ Ad esempio, del fatto che l'art. 196 c.p. prevede che la responsabilità scatti in caso di insolubilità dell'obbligato principale.

⁶⁹ Ad es. Cass. pen., Sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21222.

⁷⁰ Cass. pen., Sez. V, 3 luglio 2002, n. 32797.

dagato o il reo, dei beni pertinenti al delitto.

Tale problema risulta di importanza pratica grandemente ridotta per effetto della giurisprudenza sopra citata che riconosce natura di confisca diretta alla confisca di somme di denaro: se la confisca di profitto in denaro colpisce somme di denaro tale accertamento non è necessario.

Ciò induce a domandarsi, nei residui casi, quale sia la sorte di un provvedimento che disponga il sequestro o la confisca ma non sia stato preceduto da tale ricerca. Ovvero che non dia atto di tale adempimento.

Indubbiamente sussiste una deviazione rispetto al modello legale ed essa non ha un carattere meramente formale: nel modello legale si può aggredire il valore solo dopo l'esito negativo della ricerca dei beni provento. Per altro verso, viene da domandarsi se il soggetto che subisce il provvedimento abbia, in effetti, un interesse al rispetto di tale paradigma. La risposta pare dover essere positiva, considerato che la confisca per equivalente ha una maggiore incisività nella sfera patrimoniale dell'interessato: implica che l'ablazione, a parità di valore, aggredisce beni estranei al reato.⁷¹

Quanto ai delitti tributari, quantomeno quelli comportanti un mancato pagamento, alla luce della giurisprudenza ora superata (perché la confisca di denaro è sempre diretta), doveva rilevarsi che la individuazione dei beni-provento risulta di norma (salva l'ipotesi di materiali accantonamenti) preclusa: se il vantaggio è un risparmio, non entra alcun bene nuovo nel patrimonio del reo (ma si evita che il relativo patrimonio si impoverisca): la non reperibilità dei beni costituenti profitto del reato costituisce, allora, la norma per tali delitti, per il semplice fatto che tali beni non esistono, attesa la struttura del fatto. Ne consegue che le indagini volte al reperimento dei beni pertinenti apparivano comunque in questi casi semplificate, se non inconfigurabili, e ridotta o azzerata la possibilità di avanzare la relativa difesa da parte del reo. Tali considerazioni non valevano, invece, per i reati comportanti ad esempio un indebito rimborso.

Da quanto precede consegue, comunque, che non è ostativa a sequestro e confisca la circostanza che i beni siano stati, oltre che occultati, alienati o consumati.⁷²

Resta da interrogarsi se a diverse conclusioni dovrebbe invece condurre la prova del fatto che il profitto sia stato perduto, ancora una volta la conclusione dipende dalla *ratio* dell'istituto: se essa è sanzionatoria (o fosse risarcitoria) la circostanza dovrebbe comunque essere irrilevante. Se invece si tratta di istituto con finalità preventive, in caso di perdita del profitto, esso non dovrebbe più trovare applicazione.

9.

Il limite liquido della disponibilità dei beni.

La misura in esame può essere imposta, per un valore corrispondente al prezzo o al profitto del reato, sui beni di cui l'indagato abbia la disponibilità e, quindi, non solo sul denaro o sui cespiti di cui il soggetto sia formalmente titolare, ma anche su quelli rispetto ai quali egli possa vantare una disponibilità informale ma diretta ed oggettiva.

Ai sensi dell'art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000, esclude la confisca la sola appartenenza dei beni a terzi estranei al reato. La confisca è pertanto sicuramente ammessa se il bene pertiene a un correo ma anche, insegna la giurisprudenza, se il bene appartiene a un soggetto che partecipi alla utilizzazione dei profitti derivati.⁷³

La definizione di disponibilità dell'indagato, al pari della nozione civilistica del possesso, è riferibile a tutte quelle situazioni nelle quali i beni ricadano nella sfera degli interessi economici del reo, ancorché il potere dispositivo su di essi venga esercitato per il tramite di terzi.⁷⁴ Rientra sicuramente in tale ambito l'ipotesi della interposizione fittizia, situazione nella quale

⁷¹ Cass. pen., SS.UU., 31 gennaio 2013, n. 18374, pare allineata all'orientamento di cui al testo, espressamente formulato dalla successiva Cass. pen., SS.UU., 30 gennaio 2014, n. 10561, ove si rileva peraltro che la ricerca dei beni provento è doverosa solo nei limiti proporzionati alla fase cautelare, con le cui esigenze di speditezza e segretezza è incompatibile una indagine approfondita. Si precisa altresì che è preclusa la confisca per equivalente presso l'amministratore se i beni provento sono reperiti presso la società.

⁷² Cass. pen., Sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051.

⁷³ Cass. pen., SS.UU., 24 maggio 2004, n. 29951; Cass. pen., Sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, entrambe quanto alla figura della curatela del fallimento.

⁷⁴ Così Cass. pen., Sez. III, 8 marzo 2012, n. 15210.

il bene è solo apparentemente e simulatamente attribuito alla disponibilità giuridica del terzo.

Nella casistica, si è così ritenuta non ostativa la cointestazione con il terzo del conto corrente in cui sia depositato del denaro.⁷⁵ E neppure l'inclusione dei beni nel fondo patrimoniale familiare, in forza del principio per cui i vincoli di destinazione imposti o riconosciuti dalla legge civile per certi beni non priverebbero comunque il reo della disponibilità rilevante per giustificare la confisca, perché i limiti civilistici concernono la responsabilità patrimoniale e non sono estensibili a istituti che, come il sequestro e la confisca, realizzano altre finalità (sanzionatorie o preventive).⁷⁶ Non osta alla confisca neppure l'intestazione di un bene in proprietà tra l'indagato ed un terzo estraneo.⁷⁷

In questi, come negli altri casi in cui si tratti di confiscare beni che formalmente non risultano nella titolarità del soggetto inciso, è necessario che venga puntualmente provato che l'intestazione è apparente o che il bene da confiscare è, comunque, nella piena e sostanziale disponibilità del soggetto. Così, nel caso di conto cointestato, ci si può domandare se possa bastare a configurare la disponibilità la circostanza che, per effetto della cointestazione (a c.d. firma disgiunta) il soggetto possa disporre, di fatto, dell'intero importo o non sia invece necessario dimostrare che, nella sostanza, tra i soggetti vige un accordo in forza del quale la somma pertiene per intero a uno solo degli intestatari. La giurisprudenza è orientata per la soluzione più severa e reputa irrilevante l'assetto civilistico dei rapporti.⁷⁸

10. Delitti dei rappresentanti e profitto dell'ente: l'"ultimo" miglio verso la efficacia della prevenzione.

L'art. 19 del D.lgs. n. 231/2001 prevede la confisca, anche per equivalente, come una delle sanzioni principali applicabili alla persona giuridica che sia ritenuta responsabile per uno dei reati presupposto, inseriti nel catalogo degli illeciti penali espressamente previsti dalla normativa che disciplina la responsabilità amministrativa dell'ente (artt. 24 e ss. D.lgs. n. 231/2001).

Nella materia del diritto penale tributario la possibilità di applicare direttamente la misura ablatoria è impedita dalla mancata inclusione dei reati fiscali previsti dal D.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 nell'elenco degli illeciti penali richiamati dagli artt. 24 e seguenti del D.lgs. n. 231 del 2001.⁷⁹

Si pone il problema se, indipendentemente dalla configurabilità della responsabilità dell'ente per il delitto, tale confisca sia possibile ai sensi della disciplina ordinaria fin qui considerata.

La questione è stata oggetto di un lungo dibattito dottrinale giurisprudenziale, tuttora in corso.

Esso ha ricevuto una autorevolissima e nota prima soluzione da parte delle Sezioni Unite della Suprema Corte, la quale ha ribadito, innanzitutto, che la società non può considerarsi concorrente nel reato e, secondariamente, che la possibilità per gli amministratori *rei* di disporre, in ragione del loro ufficio, dei beni della società non ne consente la confisca, poiché non si tratta di "possesso" da parte degli amministratori ma di detenzione nell'interesse della società. Caso diverso è invece quello in cui la società sia un mero schermo fittizio, destinato ad occultare la disponibilità, nell'interesse proprio, dei beni sociali da parte degli amministratori. In questa particolare ipotesi, sequestro e confisca sono consentiti, difatti il bene è nella disponibilità del reo (e non della società). Fuori da questa ipotesi, il sequestro e confisca di beni nella disponibilità della società sono consentiti se per i pertinenti al reato, direttamente o come dimostrato frutto di reimpiego, atteso che tali beni sono confiscabili anche presso terzi. È invece esclusa la confisca per equivalente, che non può trovare base legale, ancorché tale lacuna normativa appaia irrazionale e ingiustificabile e sia auspicabile, conclude la Corte,

⁷⁵ Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 2011, n. 45353.

⁷⁶ Cass. pen., Sez. III, 19 settembre 2012, n. 40364, ove si rileva che sarebbero anche irrilevanti, oltre che la destinazione al fondo patrimoniale, le disposizioni degli articoli 1881 c.c. (quanto alla impignorabilità in parte delle rendite vitalizie) e 545 c.p.c. sui limiti alla pignorabilità di crediti. Quanto al fondo patrimoniale, la sentenza lascia aperta la porta alla possibile rilevanza della destinazione del fondo all'esclusivo interesse del minore, non ricorrente nel caso concreto esaminato.

⁷⁷ Cass. pen., Sez. III, 27 gennaio 2011, n. 6894.

⁷⁸ Cass. pen., Sez. III, 19 ottobre 2011, n. 45353; Cass. pen., Sez. III, 19 settembre 2012, n. 40364, la quale, nel caso esaminato, reputa irrilevante che sul conto affluissero stipendi di un terzo estraneo al delitto.

⁷⁹ Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2013, n. 1256.

l'intervento del legislatore.⁸⁰

In questa cornice, si inserisce, tuttavia, il rinnovato orientamento giurisprudenziale, di cui sopra si è dato conto⁸¹, che riconosce carattere diretto alla confisca di profitto in denaro, eseguita su somme di denaro.

Poiché, laddove il profitto del reato consista in somme di denaro o in altri beni fungibili, il sequestro preventivo e la confisca assumerebbero sempre la natura di confisca diretta e, di conseguenza, sarebbe senz'altro adottabile anche nei confronti di una società in relazione agli illeciti tributari commessi dalla persona fisica che l'amministra e la dirige, non potendo ritenersi l'ente che si avvantaggia dal reato commesso nel suo interesse una persona estranea all'illecito.

11.

Il sequestro: note critiche sul pericolo di trasandatezza della deliberazione cautelare.

Sul piano cautelare spetta al sequestro preventivo assicurare l'apprensione del bene in funzione della successiva confisca, disposta all'esito del giudizio. Il provvedimento di sequestro preventivo, anche se adottato ai sensi dell'art. 321, comma secondo, c.p.p. deve essere adeguatamente motivato in ordine alla sussistenza del presupposto del "*fumus commissi delicti*".

Valorizzando la natura sanzionatoria della confisca di valore, le decisioni più recenti e avvertite richiedono l'esistenza di un preciso compendio indiziario a carico dell'indagato; tale impostazione sta progressivamente erodendo l'originario orientamento della giurisprudenza, secondo il quale ai fini della misura cautelare reale non sarebbe necessaria la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza ai sensi dell'art. 273 c.p.p.⁸²

Si è così rimarcato che, altresì, rientra tra i doveri del Tribunale del riesame la necessità di esaminare la sussistenza degli elementi indiziari indicativi della concreta sussistenza del "*fumus*" del reato ipotizzato, in tutti i suoi elementi.⁸³ Altre decisioni affermano che il quadro probatorio non deve avere la consistenza dei gravi indizi di colpevolezza richiesta per l'applicazione delle misure cautelari personali, ma non può essere del tutto assente e deve configurarsi quale prospettazione da parte del P.M. dell'esistenza di concreti elementi per riferire il reato alla persona dell'indagato,⁸⁴ ivi compreso l'elemento soggettivo.⁸⁵

Tale linea evolutiva prosegue affermando che, per procedere al sequestro preventivo a fini della confisca del profitto del reato nei confronti di una persona giuridica, in considerazione della natura sanzionatoria, è richiesto un "*fumus delicti* allargato", che finisce per avvicinarsi a – o coincidere sostanzialmente con – l'accertamento della sussistenza di gravi indizi di responsabilità dell'indagato.⁸⁶

Quanto, infine alle fonti di prova, si è ritenuto che le presunzioni legali tributarie (ad esempio la presunzione che assume come voci di evasione i movimenti sui conti correnti bancari, art. 32, comma 1, D.P.R. 600/1973), inefficaci nella dimensione di inversioni dell'onere della prova a carico dell'indagato, potrebbero essere valorizzate, valutate volta a volta, come indizi.⁸⁷

⁸⁰ In effetti, resta da esplorare il quesito se la confisca per equivalente non potrebbe in questi casi avvenire a carico della società ritenendo che essa, in quanto beneficiaria del vantaggio del reato, possa dirsi non estranea al reato, nel senso di colui che non partecipa alla utilizzazione del profitto del reato (Cass. pen., Sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051). Atteso che il profitto è il risparmio e a risparmiare è la società, tale estraneità potrebbe forse escludersi e sequestro e confisca, forse, ammettersi.

⁸¹ In tal senso, Cass. Pen., Sez. Un., 30 gennaio 2014, n. 10651, Gubert.

⁸² L'orientamento tradizionale è ben rappresentato da Cass. pen., SS. UU., 23 febbraio 2000, n. 7 ed è stato ritenuto costituzionalmente legittimo dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 48 del 1994.

⁸³ Cass. pen., Sez. III, 27 gennaio 2011, n. 8982; Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2012, n. 1261.

⁸⁴ Cass. pen., Sez. III, 26 aprile 2012, n. 20294.

⁸⁵ Cass. pen., Sez. III, 11 maggio 2011, n. 23668.

⁸⁶ Cass. pen., Sez. VI, 31 maggio 2012, n. 34505.

⁸⁷ Cass. pen., Sez. III, 23 gennaio 2013, n. 7078.

12.

La attuazione dei provvedimenti ablativi: la determinazione del valore e l'individuazione dei beni da aggredire.

Poiché il sequestro è una misura cautelare finalizzata a garantire la efficacia della confisca, esso deve rispettare i parametri della «adeguatezza e proporzionalità» tra il credito garantito e il patrimonio assoggettato a vincolo cautelare, per cui rientra nei poteri del Tribunale del riesame l'apprezzamento del valore dei beni in rapporto all'importo del credito, che giustifica l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente, al fine di evitare che il provvedimento sia sproporzionato.⁸⁸

Anzi, l'onere di fornire i dati necessari al riscontro del valore incombe al P.M. e la verifica della congruità del valore dei beni sequestrati rientra tra i compiti del giudice nell'applicazione della misura cautelare reale, al fine di scongiurare un'esperata compressione del diritto di proprietà e di libera iniziativa economica privata, non essendo consentito differire l'adempimento estimatorio alla fase esecutiva della confisca,⁸⁹ anche per evitare il pericolo che la stima sia rimessa alla discrezionalità di soggetti non legittimati al di fuori di qualsiasi controllo giurisdizionale: opinare diversamente determinerebbe fondati dubbi di legittimità costituzionale.⁹⁰

Quanto, poi, ai parametri concreti per la determinazione di tale valore, è stato ritenuto legittimo il riferimento alla rendita catastale, tenendo conto che dai dati catastali era (ed è) possibile desumere anche sulla base degli aggiornamenti e dei coefficienti di moltiplicazione, effettuare una valutazione concreta in termini economici.⁹¹ Con orientamento più severo, la giurisprudenza ha in altre occasioni ritenuto *tout court* non arbitrario un sequestro disposto in base ai valori catastali, ritenendo sia onere del soggetto inciso dimostrare l'inadeguatezza di tali valori in sede di procedimento di revoca, impugnazioni, ex artt. 324 e 322 bis c.p.p.⁹² Tale orientamento, attesa la notoria inaffidabilità dei dati catastali, appare discutibile.

Per altro verso, si è escluso che, in sede di riesame del provvedimento cautelare emesso per i reati tributari, il Tribunale sia tenuto ad accertare autonomamente l'imponibile e l'imposta evasa contestata al contribuente, in quanto il giudizio incidentale non prevede l'esercizio di poteri istruttori⁹³. È tuttavia da ritenere doverosa la verifica della congruità della determinazione dell'importo del credito erariale, sulla base delle prove raccolte e offerte (da P.M. e interessato).

Il soggetto inciso dal sequestro che ritenga sussistere sproporzione tra il valore economico dei beni sequestrati e il credito per cui si procede può contestare tale eccedenza al fine di ottenere una riduzione della garanzia, presentando apposita richiesta al P.M., al G.I.P., ovvero appello al Tribunale del riesame.⁹⁴

Quanto alla individuazione dei beni da sottoporre alla misura, interrogativo ricorrente è se il provvedimento cautelare debba indicare, già all'atto della sua emissione, i singoli beni sui quali deve ricadere.

La giurisprudenza ritiene di no, né che dei beni sequestrandi debba essere indicato il valore. Ciò in forza del fatto che il soggetto sarebbe sufficientemente garantito dal fatto che il provvedimento indichi il valore complessivo del credito per cui si procede, quale limite massimo del valore dei beni confiscabili. Il giudice individuerà specificamente le cose da sequestrare solo ove ciò sia possibile, altrimenti l'individuazione spetterà all'organo demandato all'esecuzione del provvedimento, e cioè al P.M. Avverso gli atti di quest'ultimo la parte potrà esercitare tutti i controlli e attivare tutti i meccanismi di tutela previsti dalla legge.⁹⁵

Si può poi formulare l'interrogativo se al soggetto inciso dal provvedimento possa riconoscersi un interesse quanto ai beni da assoggettare alla misura. Una indicazione legislativa in tal senso si ritiene possa derivarsi dalla applicazione analogica dell'art. 517 c.p.c., con la

⁸⁸ Cass. pen., Sez. III, 22 marzo 2012, n. 17465.

⁸⁹ Cass. pen., Sez. III, 7 ottobre 2010, n. 41731.

⁹⁰ Cass. pen., Sez. III, 4 aprile 2012, n. 3260/2013.

⁹¹ Ancora Cass. pen., Sez. III, 4 aprile 2012, n. 3260/2013.

⁹² Cass. pen., Sez. III, 8 febbraio 2012, n. 10438.

⁹³ Cass. pen., Sez. III, 10 novembre 2011, n. 43695.

⁹⁴ Cass. pen., Sez. III, 12 luglio 2012, n. 46726.

⁹⁵ Cass. pen., Sez. III, 25 febbraio 2010, n. 12580; Cass. pen., Sez. III, 10 gennaio 2012, n. 7675.

preferenza per il denaro su altro tipo di bene.⁹⁶ Fuori da questa ipotesi si ritiene che l'autorità giudiziaria potrebbe muoversi libera da vincoli. Tale soluzione presta il fianco a qualche perplessità: a parità di valore (e di realizzazione del credito per cui si procede) il principio di proporzionalità dovrebbe imporre che l'ablazione colpisca i beni la cui apprensione comporta il minor sacrificio per il soggetto inciso.

⁹⁶ Cass. pen., Sez. II, 26 ottobre 2011, n. 41049.

LA LOTTA ALL'EVASIONE FISCALE TRA CONFISCA DI PREVENZIONE E AUTORICICLAGGIO

La confisca dei proventi dell'evasione fiscale o dei redditi leciti non dichiarati fiscalmente?
*Cass. Pen., Sez. Un., 29 maggio 2014 (dep. 29 luglio 2014), n. 33451,
Pres. Santacroce, Rel. Zampetti, Imp. Repaci*

Anna Maria Maugeri

ABSTRACT

L'articolo esamina criticamente la diversa interpretazione adottata dalle Sezioni Unite in relazione alla confisca di prevenzione e alla confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/92, non consentendo solo nel primo caso di tenere conto dei proventi dell'evasione fiscale e dei redditi leciti, ma sottratti al fisco, per calcolare il carattere sproporzionato, rispetto al reddito o all'attività economica, del valore dei profitti da confiscare, finendo per consentire la confisca di beni di origine lecita in contrasto con il principio di legalità e di proporzione; soluzione che recenti progetti di legge vogliono estendere anche alla confisca ex art. 12 *sexies*, in una logica che rischia di essere sproporzionata e complessivamente incoerente in termini di politica criminale, in cui forme di confisca destinate alla lotta alla criminalità organizzata, a partire dalla confisca di prevenzione sono ormai utilizzate come strumenti di lotta all'evasione fiscale e in cui le stesse Sezioni Unite propongono di estendere il ragionamento alla base della confisca della c.d. "impresa mafiosa" all'ipotesi di reinvestimento dei proventi dell'evasione fiscale in un'impresa originariamente lecita. La stessa logica che consentirà di utilizzare la nuova fattispecie di autoriciclaggio, nonostante la problematicità della nozione di profitto risparmio dei delitti tributari, per punire l'investimento dei proventi dell'evasione fiscale ben più gravemente delle stesse fattispecie presupposte.

SOMMARIO

0. Premessa. – 1. La tesi delle Sezioni Unite. – 2. La deducibilità dei redditi sottratti al fisco ai fini della confisca ex art. 12-*sexies*. – 3. L'argomento fondamentale: la differenza di *ratio* tra confisca allargata e la confisca di prevenzione. – 4. L'argomento stringente: la confiscabilità ex art. 2-*ter* del frutto o reimpiego. – 5. L'irrilevanza del condono fiscale. – 6. Ulteriori argomenti: la giurisprudenza della Corte EDU. – 7. La confisca dell'impresa "illecita". – 8. I rapporti con la fattispecie di autoriciclaggio. – 9. Proposta di riforma dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/92. – 10. Conclusioni.

0.

Premessa.

Nella sentenza in commento le Sezioni Unite affrontano la questione posta dalla I sezione della Suprema Corte nell'ordinanza n. 7289 del 2014 e cioè se **“ai fini della confisca di cui all'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965, per individuare il presupposto della sproporzione tra i beni posseduti e le attività economiche del soggetto, titolare diretto o indiretto dei beni, debba tenersi conto o meno dei proventi dell'evasione fiscale”**.

Il contrasto giurisprudenziale che rende opportuno l'intervento delle Sezioni Unite riguarda, in realtà, da una parte la più recente giurisprudenza in relazione alla confisca ex art. 12-sexies d.l. n. 306/1992, recante *“ipotesi particolari di confisca”*, che ha riconosciuto **la rilevanza dei redditi leciti ma non dichiarati fiscalmente per accertare la sproporzione** (a partire dalla sentenza Cass. Pen., Sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29926); dall'altra parte, la giurisprudenza della Suprema Corte in relazione alla confisca misura di prevenzione prevista dall'art. 2-ter l. 575/65, **secondo cui il proposto non può giustificare la legittima provenienza del bene sequestrato allegando redditi da evasione fiscale**.

Rinviando all'esame già svolto in altra sede dell'ordinanza di rimessione e dei due divergenti orientamenti giurisprudenziali alla base del contrasto giurisprudenziale¹, sia consentito concentrarsi sulla soluzione offerta dalle Sezioni Unite alla questione.

Le Sezioni Unite rispondono al quesito affermando che **“ai fini della confisca di cui all'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 (attualmente articolo 24 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159), per individuare il presupposto della sproporzione tra i beni posseduti e le attività economiche del soggetto, deve tenersi conto anche dei proventi dell'evasione fiscale”**; si ritengono confiscabili tali proventi in quanto *“frutto”* o *“reimpiego”*. Per contro si ritiene che ai fini della confisca ex art. 12-sexies d.l. 306/92 si debba tenere conto per calcolare il valore sproporzionato dei beni anche dei redditi leciti sottratti al fisco, soluzione che non può essere adottata anche per la confisca di prevenzione in considerazione della diversa *ratio* delle due misure.

A sostegno di tale soluzione le Sezioni Unite rilevano, innanzitutto, che in relazione alla confisca di prevenzione non sussiste *“un reale contrasto in sede di legittimità”*, in quanto solo in una sentenza la Cassazione si pronuncia in direzione opposta², proprio richiamando la recente elaborazione giurisprudenziale formatasi in tema di confisca ex art. 12-sexies l. 356/92 e in modo acritico, ad avviso delle Sezioni Unite, senza affrontare il problema dell'eventuale equiparabilità dei due tipi di confisca, *“problema invece ben presente, e risolto negativamente, all'univoco indirizzo sopra esposto”*; la stessa ordinanza di rimessione propone la questione di diritto sull'esplicito duplice presupposto che le due forme di confisca in questione presentino la stessa *ratio legis* e che *“i testi legislativi siano del tutto sovrapponibili”*, soluzione, come si esaminerà, assolutamente contraddetta dalle Sezioni Unite.

1.

La tesi delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite ritengono, richiamando la risalente giurisprudenza in materia³, che *«al fine di escludere la sproporzione di cui all'art. 2-ter, non possono essere valutati i proventi conseguiti in violazione degli obblighi fiscali in quanto essi di per sé non sono considerabili “leciti”, derivando “pur sempre da un'attività costituente reato”»*.

Tale assunto in realtà non esplica in maniera chiara se ad avviso delle Sezioni unite nel concetto di *“i proventi conseguiti in violazione degli obblighi fiscali”* rientrano tutti i proventi, derivanti da un'attività economica in sé lecita, ma sottratti al fisco e quindi in questo senso *“conseguiti in violazione degli obblighi fiscali”*, oppure se si fa riferimento esclusivamente ai proventi derivanti *strictu sensu* dall'evasione fiscale, nella misura dell'imposta evasa.

Tale distinzione in realtà è fondamentale. La seconda interpretazione prospettata, infatti, sarebbe accettabile, in particolare nella misura in cui l'evasione fiscale rappresenti un reato il cui profitto si considera confiscabile, ma soprattutto perché comporterebbe, per contro, che

¹ MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale? La rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini dell'accertamento della sproporzione e dell'origine illecita dei beni da confiscare*, in *questa Rivista*, n. 2, 2014, p. 191.

² Cass. Pen., 24 ottobre 2012, Giacobbe, n. 44512, Rv. 258366.

³ A partire da Cass. Pen., Sez. VI, 5 febbraio 1990, n. 265, Montalto, Rv. 183641.

si debba tenere conto anche dei redditi sottratti agli obblighi fiscali, in quanto derivanti da attività lecite, per calcolare se l'acquisto del bene fosse sproporzionato nel momento in cui è avvenuto, poiché non giustificato dalla situazione reddituale o dall'attività economica del reo.

La prima interpretazione, invece, finisce per escludere che ai fini del calcolo della sproporzione si possano considerare i proventi di attività lecite, se siano stati sottratti alla tassazione, con la conseguenza di allargare l'ambito dei beni che risulteranno di valore sproporzionato al momento dell'acquisto perché non giustificati dal rimanente reddito del prevenuto; si finisce così per considerare illecito il reddito solo perché sottratto alla tassazione e non perché deriva da comportamenti criminali o da un'attività economica realizzata con metodi criminali e quindi in sé illecita. In realtà tale interpretazione riconduce al concetto di bene confiscabile perché di valore sproporzionato, beni il cui valore in sé non è sproporzionato, in violazione del principio di legalità. Complessivamente, però, sembra proprio questa la posizione delle Sezioni Unite perché mentre per la confisca ex art. 12-*sexies* chiariscono che si possa tenere conto dei redditi leciti sottratti al fisco ai fini del calcolo del valore sproporzionato dei beni, tale specificazione manca in relazione alla confisca di prevenzione e anzi si accoglie espressamente l'indirizzo della "giurisprudenza di legittimità" che, come precisato dalle stesse Sezioni Unite, "è da sempre graniticamente contraria alla deducibilità dei redditi non dichiarati al fisco al fine di escludere l'operatività della l. n. 575 del 1965, art. 2-*ter*".

Un argomento utilizzato dalla Corte a sostegno della sua interpretazione e cioè che in base alla confisca ex art. 2-*ter* sono confiscabili tutti i proventi di attività illecite, qualunque essa sia ("la giurisprudenza, ..., ha costantemente considerato che le disposizioni sulla confisca di prevenzione mirano a sottrarre alla disponibilità del proposto tutti i beni che siano frutto di attività illecite e che ne costituiscano il reimpiego, di talché non è necessario distinguere se tali attività siano o meno di tipo mafioso, essendo sufficiente la dimostrazione dell'illecita provenienza dei beni confiscati, qualunque essa sia, anche se gli stessi costituiscano il reimpiego dei proventi dell'evasione fiscale"), è valido solo in relazione al beneficio aggiunto di tipo patrimoniale che deriva dal reato (o, al limite, illecito) di evasione fiscale e cioè il profitto corrispondente al valore dell'imposta evasa e non si dovrebbe estendere a tutti i redditi sottratti alla tassazione, che non rappresentano in alcun modo il profitto di un reato, ma piuttosto di un'attività economica lecita.

2.

La deducibilità dei redditi sottratti al fisco ai fini della confisca ex art. 12-*sexies*.

Le Sezioni Unite nella sentenza in esame riconoscono, però, la correttezza della posizione della più recente giurisprudenza che, in accoglimento di un orientamento della dottrina, tiene conto dei proventi di origine lecita, sebbene sottratti all'imposizione fiscale, ai fini della valutazione della sproporzione.

La Corte osserva a tal proposito: «Risulta del resto coerente con l'evidenziata diversa struttura normativa che per la confisca ex art. 12-*sexies*, che prevede che il requisito della sproporzione debba essere confrontato con il "reddito dichiarato" o con la "propria attività economica", si possa tener conto dei redditi, derivanti da attività lecita, sottratti al fisco (perché comunque rientranti nella propria "attività economica") secondo i più recenti e prevalenti approdi giurisprudenziali in tale ambito (da ultimo Cass. Pen., Sez. I, n. 13425 del 21/02/2013, Coniglione, Rv. 255082; Cass. Pen., Sez. I, n. 6336 del 22/01/2013, Mele, Rv. 254532; Cass. Pen., Sez. I, n. 9678 del 05/11/2013, dep. 2014, Creati)».

L'argomento sul quale la Corte fonda la sua posizione è quello letterale in base al quale – come sottolineato dalla dottrina⁴ – la norma in questione richiede la sproporzione tra i beni e

⁴ Così NANULA, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il Fisco* 1993, p. 10115; PALLADINO, *Brevi osservazioni sul delitto di possesso ingiustificato di valori*, in *Riv. trim. dir. pen. dell'ec.*, 1993, p. 358; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, (nel prosieguo, MAUGERI, op. cit.) p. 326; MARIELLA, *L'aggressione ai patrimoni illeciti ed alle attività economiche della criminalità organizzata: quadro normativo e tecniche di indagine*, in *Quaderni del C.S.M.*, n. 104, 1998, p. 589; PICCIRILLO, *Titolo VII – Confisca per sproporzione*, in *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, a cura di TARTAGLIA, Roma 2012, p. 4.

il reddito o l'attività economica, intendendo anche l'attività economica lecita non dichiarata⁵: i "redditi, derivanti da attività lecita, sottratti al fisco" sono, infatti, "comunque rientranti nella propria "attività economica". Come rilevato dalla precedente giurisprudenza, "una simile interpretazione è del resto confortata dal tenore letterale della disposizione, che impedisce l'ablazione del patrimonio quando, indifferentemente, esso sia giustificato dal valore dei redditi formalmente dichiarati ovvero dall'attività economica svolta, quest'ultima normalmente produttiva di reddito imponibile"⁶.

Premesso che, come ormai stabilito dalla Suprema Corte con giurisprudenza consolidata, la sproporzione deve essere accertata rispetto ad ogni singolo bene o cespite patrimoniale al momento dell'acquisto⁷, la Corte non accoglie la diversa interpretazione del dato letterale in base al quale sarebbe sufficiente la sproporzione solo rispetto al reddito dichiarato, per considerare il bene di origine illecita e, quindi, confiscabile ai sensi dell'art. 12-sexies d.l. 306/92⁸ (in base a tale diversa interpretazione il riferimento all'attività economica, ripreso nell'art. 12-sexies d.l. 306/92, sarebbe stato introdotto dall'art. 3 l. n. 256/93, che ha modificato l'art. 2-ter, co. 2, l. 575/65, con l'obiettivo di consentire di tenere conto ai fini della valutazione della sproporzione, oltreché delle dichiarazioni a fini fiscali, anche di redditi di attività economiche che consentono una dichiarazione a fini fiscali "forfettaria" o, comunque, di redditi non dichiarabili interamente o parzialmente⁹). "Diversamente, si verrebbe a colpire il soggetto, espropriandosene il patrimonio, non per una presunzione di illiceità, in tutto o in parte, della sua provenienza ma per il solo fatto della evasione fiscale; condotta, questa, che all'evidenza non può dirsi riconducibile allo spirito e alla *ratio* dell'istituto in questione, che mira a colpire i proventi di attività criminose e non a sanzionare la infedele dichiarazione dei redditi, che si colloca in un momento successivo rispetto a quello della produzione del reddito, e per la quale soccorrono specifiche norme in materia tributaria, non necessariamente implicanti responsabilità penali".

Fermo restando che la difesa deve fornire una rigorosa prova del carattere lecito dei redditi sottratti al fisco, come ha precisato la Suprema Corte, «*trattandosi di redditi sottratti al fisco, (e dunque illeciti di per sé e autonomamente aggredibili, in quanto tali, con confisca, ...) non denunciati sicché il loro effettivo introito risulta di difficile comprovazione*¹⁰»; e che l'autorità giudiziaria potrà stimolare le idonee interazioni tra uffici tributari e pubblica accusa, anche per consentire l'applicazione: della normativa sulla tassazione dei proventi illeciti non sottoposti a confisca (art. 36, co. 34-bis d.l. n. 223/06, conv. dalla l. n. 248/06; art. 14, co. 4, l. n. 537/93), sugli obblighi di denuncia delle violazioni tributarie (art. 36, co. 4, D.P.R. n. 600/73) e sulle speciali sanatorie per la regolarizzazione fiscale (art. 7, co. 14, l. 488/99)¹¹.

La *ratio* della confisca allargata, la sottrazione dei proventi di origine criminale, impone, allora tale interpretazione; i redditi di attività lecita, anche se non dichiarata ai fini fiscali, non possono essere considerati o equiparati a proventi di origine illecita: l'evasione fiscale non rende "criminale" l'attività economica fonte dei redditi evasi.

⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 31 maggio (26 luglio) 2011, n. 29926, Ric. Tarabugi e altri, Rv. 250505, con nota di MENDITTO, *Sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini del sequestro e della confisca di cui all'art. 12-sexies del d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92*, in *Dir. pen. cont.*, 15 dicembre 2011; conforme Cass. Pen., Sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, Bianco, Rv. 252855. Conformi Cass. Pen., Sez. I, 22 gennaio 2013, n. 6336, Mela-Spenserato, Rv. 254532; Cass. Pen., Sez. VI, 24 ottobre 2012, n. 44512; Cass. Pen., 28 novembre 2012, n. 49876, Rv. 253956.

⁶ Cass. Pen., Sez. VI, 31 maggio (26 luglio) 2011, n. 29926, Ric. Tarabugi e altri, Rv. 250505. Nella medesima direzione Cass. Pen., Sez. VI, 15 dicembre 2011 (1 giugno 2012), n. 21265, Bianco, Rv. 252855; Cass. Pen., Sez. VI, 28 novembre 2012, n. 49876, Scognamiglio, in *DeJure*; Cass. Pen., Sez. III, 20 febbraio (3 maggio) 2013, n. 19095, *ivi*; Cass. Pen., Sez. I, 28 maggio (20 giugno) 2013, Guarnieri Amelia, n. 27189, *ivi*.

⁷ Per tutte Cass. Pen., Sez. Un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, in *Cass. pen.* 2004, p. 1187.

⁸ Cfr. per una ricostruzione di questa posizione MAUGERI, op. cit., p. 202 ss..

⁹ MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali - La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012, p. 334.

¹⁰ Cass. Pen., Sez. I, 28 maggio (20 giugno) 2013, Guarnieri Amelia, n. 27189, in *DeJure*, che precisa: «L'accertamento testimoniale, chiamato in via di surroga a fornire quella prova documentale che risulta mancante, tuttavia, proprio perché interveniente *ex post* a supplire una dichiarata irregolarità fiscale, deve essere oggetto, come accaduto nella fattispecie, di un pregnante vaglio da parte del giudice di merito potendo dette prove dichiarative infatti essere espressione di quella medesima capacità deviante che aveva indotto il soggetto a evadere quegli stessi cespiti della cui esistenza ora ha interesse a provare solo perché ritiene conveniente farlo».

¹¹ ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma 2012, p. 93.

3.

L'argomento fondamentale: la differenza di *ratio* tra confisca allargata e la confisca di prevenzione.

Le Sezioni Unite rigettano il primo argomento fondamentale su cui si fonda la questione sollevata, ad avviso del giudice rimettente, e cioè l'equiparazione tra la confisca ex art. 12-*sexies* d.l. 306/92 e la confisca di prevenzione; la Corte riconosce che la più recente giurisprudenza sulla prima consente, ai fini del calcolo del valore sproporzionato del bene o del cespite patrimoniale da confiscare, di tenere conto anche dei proventi dell'evasione fiscale, ma evidenzia non solo che la giurisprudenza sull'art. 2-*ter* l. 575/65 è pressoché compatta nel negare tale rilevanza, ma a monte, appunto, non considera equiparabili le due forme di confisca¹²: si ribadisce la loro diversa natura in quanto la confisca ex art. 12-*sexies* è una misura di sicurezza o sanzione accessoria applicabile in seguito a condanna, l'altra una misura di prevenzione, fondata su un giudizio di pericolosità sociale (anche se non più attuale in seguito alle riforme introdotte dal d.l. n. 92/2008 e l. n. 94/2009 recepite negli art. 16 ss. e in particolare art. 18 del Cod. mis. di prevenzione); la prima ha per oggetto solo il denaro, i beni o le altre utilità "in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica", mentre la seconda consente di confiscare non solo i beni di valore sproporzionato ma anche i "beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego".

"La Corte ha rilevato che la confisca ex art. 12-*sexies*, è connotata da una diversa *ratio legis* e da presupposti in parte diversi, giacché richiede la commissione di un reato tipico, per giunta accertato da una sentenza di condanna, ordinariamente generatore – per la sua tipologia – di disponibilità illecite di natura delittuosa, ancorché l'adozione del provvedimento ablativo prescinda (anche in questo caso) da un nesso di pertinenzialità del bene con il reato per il quale è intervenuta la condanna". Si evidenzia, quindi, innanzitutto che la confisca ex art. 12-*sexies* è una forma di confisca allargata, prescindendo da un nesso di pertinenzialità del bene con il reato, ma presuppone la condanna, non è una forma di confisca senza condanna riconducibile, come la confisca di prevenzione, almeno in parte, al modello dell'*actio in rem*; proprio la condanna fonda la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale. Tale argomento è da ultimo avallato dalle Sezioni Unite che, con la sentenza Spinelli¹³, le cui motivazioni sono appena state pubblicate, ha ribadito che «non può valere, contrariamente a quanto ritiene la citata Sent. Sez. V, Occhipinti, Rv. 255043, il prospettato parallelismo con la confisca di cui all'art. 12-*sexies* d.l. n. 356 del 1992, a cagione della diversità strutturale tra i due istituti (da ultimo evidenziata dalla citata Sez. Un., n. 33451 del 2014, Repaci). Diversi sono, infatti, *ratio legis* e presupposti legittimanti. La confisca per equivalente presuppone, infatti, la commissione di un reato ed anzi il suo accertamento giudiziale con sentenza di condanna, in quanto quel fatto-reato è, ordinariamente, generatore – per sua precipua essenza – di disponibilità illecite di natura delittuosa, ancorché l'adozione della misura ablatoria prescinda da un nesso di pertinenzialità del bene con il reato per il quale è intervenuta condanna. La confisca di prevenzione non presuppone, invece, la commissione di reati determinati, ma postula una condizione esistenziale, ossia una condotta di vita reputata estranea ai canoni legali della civile convivenza».

Il paradosso di tale argomento è dato dal fatto che le Sezioni Unite accolgono un orientamento più garantista e restrittivo in relazione alla confisca penale fondata sul più pregnante presupposto di una condanna, mentre in relazione alla confisca di prevenzione fondata sulla mera pericolosità sociale, anche non attuale, si esclude la rilevanza dei proventi dell'evasione fiscale per calcolare la sproporzione. A parte la considerazione che tale argomento non esclude che la mancata considerazione dei redditi leciti, ma non dichiarati fiscalmente, comporterebbe comunque in maniera coincidente in entrambe le ipotesi l'estensione dell'ambito di applicazione della confisca nei confronti di beni il cui acquisto in realtà non era sproporzionato nel momento in cui è stato realizzato, estendendo la confisca a beni di origine lecita in quanto non sproporzionati; proprio questo è l'argomento cruciale che non è superato dagli argomenti delle Sezioni Unite: non si discute sul fatto che le due forme di confisca hanno diversi presupposti e diversi ambiti di applicazione, potendo anche accettare che si consideri confiscabile a titolo

¹² Le S.U. citano Cass. Pen., nn. 27037/12, 18423/13, 6703/14 e 8441/14.

¹³ Cass. Pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), Spinelli, n. 4880.

di frutto o reimpiego, e non in quanto bene di valore sproporzionato, il provento dell'evasione fiscale; non si capisce però perché la medesima espressione – “in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica” – possa essere interpretata diversamente nelle due fattispecie.

In particolare, poi, le Sezioni Unite nella sentenza Repaci evidenziano la diversa *ratio* e finalità politico criminale della confisca di prevenzione che persegue “*un più ampio fine di interesse pubblico volto all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta provenienza illegittima – siccome appartenenti a soggetti abitualmente dediti a traffici illeciti dai quali ricavano i propri mezzi di vita – che sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto, a prescindere non solo dal perdurare a suo carico di una condizione di pericolosità sociale attuale, ma anche dall'eventuale provenienza dei cespiti da attività sommerse fonte di evasione fiscale. In altri termini la finalità preventiva perseguita con lo strumento ablativo risiede nell'impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza di cui il soggetto possa disporre per il reimpiego nel circuito economico-finanziario, ragione per la quale devono considerarsi di provenienza illecita anche i redditi acquisiti per effetto dell'evasione fiscale*” (corsivo aggiunto).

Tale argomento suscita non poche perplessità laddove si afferma non tanto che la finalità della confisca di prevenzione è costituita dall'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta provenienza, ma piuttosto che i beni sono di “sospetta provenienza illegittima” “siccome appartenenti a soggetti abitualmente dediti a traffici illeciti dai quali ricavano i propri mezzi di vita – che sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto”: **sembrerebbe che l'origine illecita non si fonda sull'accertamento, anche indiziario, del carattere illecito dell'attività fonte, ma piuttosto sulla mera pericolosità sociale, sul fatto che appartengono a soggetti abitualmente dediti a traffici illeciti, anche se poi tale pericolosità può non essere più attuale.** La presunzione di origine illecita, affermano le Sezioni Unite, prescinde non solo dall'attualità della pericolosità, ma addirittura “dall'eventuale provenienza dei cespiti da attività sommerse fonte di evasione fiscale”: **una simile affermazione sembra implicare il riconoscimento del fatto che le attività sommerse non sono in sé illecite.** In realtà, invece, nel caso in esame non solo “devono considerarsi di provenienza illecita *anche* i redditi acquisiti per effetto dell'evasione fiscale” (corsivo aggiunto), ma piuttosto quelli derivanti dall'evasione fiscale sono gli unici profitti illeciti, nella misura dell'imposta evasa, tranne che l'accusa fornisca sufficienti indizi o, meglio, una vera e propria prova indiziaria dell'origine illecita di altri beni da confiscare; altrimenti si trasforma la confisca di prevenzione in una mera pena del sospetto di soggetti che sono considerati dediti al crimine, anche se non più attualmente e in mancanza di una condanna.

La Suprema Corte ha sempre stabilito che ai fini della confisca di prevenzione i proventi confiscabili possono derivare da qualunque reato e non solo da quello di associazione di stampo mafioso, ma non ha mai stabilito, perlomeno in maniera consolidata, che i proventi divengono illeciti solo perché posseduti dal soggetto considerato socialmente pericoloso, anche se non più attualmente (agli indizi sulla pericolosità sociale, anche se non più attuale, si devono aggiungere gli indizi sull'origine illecita dei beni da sottrarre, o l'accertamento del loro valore sproporzionato).

A sostegno di questo suo argomentare la Corte evidenzia che l'evasione fiscale non può non accompagnarsi ad altri reati volti a nascondere la stessa evasione: «*nè si può ignorare che la sottrazione di attività, pur intrinsecamente lecite (e cioè da impresa palese, non da mafia), agli obblighi fiscali (in tutto o in parte), inevitabilmente porta con sé altre connesse illiceità, non essendo neppure immaginabile che l'evasione fiscale non comporti anche altre correlate violazioni che parimenti locupletano il soggetto o sono strumentali all'illecito arricchimento (condotte di falso, in ambito contributivo, sulla disciplina del lavoro, ecc.) posto che – allo stato attuale della normativa, per l'interconnessione tra i vari rami dell'ordinamento – sommergere i profitti significa anche inevitabilmente eludere tutte le connesse discipline (ancorché di rango amministrativo o privatistico), altrimenti l'evasione fiscale si autodenuncerebbe, esito che ovviamente nessun evasore vorrebbe conseguire e che, soprattutto, non consentirebbe il perseguito arricchimento*»; argomento in sé discutibile laddove innesca una mera presunzione di ulteriore attività illecita a prescindere da alcun fondamento indiziario, e anche laddove fosse accettabile perché si ritenga fondata su una razionale massima di esperienza, non si capisce perché allora la medesima presunzione non possa valere per la confisca ex art. 12-*sexies* in

relazione ad un soggetto condannato per un reato. In ogni caso le Sezioni Unite avrebbero dovuto, perlomeno, meglio sottolineare che una simile presunzione di ulteriore attività illecita può scattare solo rispetto a soggetti abitualmente dediti all'evasione fiscale, in maniera grave e sistematica, al punto da essere considerati socialmente pericolosi in base alla disciplina delle misure di prevenzione.

Non solo ma le Sezioni Unite finiscono per dire troppo in evidente contraddizione con l'attuale disciplina. Da una parte affermano che i beni sono di origine illecita perché posseduti da un soggetto pericoloso in quanto evasore fiscale e quindi anche autore dei reati connessi, dall'altra precisa che il soggetto non è pericoloso perché evasore fiscale ma *aliunde*: "Valutando poi la principale delle obiezioni che la dottrina sviluppa sul tema, e cioè la preoccupazione di incoerenza sistematica, posto che – si sostiene – con la soluzione qui adottata si verrebbe ad introdurre una confisca, per l'evasione fiscale, anche in casi in cui la legislazione specifica non la contempla, vale osservare che tale argomento non tiene conto del presupposto di base, e cioè che non si verte in ipotesi di mera evasione fiscale, ma di evasione compiuta da soggetto nel contempo giudicato, per la concreta ricorrenza di tutti i presupposti di legge, socialmente pericoloso. Non si tratta, infatti, di valutare in positivo l'evasione fiscale in sé come fonte di pericolosità sociale, ed in ciò radicare la confisca, ma di escludere (dunque in negativo) che la stessa possa essere addotta quale giustificazione (anche parziale) dell'illecito accumulo, in soggetto – vale ribadire – giudicato pericoloso *aliunde*". Questo argomento potrebbe essere accettabile, al limite, in termini di principio di proporzione dell'intervento dello Stato limitativo di diritti, **laddove la confisca di prevenzione potesse essere applicata solo a soggetti a pericolosità qualificata**, nel senso che non si consentirebbe all'indiziato di associazione mafiosa, di concorso esterno in associazione mafiosa o dei reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis* c.p.p., di addurre l'evasione fiscale per giustificare i suoi redditi, ma, invece, la confisca di prevenzione è ormai applicabile a soggetti a pericolosità generica in quanto considerati "dediti a traffici delittuosi" e allora avviene proprio quello che la Corte nega: l'evasione fiscale viene valutata in sé come fonte di pericolosità sociale su cui si radica la confisca; tranne che quell'*aliunde* su cui si fonderebbe la pericolosità sociale faccia riferimento ai c.d. reati connessi all'evasione di cui parlano le Sezioni Unite, ma allora in mancanza anche di indizi su cui fondare tale valutazione, si confermerebbe che la confisca di prevenzione diventa una mera pena del sospetto di questi presunti reati connessi.

Si deve evidenziare, infine, che per applicare la confisca di prevenzione ad un soggetto in quanto meramente indiziato di evasione fiscale, devono sussistere degli indizi del *delitto* di evasione fiscale perché, come correttamente sottolineato dalla Suprema Corte ed esaminato in altra sede, "le norme previste dall'art. 1, nn. 1 e 2, della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 – nella parte in cui statuivano (prima della loro formale abrogazione per effetto dell'art. 120, co. 1, lett. a) del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159) che i provvedimenti previsti dalla legge si applicassero a coloro che "sono abitualmente dediti a traffici delittuosi" e a coloro che "vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose" – sono soggette a stretta interpretazione, con esclusione dei reati contravvenzionali"¹⁴; oltre alla necessità di fornire indizi "della continuativa dedizione del *de cuius* ad attività delittuose, anche risalenti nel tempo..."¹⁵.

In realtà, poi, la Suprema Corte elude l'obiezione sopra citata, che mette in rilievo come si stia finendo per utilizzare degli strumenti introdotti per la lotta contro l'infiltrazione della criminalità organizzata nell'economia, contro la mera evasione fiscale e in mancanza di un'espressa presa di posizione legislativa; il tutto, però, nel pieno rispetto del dettato normativo – art. 19 d.l. 92/56 e art. 16 d.l. 159/2011 (che richiama l'art. 4 che, a sua volta, rinvia all'art. 1) – che con le ipotesi a pericolosità generica consente di applicare le misure di prevenzione a soggetti indiziati di qualunque delitto. Non si tratta, infatti, di considerare confiscabili i proventi dell'evasione fiscale in capo al soggetto presunto "partecipe" o concorrente esterno dell'associazione di stampo mafioso o, comunque, indiziato di uno dei crimini indicati nell'art. 51, co. 3-*bis* c.p.p., ma piuttosto si finisce per fare rientrare nella categoria dei soggetti socialmente pericolosi – anche se genericamente – e, quindi, sottoponibile a misura di prevenzione personale e patrimoniale, il mero evasore fiscale.

¹⁴ Cass. Pen., Sez. II, 23 marzo 2012, n. 16348, in *DeJure* e in *Diritto & Giustizia* 2012, 4 maggio (nota di DE FRANCESCO); conforme Trib. di Brindisi, 16 aprile 2013, Rossini, est. Biondi.

¹⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, in *Cass. Pen.* 2014, 256, con nota di MAUGERI.

Contro tale posizione delle Sezioni Unite che negano l'equiparazione tra la confisca di prevenzione e la confisca ex art. 12-*sexies* d.l. 306/92, si pronuncia invece da ultimo la V Sezione della Suprema Corte che ha sollevato con la sentenza-ordinanza n. 32353 del 16 maggio 2014 la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 10, co. 3, d.lgs. n. 159/11 (già art. 4, co. 11, l. n. 1423/56) e dell'art. 27, co. 2, d.lgs. n. 159/11 (già art. 3-*ter*, co. 2, l. n. 575/65), in relazione agli artt. 3 e 24 della Costituzione poiché consentono il ricorso in Cassazione solo per *violazione di legge* nei confronti del decreto con cui la Corte d'Appello decide sull'impugnazione avverso i provvedimenti del tribunale in materia¹⁶. La V Sezione utilizza come *tertium comparationis* proprio la disciplina della confisca ex art. 12-*sexies* d.l. 306/92 in quanto ritiene che la differenza della disciplina del ricorso in Cassazione tra le due forme di confisca "non trova ... giustificazione...", giacché tanto quella di prevenzione quanto quella d.l. n. 306 del 1992, ex art. 12-*sexies*, postulano l'accertamento delle medesime condizioni di fatto e producono le medesime conseguenze negative sul patrimonio dei soggetti destinatari"; le due forme di confisca presentano una "comunanza strutturale, ontologica e funzionale", "pur nella diversità dei rispettivi presupposti applicativi ... (cfr. Cass. Pen., Sez. I, 20.5.2014, n. 1528)". La Corte, V Sezione, ritiene equiparabili le due forme di confisca, innanzitutto, perché si tratta in entrambi i casi di provvedimenti aventi carattere definitivo che "*prescindono da una valutazione sull'attuale pericolosità sociale del soggetto destinatario del provvedimento di natura reale incidente sul suo patrimonio, prevedendo come comune presupposto per l'applicazione della confisca l'esistenza di una "sproporzione" tra il valore dei beni posseduti, direttamente o indirettamente, dall'interessato, e i redditi risultanti dalle dichiarazioni fiscali ovvero comunque ragionevolmente riconducibili alle attività economiche esercitate*"; in entrambi i casi basandosi «*la misura in questione sul requisito della "sproporzione"...*, è sempre necessario che la ritenuta sussistenza di detto requisito venga sostenuta da adeguata motivazione, nella quale si dia atto dell'avvenuta valutazione di tutti gli elementi di fatto (spesso caratterizzati da estrema complessità) idonei a rendere giustificata la decisione assunta; motivazione che non si vede, quindi, per quale ragione possa essere, in un caso, censurata senza limiti ... e, nell'altro caso, solo in quanto si riesca, ... a far passare il vizio di motivazione per inesistenza o mera apparenza della motivazione stessa».

Anzi proprio la considerazione che la confisca allargata ex art. 12-*sexies* si presenta più garantistica, richiedendo oltre all'accertamento del valore sproporzionato dei beni da confiscare anche la **condanna** per il reato presupposto, rende ancora più incomprensibile questa differenza di trattamento delle due forme di confisca in sede di ricorso in cassazione, ad avviso della V Sezione, come rende ancora più incomprensibile perché in quest'ipotesi l'ambito di applicazione della confisca sia più delimitato non ricomprendendo i redditi leciti ma non dichiarati al fisco e addirittura non ricomprendendo i profitti del reato di evasione fiscale¹⁷.

Come osservato in altra occasione «Tali argomenti della V sezione appaiono assolutamente condivisibili trattandosi in entrambi i casi di forme di confisca fondate su una duplice presunzione come tutte le forme di confisca allargata riconducibili al modello della "confisca dei beni di sospetta origine illecita"¹⁸: la commissione di precedenti delitti da parte dell'imputato o prevenuto; l'origine del patrimonio in questione da tali delitti. Si trasforma il tema probatorio relativo all'origine illecita (che richiederebbe appunto la prova della commissione di specifici delitti, dai quali siano scaturiti determinati profitti) in un altro tema probatorio, costituito dalle mere circostanze che giustificano il sospetto¹⁹. Anche se, comunque, la confisca allargata fondata su una condanna rimane più garantistica, la condanna in sé non può giustificare la confisca di altri beni che non rappresentano il diretto profitto del reato oggetto della condan-

¹⁶ Cfr. MAUGERI, *La confisca di prevenzione dinanzi alla Corte costituzionale: ritorna la confisca ex art. 12-*sexies* d.l. 306/92 come tertium comparationis*. Nota a Cass. Pen., Sez. V, 16/5/2014 (dep. 22/7/2014), n. 32353, Pres. Dubolino, Rel. Alfredo Guardiano, Imp. G.M., in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2015.

¹⁷ "L'incongruenza, poi, appare, se possibile, ancora più manifesta ove si consideri che la confisca di prevenzione (come si è visto) prescinde non solo, al pari di quella prevista dal D.L. n. 306 del 1992, art. 12-*sexies*, dal requisito dell'attuale pericolosità del soggetto, ma anche da quello (richiesto invece dal citato art. 12-*sexies*), costituito da una precedente pronuncia di condanna penale (o di applicazione della pena su richiesta); ragion per cui, semmai, è proprio con riguardo alla confisca di prevenzione, siccome basata su un presupposto oggettivamente più "debole" di quello rappresentato da una condanna penale, che il diritto di difesa, a parità di conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'applicazione dell'una o dell'altra delle misure in questione, dovrebbe essere maggiormente garantito".

¹⁸ Cfr. MAUGERI, *Relazione Introduttiva*, in (a cura di) MAUGERI, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano 2008, p. 64 ss..

¹⁹ Cfr. SCHULTEHINRICHS, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiterten Verfall*, Mainz 1991, p. 166; MAUGERI, *La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1996, p. 884.

na, anche la confisca penale estesa come la confisca di prevenzione si fonda, come esaminato, sulla presunzione di illecita accumulazione patrimoniale»²⁰.

Non solo ma la *ratio* anche della confisca allargata ex art. 12-*sexies*, così come della confisca misura di prevenzione, è pur sempre la lotta contro le illecite accumulazioni patrimoniali della criminalità organizzata o, comunque, della criminalità professionale, dedita al crimine, accumulazioni che possono essere investite in ulteriori attività criminali nonché inquinare l'economia e il mercato lecito, fonte di potere economico e politico; anche se l'art. 12-*sexies* presuppone la condanna per un reato, la confisca di tutti i beni di valore sproporzionato si fonda sulla presunzione *iuris tantum* dello svolgimento da parte del reo di un'attività criminale di carattere continuativo, e quindi in questo senso sulla sua pericolosità sociale.

Non sembra particolarmente pertinente, poi, il riferimento da parte delle Sezioni Unite alle sentenze della Corte Costituzionale n. 21 e n. 216 del 2012 che respingono la proposizione dell'ordinanza di rimessione che, in sostanza, intendeva equiparare l'accertamento penale e quello di prevenzione in quanto «la sovrapposizione da cui è viziato l'argomentare del rimettente si traduce nello svilimento delle peculiarità del procedimento di prevenzione e, segnatamente, del procedimento per l'applicazione della confisca». Nessuno dubita di tale innegabile differenza del procedimento che conduce alle due forme di confisca, caratterizzandosi la confisca di prevenzione per essere pronunciata in un autonomo procedimento giurisdizionale, una sorta di *actio in rem*, che consente di aggredire i patrimoni di presunta origine illecita in mancanza di una condanna, ma ciò non sembra pertinente ai fini della rilevanza dei redditi di origine lecita ma non dichiarati al fisco nel calcolo del valore sproporzionato dei beni o cespiti patrimoniali da confiscare. A parte il rilievo che nella prassi, come evidenzia la V Sezione, ai fini della valutazione della similarità tra le due forme di confisca, si tende a separare l'applicazione della confisca ex art. 12-*sexies* dalla pronuncia della sentenza di condanna, che ne rappresenta solo il necessario presupposto, in quanto la confisca allargata può essere disposta anche dal giudice dell'esecuzione a norma dell'art. 676 c.p.p., e art. 667 c.p.p., co. 4, ovvero all'esito di procedura in contraddittorio a norma dell'art. 666 c.p.p., salvo che sulla questione non abbia già provveduto il giudice della cognizione²¹; «emerge una prassi, rilevata anche in altri ordinamenti²², in base alla quale il procedimento volto all'applicazione della confisca tende a separarsi dal giudizio di cognizione in una sorta di procedimento autonomo e accessorio al processo di cognizione, prassi che può presentare profili positivi in termini di efficienza, – evitando che la complessità delle indagini patrimoniali ritardi la condanna o comporti la prescrizione, o consentendo di applicare la confisca laddove i beni siano individuati successivamente alla condanna –, ma pone dei problemi in termini di garanzie difensive. Per contro il procedimento di prevenzione diventa spesso un procedimento contro il patrimonio parallelo al processo penale, diventando anche esso una sorta di procedimento patrimoniale accessorio specializzato, piuttosto che una vera e propria *actio in rem*»²³.

La Corte Costituzionale, in ogni caso, ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla V sezione della Suprema Corte con la sentenza-ordinanza n. 32353, sopra esaminata, rilevando, come già stabilito nelle sue precedenti [sentenze n. 21 e 216 del 2012](#), che «le forme di esercizio del diritto di difesa possano essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento»²⁴.

Da ultimo, come accennato, le Sezioni Unite con la pronunzia Spinelli hanno ribadito la diversità di ratio tra la confisca di prevenzione e la confisca ex art. 12-*sexies* affermando che «Diversi sono, infatti, *ratio legis* e presupposti legittimanti. La confisca per equivalente presuppone, infatti, la commissione di un reato ed anzi il suo accertamento giudiziale con sentenza di condanna, in quanto quel fatto-reato è, ordinariamente, generatore – per sua precipua essenza – di disponibilità illecite di natura delittuosa, ancorché l'adozione della misura abla-

²⁰ MAUGERI, *La confisca di prevenzione dinanzi alla Corte costituzionale*, op. cit..

²¹ Cass. Pen., Sez. Un., 30 maggio 2001, n. 29022; Cass. Pen., Sez. I, 9 marzo 2007, n. 22752; Cass. Pen., Sez. VI, 20 maggio 2008, n. 27343, Rv. 240585; Cass. Pen., Sez. I, 18 febbraio 2009 (4 febbraio 2009), n. 6932; Cass. Pen., Sez. VI, 15 novembre 2012, n. 49974.

²² Cfr. MAUGERI, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *questa Rivista*, n. 2, 2012, p. 196 ss..

²³ Sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La confisca di prevenzione dinanzi alla Corte costituzionale*, op. cit. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

²⁴ Cfr. Corte Cost., 15 aprile (9 giugno) 2015, n. 106, che evidenzia che anche in relazione alla confisca ex art. 12 *sexies* si pongono delle limitazioni del diritto di difesa laddove pronunciata nel procedimento di esecuzione (art. 676 c.p.p.), in quanto «mentre nel procedimento di prevenzione è previsto il «ricorso alla Corte d'appello, anche per il merito» .. in quello di esecuzione è previsto solo il ricorso per cassazione»; Cass., sez. VI, 4 giugno 2014, n. 39911.

toria prescinda da un nesso di pertinenzialità del bene con il reato per il quale è intervenuta condanna. La confisca di prevenzione non presuppone, invece, la commissione di reati determinati, ma postula una condizione esistenziale, ossia una condotta di vita reputata estranea ai canoni legali della civile convivenza". Senza volersi dilungare nel commento di quest'ultima pronuncia delle Sezioni unite, che merita un'autonoma riflessione, si può evidenziare in prima battuta non solo l'errore di battitura per cui si definisce la "confisca allargata" ex art. 12-*sexies* "confisca per equivalente" (tra l'altro la confisca allargata ex art. 12-*sexies* può essere applicata anche per equivalente così come la confisca di prevenzione), ma soprattutto la problematicità dell'affermazione delle Sezioni Unite che fondano la confisca di prevenzione non sulla presunta origine illecita dei beni, in quanto provento di reati, ma su una "condizione esistenziale, ossia una condotta di vita reputata estranea ai canoni legali della civile convivenza". Si confiscano i beni ex art. 12-*sexies* perché derivanti da un fatto reato (anche se in realtà con la confisca allargata il fatto reato, oggetto di condanna, è solo il presupposto su cui si fonda la presunzione di una più ampia attività criminosa), e invece si sottraggono i beni ex art. 2-*ter* l. 575/65 in considerazione della "condizione esistenziale": che vuol dire?

4.

L'argomento stringente: la confiscabilità ex art. 2-*ter* del frutto o reimpiego.

L'unico argomento che, invece, sembra più pregnante è quello che sottolinea come la confisca di prevenzione, diversamente dalla confisca estesa ex art. 12-*sexies*, consente di sottrarre i proventi dell'evasione fiscale in quanto "frutto o reimpiego" e, quindi, non in quanto beni di valore sproporzionato, ma piuttosto in quanto provenienti da un'attività illecita, in cui le Sezioni Unite fanno rientrare anche l'evasione fiscale illecito amministrativo, anche se reinvestiti in altri beni, reimpiego («A ciò si aggiunga (così la sentenza n. 8441/14) che "Nell'art. 12-*sexies*, infatti, a differenza di quanto è previsto nella l. n. 505 del 1965, citato art. 2-*ter*, la presunzione di illecita provenienza dei beni del condannato viene ancorata letteralmente ed esplicitamente al combinato disposto della sproporzione rispetto all'attività economica svolta e dell'assenza di giustificazione, ma non anche, in alternativa, alla esistenza di sufficienti indizi della loro provenienza da qualsiasi attività illecita"»). Ne deriva che dovrebbero essere confiscabili solo i **proventi** dell'evasione fiscale e cioè il profitto risparmio coincidente con l'imposta evasa e non dovrebbe essere possibile confiscare tutti i redditi sottratti alla tassazione, in quanto non sono beni di origine illecita, frutto o reimpiego.

Se non si chiarisce, però, che ai fini del calcolo della sproporzione si deve tenere conto anche dei beni di origine lecita sottratti alla tassazione, risulteranno di valore sproporzionato dei beni di origine lecita il cui acquisto era assolutamente proporzionato nel momento in cui si è concluso il negozio giuridico, in violazione del principio di legalità e della stessa *ratio* della confisca di prevenzione, che nonostante l'ambiguità dell'interpretazione delle Sezioni Unite, dovrebbe essere quella di impedire l'inquinamento del circuito economico con i proventi criminali, se non quello di impedire l'infiltrazione del crimine organizzato nell'economia lecita.

5.

L'irrilevanza del condono fiscale.

Non assume alcun rilievo l'eventuale condono fiscale ai fini della sottrazione dei proventi dell'evasione fiscale alla confisca in conformità ad un risalente orientamento, già affermato con la sentenza della II Sezione Sannino²⁵, in cui la Corte ha «escluso che l'eventuale condono fiscale possa incidere sulla determinazione del giudicante in favore del proposto. Ha osservato, infatti, il Collegio che il cosiddetto "condono tombale" (nella specie previsto dalla legge 413/1991) non sposta i termini della questione: ed infatti, non rileva che a seguito del perfezionamento dell'iter amministrativo, previsto dalla citata normativa, le somme di cui all'evasione fiscale entrino a far parte legittimamente del patrimonio del proposto, dal momento che l'illiceità originaria del comportamento con cui quest'ultimo se le era procurate continua

²⁵ Cass. Pen., Sez. II, 6 maggio 1999, Sannino, n. 2181, Rv. 213853.

a dispiegare i suoi effetti ai fini della confisca»²⁶.

Tale sentenza si pone in linea con quell'orientamento in base al quale il contribuente evasore può subire la confisca anche laddove ai sensi del comma 2 dell'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, estingua il debito tributario, anche a seguito di speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, così ottenendo l'applicazione di una circostanza attenuante ad effetto speciale (per beneficiare della quale il pagamento deve riguardare anche le sanzioni previste per la violazione delle norme tributarie, sebbene non applicabili all'imputato); pur avendo il contribuente/imputato provveduto al pagamento dell'imposta evasa e della relativa sanzione tributaria (viene considerata un'ipotesi normativamente prevista di risarcimento del danno conseguente a reato tributario, commisurato all'entità della sanzione, che può anche non essere integrale), sarà comunque possibile applicare la confisca per equivalente del profitto ex art. 322-ter in misura corrispondente all'imposta evasa nonché alla sanzione tributaria²⁷. Si argomenta in considerazione della piena autonomia del procedimento penale per l'accertamento dei reati tributari rispetto al processo e all'accertamento tributario, caratterizzati dalla negoziabilità della pretesa tributaria finale²⁸, nonché della mancanza di "coincidenza tra due nozioni, quella di profitto dei reati contestati e quella di pretesa tributaria"²⁹, a parte la considerazione che il giudice non è vincolato nella determinazione dell'imposta evasa all'imposta risultante a seguito dell'accertamento con adesione o del concordato fiscale tra Amministrazione finanziaria ed il contribuente (anche se il giudice deve tenere conto dell'esito dell'accertamento e dell'eventuale accordo sul *quantum debeatur*, potendo discostarsene soltanto qualora risultino concreti elementi di fatto)³⁰. Un tale orientamento, come rilevato in altra sede, è assolutamente inaccettabile in quanto fa assumere già alla confisca prevista per il reato tributario l'evidente natura di una pena patrimoniale in violazione del principio di *legalità*, di *proporzione*, di *colpevolezza* e del *ne bis in idem* sostanziale, perché il soggetto finirà per pagare due volte le imposte evase e addirittura anche la sanzione tributaria; si realizza un indebito arricchimento dell'Erario.

Anche in relazione alla confisca di prevenzione non si può ritenere accettabile questa sorta di accanimento punitivo e di incoerenza del sistema giuridico, che, da una parte, condona o ritiene che la vittima del reato, l'agenzia delle entrate, possa ritenere soddisfatte le sue pretese e, dall'altra, considera la condotta penalmente rilevante, perlomeno ai fini della confisca di prevenzione che assume un evidente carattere punitivo del comportamento non più penalmente rilevante, con l'aggravante che la confisca di prevenzione non si applica solo in misura corrispondente al profitto rappresentato dall'accertata imposta evasa, ma a tutti i beni di valore sproporzionato o che risultino frutto o reimpiego; nel caso di condono neanche i proventi del delitto di evasione fiscale dovrebbero essere confiscabili, a parte la considerazione che i redditi sottratti al fisco sono comunque in sé di origine lecita e dovrebbero essere considerati ai fini del calcolo della proporzione, tanto più in seguito al condono.

Si rimanda all'approfondimento compiuto in altra sede di tale questione e della relativa

²⁶ Cass. Pen., Sez. II, 28 settembre (13 ottobre) 2011, n. 36913, Lopalco, in *DeJure*; cfr. Cass. Pen., Sez. II, 17 gennaio (15 febbraio) 2012, n. 6061, Gallo, non attribuisce alcun rilievo *favor rei* all'adesione al condono fiscale, che non elimina l'origine illecita del denaro nel suo momento genetico e conseguentemente consente di confermare la sussistenza dei presupposti del delitto di riciclaggio.

²⁷ Cass. Pen., 19 settembre 2012, n. 1256, P.a. e altro; Cass. Pen., Sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843, dep. 17 febbraio 2012, Mazzieri, Rv. 253480.

²⁸ La Corte, – Cass. Pen., 19 settembre 2012, n. 1256, P.a. e altro, in *Cass. pen.* 2013, p. 3386, con nota di BONETTI, *L'inapplicabilità del sequestro preventivo nei confronti della persona giuridica in caso di reati tributari commessi nel suo interesse*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3390 – si riferisce ad una serie di istituti che hanno sempre più accentuato la determinazione concordata dello stesso (il riferimento è alla mediazione tributaria introdotta dal d.l. 6 luglio 2011, n. 98, art. 39, comma 9), ovvero l'adempimento spontaneo della pretesa a definizione del rapporto tributario (d.lgs. 19 giugno 1997, n. 218, Disposizioni in materia di accertamento per adesione e di conciliazione giudiziale), per cui la debenza tributaria conclusiva spesso diverge dalla pretesa originaria. Inoltre lo stesso contenzioso tributario tende proprio ad una decisione di merito sul rapporto tributario previa quantificazione dell'oggetto dell'obbligazione tributaria (cfr. Cass. Civ., Sez. V, n. 21759 del 20/10/2011, Rv. 619743); Cass. Pen., Sez. III, 19 gennaio 2012, n. 4956, DPS s.r.l.; Cass. Pen., 16 novembre 2011, n. 45054, B.C.A.; Cass. Pen., Sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843).

²⁹ Cass. Pen., 19 settembre 2012, n. 1256, P.a. e altro; Cass. Pen., Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 5640, in *Il Fisco* 2012, n. 10, 1, p. 1489; Cass. Pen., Sez. III, 12 dicembre 2011, n. 5640, Manco, Rv. 251892. Gli autori che ammettono la confisca in quest'ipotesi ritengono che comunque dovrebbe essere limitata all'extra profitto, rappresentato dalla differenza tra quanto accertato dal giudice penale e quanto riscosso dal Fisco a seguito della procedura "transattiva", cfr. GOLINO, *Confisca per equivalente in materia di reati tributari. Una sentenza chiarificatrice della Cassazione*, in *Il Fisco*, 2013, 6, p. 836.

³⁰ Cass., Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 5640, Manco, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 585; Cass. Pen., 19 settembre 2012, n. 1256, P.a. e altro; Cass. Pen., Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 5640, in *Il Fisco* 2012, n. 10, 1, p. 1489; cfr. GOLINO, op. cit., p. 835, il quale osserva che tale accertamento è particolarmente importante in un reato dove sono previste soglie quantitative.

giurisprudenza, ricordando che la stessa Suprema Corte, invero, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 322-ter cod. pen. ed 1, co. 143 l. n. 244/2007 per la parte in cui, nel prevedere la confisca per equivalente anche per i reati tributari, “contrasterebbero, nel caso di sanatoria della posizione debitoria con l’Amministrazione finanziaria, con gli artt. 23 e 25 Cost., in quanto la restituzione all’Erario del profitto del reato fa venir meno lo scopo principale perseguito con la confisca, escludendo la temuta duplicazione sanzionatoria”; la Corte precisa, infatti, che “la confisca per equivalente – quale che sia la sua natura giuridica – ha la finalità di impedire che l’impiego economico dei beni di provenienza delittuosa possa consentire al colpevole di garantirsi il vantaggio che era oggetto specifico del disegno criminoso. La determinazione del profitto suscettibile di confisca coincide, quindi, con l’ammontare dell’imposta evasa. Pertanto, la sanatoria della posizione debitoria con l’amministrazione finanziaria fa venir meno lo scopo principale che si intende perseguire con la confisca. Ne consegue che la restituzione all’erario del profitto derivante dal reato elimina in radice lo stesso oggetto sul quale dovrebbe incidere la confisca. In caso contrario si avrebbe appunto un’inammissibile duplicazione sanzionatoria, in contrasto col principio che l’espropriazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al profitto derivato dal reato”³¹. La Corte, quindi, esclude correttamente l’applicazione obbligatoria della confisca del profitto in caso di ravvedimento del contribuente e di pagamento del debito tributario a seguito di procedura conciliativa o di ravvedimento, adottando una soluzione analoga a quella prevista dall’art. 8, co. 6, lett. c), della legge n. 289/2002 per i casi di condono fiscale, in cui si prevede espressamente una causa di esclusione della punibilità³². Tale orientamento dovrebbe coerentemente essere adottato anche in relazione alla confisca di prevenzione, perlomeno laddove viene applicata nei confronti di meri evasori fiscali o comunque nella misura in cui colpisca i proventi dell’evasione fiscale.

6.

Ulteriori argomenti: la giurisprudenza della Corte EDU.

Le Sezioni Unite citano a sostegno della loro posizione le sentenze della Corte EDU: “Anche la Corte EDU, proprio in materia di prevenzione, ha espresso concetti che ben si conciliano con le conclusioni qui raggiunte. Già la pronuncia del 22/02/1994, Raimondo c. Italia, rilevava come lo strumento della confisca di prevenzione fosse “destinata a bloccare i movimenti di capitali sospetti per cui costituisce un’arma efficace e necessaria per combattere questo flagello”. La decisione del 15/06/1999, Prisco c. Italia, affermava come la confisca di prevenzione “colpisce beni di cui l’autorità giudiziaria ha contestato l’origine illegale allo scopo che il ricorrente potesse utilizzarli per realizzare ulteriormente vantaggi a proprio profitto o a profitto dell’organizzazione criminale con la quale è sospettato di intrattenere relazione”. Origine illegale: dunque *contra legem*, come l’evasione fiscale; realizzare ulteriori vantaggi: dunque impedire il reimpiego. Il tutto secondo il principio generale secondo cui nessuno deve poter impunemente godere del frutto di una propria condotta illecita, tanto più se ripetuta e sistematica”.

In realtà dallo studio della giurisprudenza della Corte EDU emerge come la Corte Europea ha ritenuto i procedimenti di prevenzione patrimoniali non in contrasto con la CEDU in quanto perseguono “uno scopo legittimo e siano necessari per garantire il soddisfacimento di un interesse della collettività”, con **riferimento alla loro applicazione a soggetti a pericolosità qualificata**, valutando il sacrificio del diritto di proprietà, che la confisca misura di prevenzione comporta, quale strumento proporzionato allo scopo perseguito, individuato nella

³¹ Cass. Pen., Sez. III, 1 dicembre 2010, Provenzale, n. 10120, in *Mass. Uff.*, n. 249752; conforme Cass. Pen., 23 ottobre 2012, n. 45847; D’AVIRRO, *Reati tributari commessi dall’amministratore e confisca di valore dei beni dell’ente*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, p. 471.

³² MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2013, p. 720 ss..

lotta alla criminalità organizzata³³.

La misura in esame è espressione di una scelta di politica criminale, nell'ambito della quale si riconosce la discrezionalità del legislatore tanto nell'individuare i problemi di interesse pubblico, che richiedono una regolamentazione, quanto nella scelta delle modalità di applicazione della stessa. Nel caso di specie la Corte riconosce la validità delle ragioni di politica criminale, che hanno indotto il legislatore italiano ad adottare la misura in questione, a partire dalla necessità di garantire l'ordinata e pacifica convivenza sociale, ma facendo riferimento a soggetti a pericolosità qualificata e in particolare indiziati di appartenenza all'associazione mafiosa. Si osserva, infatti, che i profitti del reato, e in particolare del traffico di droga, attribuiscono alle associazioni criminali un enorme potere, tale da mettere in dubbio il primato del diritto dello Stato. Nel caso Prisco si evidenzia che "il fenomeno della criminalità organizzata ha assunto in Italia, proporzioni preoccupanti. Le associazioni di tipo mafioso si sono espanse a tal punto che, in determinate zone del territorio, il controllo dello Stato si trova grandemente in difficoltà. I profitti smisurati che tali associazioni traggono dalle loro attività illecite conferiscono loro un potere le cui dimensioni mettono in crisi la supremazia del diritto dello Stato. In tal senso, le misure adottate per contrastare questo potere economico, in particolar modo la confisca, sono apparse indispensabili per contrastare efficacemente tali associazioni criminose"³⁴. La confisca è, quindi, sicuramente giustificata, ad avviso della Corte EDU, dinanzi alla gravità e al dilagare del fenomeno mafioso³⁵.

La Corte europea ha assunto posizioni simili anche in relazione al *confiscation* inglese nel caso Phillips, forma di confisca allargata che presuppone una condanna, considerando anche in questo caso il sacrificio del diritto di proprietà proporzionato in considerazione dello scopo perseguito, la lotta al traffico di droga³⁶; si evidenzia che la pronuncia di un provvedimento di confisca rappresenta un'arma dissuasiva nell'ambito della lotta contro il traffico di droga, e, inoltre, privare una persona dei profitti derivanti da tale crimine significa garantire che i fondi in questione non vengano reinvestiti in quel traffico³⁷.

Nel caso Butler c. Royaume-Uni la Corte europea riprende le stesse argomentazioni in relazione a una forma di confisca senza condanna ma sempre al fine di garantire la lotta al traffico di stupefacenti: si tratta del sequestro e della confisca del *drug trafficking cash contemplate* dalla Parte II del DTA 1994, ribadendo che si tratta di una regolamentazione dell'uso della proprietà rispondente all'interesse generale, in questo caso rappresentato dalla lotta contro il traffico di stupefacenti³⁸.

Si dovrà verificare se la Corte EDU ritenga conforme al principio di proporzionalità l'allargamento dell'ambito di applicazione della confisca di prevenzione nei confronti dei soggetti indiziati di qualunque delitto con finalità di profitto, anche l'evasione fiscale. Come evidenziato in altra sede si dubita, poi, che tale allargamento sia compatibile con i dettami della Direttiva n. 42/2014 che non solo limita l'applicazione della confisca allargata, in seguito a condanna, al

³³ In particolare la Corte europea riconosce che la confisca antimafia costituisce un'ingerenza nel diritto di proprietà del ricorrente che, benché comporti un'espropriazione della proprietà, ai sensi del 1° comma dell'art. 1 del I Prot. Add. Conv., costituisce una forma di regolamentazione dell'uso dei beni, ai sensi del secondo comma dell'art. 1. La confisca in esame colpisce, infatti, dei beni, la cui origine illecita è stata previamente accertata dal tribunale, allo scopo di impedirne l'utilizzazione per la realizzazione di ulteriori benefici in favore dell'indiziato o dell'organizzazione criminale, alla quale si suppone appartenere, e a danno della collettività. Si tenta di impedire l'uso, illecito e dannoso per la società, di beni, dei quali non è possibile dimostrare la legittima provenienza. Ne deriva che l'ingerenza, che la confisca comporta nel diritto di proprietà dell'indiziato, è giustificata nell'interesse generale, Commission Eur., 15 aprile 1991, Marandino, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports* (DR) 70, p. 78; C. eur. dir. uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo v. Italy, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Série A vol. 281, p. 7; C. eur. dir. uomo, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; C. eur. dir. uomo, 25 marzo 2003, Madonia c. Italia, n. 55927/00, in *www.coe.it*, p. 4; C. eur. dir. uomo, 5 luglio 2001, Arcuri e tre altri c. Italia, n. 52024/99, *ivi*, p. 5; C. eur. dir. uomo, 4 settembre 2001, Riel c. Italia, n. 52439/99, *ivi*, p. 6; C. eur. dir. uomo, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, n. 399/02, *ivi*, p. 8.

³⁴ C. eur. dir. uomo, Prisco, cit.

³⁵ Cfr. anche C. eur. dir. uomo, 26 luglio 2011, Paleari c. Italia, n. 55772/08, § 34; C. eur. dir. uomo, 17 maggio 2011, Capitani e Campanella c. Italia, n. 24920/07, §§ 35 ss.; C. eur. dir. uomo, 26 luglio 2011, Pozzi c. Italia, n. 55743/08; C. eur. dir. uomo, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia, n. 4514/07; C. eur. dir. uomo, 2 febbraio 2010, Leone c. Italia, n. 30506/07.

³⁶ C. eur. dir. uomo, Phillips, cit., §§ 48-53, nega la violazione della garanzia del diritto di proprietà in base alla considerazione che la presunzione legale su cui si basa la forma di confisca in questione è proporzionata all'obiettivo da conseguire, e alla difficoltà di stabilire l'ammontare dei profitti derivanti dal traffico di stupefacenti (§ 49). Conforme C. eur. dir. uomo, 23 settembre 2008, Grayson & Barnham v. The United Kingdom, n. 19955/05 e 15085/06, § 53.

³⁷ C. eur. dir. uomo, Phillips c.p. Royaume-Uni, cit., § 52.

³⁸ C. eur. dir. uomo, Butler c. Royaume-Uni, 26 giugno 2002, Requete n. 41661/98, § 8; si tratta, ad avviso della Corte, di una disciplina proporzionata allo scopo da perseguire e garante dei diritti fondamentali (il controllo del *Magistrates' Court* e in appello del *Crown Court* sono sufficienti; i diritti della difesa sono garantiti). L'uso delle presunzioni è giustificato in materia penale, tanto più in materia civile.

settore della criminalità organizzata e a reati particolarmente gravi, puniti con pena detentiva con massimo non inferiore a quattro anni (art. 5, co. 2, lett. e), ma a monte non ammette il modello della confisca senza condanna (a parte l'ipotesi di fuga o malattia dell'interessato); fermo restando che la Direttiva non pregiudica la possibilità degli Stati membri di prevedere più efficaci – anche se meno garantistici – strumenti di confisca anche ai fini del mutuo riconoscimento ai sensi della decisione quadro n. 783/2006 (anche se gli Stati membri possono rifiutare il mutuo riconoscimento di strumenti non contemplati nella direttiva).

7.

La confisca dell'impresa "illecita".

La Corte, infine, applica lo stesso ragionamento alla base della confisca della c.d. "impresa mafiosa" all'ipotesi in esame, in cui avviene il reinvestimento dei proventi dell'evasione fiscale in un'impresa originariamente lecita (per il capitale investito) e che svolge un'attività economica legale; si ritiene, infatti, che non sarà più possibile distinguere il lecito dall'illecito e che si dovrà confiscare tutta l'impresa divenuta del tutto **illecita** a causa del massiccio reinvestimento dei proventi dell'evasione fiscale: "Infine, il caso di specie – in cui è pacifico, essendo addirittura oggetto di aperta rivendicazione nei motivi di ricorso, che l'evasione fiscale è stata ripetuta negli anni, sistematica e "colossale" – preclude di entrare nella valutazione della problematica circa la quota confiscabile (che avrebbe senso solo ove si trattasse di un'evasione puntuale, circoscritta ed un insussistente, senza effettivo reimpiego) essendosi di contro in realtà realizzato il reimpiego e la confusione totale tra profitti leciti ed illeciti; del resto, al di là dell'impossibilità pratica di accertare la concreta distinzione in caso di lunghi periodi, è del tutto evidente, per legge economica, che le attività lecite non sarebbero state le stesse (con quei volumi e con quei profitti) ove vi fosse stato impiego di capitali minori (solo quelli leciti): dunque l'inquinamento, per definizione e per legge logico-economica, non può non essere onnipervasivo e travolgente". Si accoglie quell'orientamento in base al quale laddove si tratta di un'attività continuativa volta all'evasione fiscale, i cui proventi sono reinvestiti nell'attività imprenditoriale, il reimpiego comporta l'illiceità degli ulteriori redditi prodotti e rende difficile lo scorporo dei redditi leciti dagli illeciti, diventando tutto confiscabile (in termini problematicamente simili a quanto si afferma attraverso il concetto di "impresa mafiosa")³⁹. Una simile interpretazione rischia di trasformare la confisca dei profitti (prezzo, prodotto) e del reimpiego **in uno strumento di confisca generale dei beni**, in virtù della nozione di "obiettiva commistione" tra investimenti leciti e investimenti illeciti che non consentirebbe di distinguere i beni di origine lecita da quelli di origine illecita⁴⁰.

Questo ragionamento onestamente spaventa, perché già sembra assolutamente criticabile quella giurisprudenza che consente l'ablazione di tutta l'impresa c.d. "mafiosa", invece di procedere al calcolo del valore del "reimpiego" ai fini dell'applicazione della confisca ex art. 2-ter l. 575/65, trasformando la confisca dei proventi illeciti in una forma di confisca generale dei beni; a parte la considerazione che il concetto di "impresa mafiosa" viene utilizzato strumentalmente non solo per confiscare imprese nella diretta disponibilità dell'organizzazione mafiosa e gestite avvalendosi del metodo mafioso⁴¹, ma piuttosto attività imprenditoriali in qualche modo contaminate in base al giudizio di pericolosità sociale, indipendentemente da quale sia l'origine del patrimonio o la porzione degli interessi di origine illecita. L'utilizzo dello schema dell'impresa mafiosa finisce per servire a mere esigenze di semplificazione probatoria.

Se poi tale approccio si utilizza nell'ipotesi di evasione fiscale, sembra che si realizzi una violazione del principio di legalità, trasformando la confisca del frutto o reimpiego in una confisca generale dei beni, e di proporzione come *Oberbegriff*, in termini di mancanza di necessità

³⁹ MENDITTO, *Le misure di prevenzione*, op. cit., p. 337.

⁴⁰ MAUGERI, *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in MAZZA-VIGANO', *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009, 425; ID., *Dall' actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?*, in *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, a cura di VISCONTI-FIANDACA, Torino, 2010, pp. 297 ss.; ID., *La confisca ex art. 3-quinquies l. 575/65: la nozione di agevolazione e l'oggetto della confisca* (decreto Tribunale di Palermo, Martello 2009), in *Dir. pen. cont.*, 29 giugno 2011.

⁴¹ Cass. Pen., 10 gennaio 2007, n. 5640, Schimmenti.

del mezzo rispetto ad altre forme di tutela meno invasive per proteggere gli interessi finanziari statuali, nonché in termini di proporzione in senso stretto, nel senso che il sacrificio che così si finisce per imporre al diritto di proprietà e di iniziativa economica non appare proporzionato rispetto allo scopo. Salva l'ipotesi in cui l'impresa sia destinata esclusivamente alla frode fiscale, rappresenti solo un paravento per lo svolgimento dell'attività illegale.

Contro tale orientamento giurisprudenziale, che tende a sottrarsi alla prova dell'ammontare del reimpiego e quindi dell'origine illecita dei beni attraverso l'*escamotage* rappresentato dalla categoria dell'impresa mafiosa, la stessa giurisprudenza della Suprema Corte, del resto e come esaminato in altra sede, delimita l'ambito di applicazione delle forme di confisca in questione precisando, innanzitutto, che gli indizi dell'origine illecita dei beni da confiscare **“devono essere inerenti a ciascuno dei beni e/o delle somme impiegate per il loro acquisto”**⁴²; se fosse possibile procedere alla confisca senza dover provare la sproporzione o l'origine illecita rispetto ai singoli beni non avrebbe neanche senso l'introduzione della confisca per equivalente della confisca di prevenzione (art. 2-ter, co. 10) (e della confisca ex art. 12-sexies d.l. 306/92), introdotta con il d.l. n. 92/2008 (e anche con la l. n. 94/2009, in relazione al 12-sexies). Non solo, ma la giurisprudenza della Suprema Corte impone ai fini del rispetto del diritto di proprietà e di iniziativa economica (art. 42 Cost.) la necessità di limitare l'applicazione della confisca al reimpiego in senso stretto, “alla quota ideale del bene, rapportata al maggiore valore assunto per effetto del reimpiego dei profitti illeciti, e valutata al momento della confisca”⁴³; si richiama l'esigenza di “un'analisi selettiva, per differenziare quanta parte di redditività possa ragionevolmente imputarsi alla fruibilità (e conseguente utilità economica) di illeciti apporti finanziari e quanta parte possa, viceversa, ritenersi risultato economico di disponibilità finanziarie lecite e legittimamente investite”, con l'invito a compiere tale “attività di rivisitazione ... sulla base di dati economici-finanziari di sicuro affidamento”⁴⁴.

Infine, da ultimo, la Suprema Corte ha cercato di delimitare la stessa nozione di impresa mafiosa, negando che si possa desumere «la natura latamente mafiosa dei beni dalla “disponibilità” del titolare ad entrare in rapporti d'affari con esponenti mafiosi ...», occorre invece la prova, secondo lo statuto probatorio del giudizio di prevenzione, che l'azienda sia “frutto di attività illecita” o che l'impresa si sia concretamente avvalsa, nello svolgimento della sua attività, delle aderenze mafiose del titolare»⁴⁵. Anche la Direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea n. 42/2014⁴⁶, nel definire il concetto di profitto del reato nel considerando n. 11, precisa che nel caso di commistione dei proventi del reato con beni di origine lecita, sarà possibile confiscare nel rispetto del limite del valore dei proventi illeciti.

Emerge la necessità costituzionalmente imposta di limitare l'ambito di applicazione della confisca in esame richiedendo la “stretta corrispettività tra l'oggetto della confisca e l'entità patrimoniale corrispondente alla misura dell'illecito arricchimento”.

⁴² Cass. Pen., 1 marzo 1991, Piromalli ed altri, in *Giur. it.* 1992, II, c. 299; Cass. Pen., 17 novembre 1989, Nuvoletta ed altri, in *Giust. pen.* 1991, c. 354; PASCALI-CHERUBINI, *La misura di prevenzione patrimoniale nella normativa antimafia. Il problema della tutela civile dei creditori*, Bari 1999, p. 71. Così Cass. Pen., 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, in *Cass. pen.* 1993, p. 2377; conforme Cass. Pen., 16 gennaio 2007, n. 5234 in *Guida al Dir.*, 2007, p. 1067; Cass. Pen., 13 giugno 2006, Cosoleto e altri, CED Rv. 234733; Cass. Pen., 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2704; Cass. Pen., 28 marzo 2002, Ferrara, *ivi*, 2003, p. 605; Cass. Pen., 21 aprile 1999, Corria, *ivi*, 2000, p. 1048; Cass. Pen., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, *ivi*, 1999, n. 1708, p. 3238; Cass. Pen., 13 marzo 1997, n. 1105, Mannolo, *ivi*, 1998, n. 1070, p. 1774; Cass. Pen., 22 giugno 1988, Raffa, *ivi*, 1989, n. 672.

⁴³

⁴⁴ Cass. Pen., Sez. V, 25 gennaio 2012, n. 17739, *Richichi-Vadala*; cfr. Trib. Napoli, Sez. app. mis. prev., 6.7.2011 (dep.), Pres. ed est. Menditto. Da ultimo cfr. Cass. Pen., Sez. V, 17/12/2013 (dep. 17/3/2014), n. 12493, Pres. Marasca, Relatore Settembre, Imp. Cinà, con nota di MAUGERI, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali*, in *questa Rivista*, 26 gennaio 2015.

⁴⁵ Da ultimo cfr. Cass. Pen., Sez. V, 17/12/2013 (dep. 17/3/2014), n. 12493, Pres. Marasca, Relatore Settembre, Imp. Cinà, con nota di MAUGERI, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa*, op. cit.

⁴⁶ Direttiva n. 42/2014 del Parlamento europeo e Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea (14CE0830), su Gazz. Uff. *Pubblicata nel n. L 127 del 29 aprile 2014*, p. 192. Sulla versione della Proposta emendata dalla Commissione LIBE, – RELAZIONE sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea (COM(2012)0085-C7-0075/2012-2012/0036(COD) da parte della Commissione LIBE, A7-0178/2013, 20 maggio 2013, in <http://www.europarl.europa.eu/sides/> –; cfr. MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di “confisca europea” nel rispetto delle garanzie Cedu?*, in *questa Rivista*, n. 3, 2013, p. 252; MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *questa Rivista*, 16 luglio 2013.

8.

I rapporti con la fattispecie di autoriciclaggio.

I primi commentatori della novella fattispecie di autoriciclaggio, art. 648-ter, co. 1, hanno correttamente messo in evidenza la possibilità che l'evasore fiscale che reimpiega i proventi della frode fiscale nella sua attività economica possa integrare la nuova fattispecie, anche se si è ritenuto di poter negare la verifica di tale possibilità in base alla considerazione che "secondo un insegnamento risalente della giurisprudenza di merito e di legittimità, poiché il profitto nelle fattispecie tributarie si sostanzia in un mancato depauperamento, senza un arricchimento evidente e tangibile nella disponibilità dell'autore, tale utilità, restando confusa nel complesso delle disponibilità di chi ne ha tratto vantaggio, si sottrae a qualsiasi possibilità di specificazione in senso civilistico e, quindi, di individuazione come oggetto materiale definito di un successivo riciclaggio o re-impiego"⁴⁷. Non si ritiene condivisibile il contrario recente orientamento giurisprudenziale, in base al quale il profitto risparmio della frode fiscale potrebbe rientrare nell'ampio concetto di "altre utilità" di cui all'art. 648-bis c.p. inteso come «[ricomprensivo] tutte quelle utilità che abbiano, per l'agente che abbia commesso il reato presupposto, un valore economicamente apprezzabile», con la conseguenza che rientrano tra i reati presupposti anche "quelle attività fraudolente a seguito delle quali l'agente impedisce che il proprio patrimonio s'impoverisca" come la frode fiscale⁴⁸; si finirebbe per ammettere un riciclaggio concretizzato dall'«impiego per "equivalente", in cui non sia possibile identificare, indipendentemente e anteriormente alla condotta di sostituzione, trasferimento o re-impiego, l'oggetto materiale dei delitti di cui agli artt. 648-bis e ter c.p.»⁴⁹.

Questa presa di posizione è assolutamente condivisibile laddove accoglie una nozione di profitto del reato compatibile con l'orientamento prevalente della giurisprudenza, confermato dalle Sezioni Unite (26654/2008) in base al quale il profitto del reato confiscabile deve essere rappresentato da un "beneficio aggiunto di tipo patrimoniale", "pertinente al reato" secondo un rapporto "causa-effetto", nel senso che il profitto deve essere "una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato"⁵⁰ e quindi il risparmio di spesa non rientrerebbe in tale nozione, tanto è vero che in relazione ai reati tributari la giurisprudenza non riteneva confiscabile il profitto risparmio con la confisca diretta, e proprio per questo si riteneva che fosse stata introdotta la confisca per equivalente, – art. 1, co. 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 –, per compensare la pratica inoperatività delle ordinarie ipotesi di confisca ai reati tributari; la confisca diretta pretendendo un rapporto di pertinenzialità tra "prodotto, profitto e prezzo", da un lato, e "reato", dall'altro, non sarebbe stata applicabile perlomeno in tutte le ipotesi in cui i vantaggi illeciti fossero costituiti da un risparmio di spese dovute a titolo di mancato versamento (nella maggior parte dei casi)⁵¹. In base a questo orientamento, la confisca per equivalente, allora, consentirà di confiscare le "somme sottratte dal pagamento dell'imposta dovuta, e, pertanto, si connota come profitto-risparmio"⁵², come stabilito anche dalle Sezioni Unite nel caso Adami⁵³; l'istituto si applica, infatti, ai reati fiscali che determinano l'insorgere

⁴⁷ CAVALLINI-TROYER, *Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del "vicino ingombrante"*, in questa Rivista, n. 1, 2015; conforme LIGUORI, *Rapporti tra condotte principali e reato-presupposto*, in AA.VV., *Riciclaggio e reati connessi all'intermediazione mobiliare*, a cura di MANNA, Torino, 2000, p. 103 ss.; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2003, pp. 488 ss.; ZANCHETTI, voce *Riciclaggio*, in *Dig. pen.*, XII, 1997, p. 398 ss..

⁴⁸ Cfr. LA MANNA, *Autoriciclaggio: un privilegio da abolire*, in *Riv. della guardia di finanza*, n. 3, 2014, p. 885.

⁴⁹ CAVALLINI-TROYER, op. cit., p. 17. Cfr. contro l'incriminazione dell'autoriciclaggio NADDEO-MONTEMURRO, *Autoriciclaggio e teoria degli insiemi: un «privilegio» matematicamente sostenibile*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, p. 338 ss..

⁵⁰ Cass. Pen., Sez. Un., 2 luglio 2008, n. 26654; BONELLI, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di "profitto" confiscabile/sequestrabile. Nota a Cassazione penale, sez. VI, 18 febbraio 2010 n. 27746 – Cassazione penale, sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748 – Tribunale di Milano, 3 novembre 2010, G.u.p. D'Arcangelo*, in questa Rivista, n. 1, 2012, p. 133.

⁵¹ Cass. Pen., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, in *Il Fisco*, 43/2004, p. 7355.

⁵² Trib. Milano, 20 aprile 2011, G.i.p. D'Arcangelo, n. 6733/10 R.G.N.R.-n. 7453/10 R.G.Gip.; Cass. Pen., 9 ottobre 2012, n. 42120, S.R., in *Diritto & Giustizia*, 2012, 31 ottobre (con nota di DI GIACOMO): "È confiscabile qualunque illecito risparmio di imposta tra cui è ricompresa anche l'elusione del pagamento degli interessi e delle sanzioni amministrative sul debito tributario"; Cass. Pen., Sez. III, 18 dicembre 2012, Bofanti.

⁵³ Cass. Pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 18374, Adami e altro, in *Cass. pen.*, 2014, 1, p. 120; Cass. Pen., Sez. III., 5 marzo 2013, n. 32799; Cass. Pen., Sez. VI, 14 novembre 2012, n. 11029.

di un debito tributario⁵⁴.

Le Sezioni Unite, però, con la sentenza *Gubert*, n. 10561/2014, fanno rientrare nella nozione di profitto confiscabile con la confisca diretta (di proprietà) e non con la confisca per equivalente anche il risparmio, che consiste nel tributo non pagato, attraverso un ragionamento in base al quale la Corte ritiene sostanzialmente che il denaro che il soggetto ha risparmiato, in quanto tributo non versato, rappresenta il profitto direttamente confiscabile, che in quanto bene fungibile può essere sottratto al reo con la confisca diretta ex art. 240 c.p. o 322-ter c.p. perché la “confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta”⁵⁵. A parte il fatto che la giurisprudenza ha espressamente riconosciuto il riciclaggio anche rispetto ai delitti il cui provento consiste nel mancato depauperamento del patrimonio⁵⁶. Ne consegue che in base a questa interpretazione nella nozione di profitto del reato rientra direttamente il risparmio di spesa, rappresentato nei delitti tributari come l’infedele dichiarazione (art. 4 del d.lgs. n. 74 del 2000) nel risparmio dell’imposta dovuta, con la conseguenza che si potrebbe arrivare a ipotizzare che qualunque investimento di denaro nella propria azienda o comunque in un’attività economica in misura corrispondente all’imposta evasa, successivo alla evasione, concretizza la condotta di autoriciclaggio perché quella somma è provento del reato (purché si tratti del provento di “delitti”⁵⁷). Del resto già in relazione alla fattispecie di riciclaggio si osserva in dottrina che l’Azione comune 3 dicembre 1998 del Consiglio dell’Unione europea n. 98/699/GAI, si limitava nell’art. 1 co. 1 a lasciare impregiudicato il problema della confisca dei proventi derivanti da reati punibili ai sensi della legislazione fiscale⁵⁸, e la direttiva 2001/97/CE imponeva il recepimento della nozione di “reato grave” di cui alla medesima Azione comune n. 98/699/GAI, che (richiamando la Convenzione di Strasburgo del 1990 in materia di riciclaggio e confisca) comprende «i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno ovvero, per gli Stati il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi»; più recentemente nelle Raccomandazioni del GAFI, nella versione del 2012, si fanno rientrare anche i reati tributari tra i reati presupposto del riciclaggio e la IV Direttiva antiriciclaggio, approvata in prima lettura dal Parlamento europeo l’11 marzo 2014⁵⁹, individua espressamen-

⁵⁴ L’art. 1, co. 143 della legge n. 244/2007 si applica ai soli reati previsti dagli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis, 10-quater e 11 del d.lgs. n. 74/2000. Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 23 ottobre 2012, n. 45849, Chierico, in *Guida al diritto*, 2013, n. 1, p. 81; conforme Cass. Pen., Sez. III, 23 gennaio 2013, n. 7078, Piccolo, con nota di AMATO, *Reati tributari: nel sequestro ai fini della confisca l’importo non deve eccedere il valore del profitto*, in *Guida al diritto* 2013, n. 12, p. 38; Cass. Pen., Sez. VI, 17 marzo 2009, Paggiaro; Cass. Pen., Sez. VI, 6 febbraio 2009, Ramponi e altro; Cass. Pen., 26 maggio 2010, n. 25890, *Molon*, Rv. 248058; cfr. Cass. Pen., Sez. III, 16 maggio 2012, n. 25677; Cass. Pen., Sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843, Mazzieri, Rv. 251525; Cass. Pen., Sez. III, 7 luglio 2010, n. 35807, Bellonzi e altri, Rv. 248618; Cass. Pen., Sez. III, 3 maggio 2013 (c.c. 6 marzo 2013), n. 19099, Ric. D.V.M., in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 1468, con nota di PORCU, *Sequestro e confisca per equivalente e reati tributari: un sottosistema speciale?*

⁵⁵ Cass. Pen., Sez. Un., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10561, *Gubert*, in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2014.

⁵⁶ Cass. Pen., Sez. II, 15 febbraio 2012, n. 6061; Cass. Pen., Sez. II, 17 gennaio 2012, n. 6061; Cass. Pen., Sez. I, 13 gennaio 2009, n. 1025. Cfr. NASTASIA-QUERQUI, *I reati tributari quali delitti presupposto di fatti di (auto)riciclaggio e (auto)impiego*, in *Riv. della Guardia di Finanza*, 2014, p. 788.

⁵⁷ “Già, con il più volte citato, parere dell’UIF (allora VIC-Ufficio Italiano Cambi) del 21 giugno 2006, l’Ufficio sosteneva che l’attenzione andava indirizzata verso quelle operazioni che possono fondatamente far nascere il sospetto che siano attuate con “fondi neri” derivanti da evasione fiscale di una tale entità e rilevanza da rientrare nelle ipotesi delittuose previste dalla legislazione penale tributaria. Solo l’evasione che costituisce delitto, infatti, può considerarsi generatrice di denaro, beni o altre utilità che, se sostituite, trasferite, occultate o impiegate comportano, per chi compie questi atti (sempre che non si tratti del contribuente evasore o di chi ha con lui concorso nel compiere il reato), la consumazione del reato di riciclaggio, così come previsto dagli artt. 648-bis e 648-ter c.p.”, LA MANNA, op. cit., p. 879.

⁵⁸ Articolo 1: 1. Al fine di potenziare l’azione efficace contro la criminalità organizzata gli Stati membri garantiscono che non sia fatta o accolta alcuna riserva sui seguenti articoli della convenzione del Consiglio d’Europa del 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato (in prosieguo denominata «la convenzione del 1990»):

a) Articolo 2: se il reato è punibile con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno.

b) Articolo 6: se si tratta di reati gravi. Tali reati includono in ogni caso i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata massima superiore ad un anno ovvero, per gli Stati il cui ordinamento giuridico prevede una soglia minima per i reati, i reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà di durata minima superiore a sei mesi.

La lettera a) lascia impregiudicate le riserve fatte relativamente alla confisca dei proventi derivanti da reati punibili ai sensi della legislazione fiscale.

⁵⁹ Il Consiglio dell’Unione europea ha raggiunto un accordo con il Parlamento europeo per la messa a punto della nuova IV direttiva antiriciclaggio e del nuovo Regolamento sui trasferimenti di fondi, che introducono nell’Unione le più recenti raccomandazioni della Financial Action Task Force (FATF/GAFI), cfr. *Antiriciclaggio, trovato l’accordo per la IV Direttiva UE*, pubblicata sul sito del Ministero dell’economia e delle finanze – Dipartimento del Tesoro.

te, nel Considerando n. 9, i delitti tributari in materia di IVA e imposte dirette tra le attività criminose da cui possono generarsi fondi “sporchi” da riciclare. Si rileva, inoltre, che non sussiste un preciso fondamento su un piano politico-criminale per negare la configurabilità del riciclaggio rispetto ai beni “ricavati” illecitamente in quanto indebitamente trattenuti nel patrimonio del soggetto agente⁶⁰.

Nell’ambito della “Relazione della Commissione Ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata (D.M. 10 Giugno 2013)”, – Commissione presieduta dal Prof. Fiandaca –⁶¹, si prende espressamente posizione a favore dell’autoriciclaggio anche dei proventi del delitto tributario⁶². Tale scelta, ad avviso della dottrina, si pone “in continuità con i costanti inviti a contrastare il riciclaggio da frode fiscale da parte della normativa internazionale e della Banca d’Italia che, nelle «Istruzioni operative per l’individuazione di operazioni sospette» del 12 gennaio 2001, ha conferito rilevanza anche ai reati presupposto intesi ad evitare esborsi o comunque diminuzioni patrimoniali, tra cui si pongono tipicamente i delitti di frode fiscale”⁶³.

E allora, “seguendo la giurisprudenza più recente, ove l’infedele dichiarazione sia compiuta dall’amministratore nell’interesse della società, restando il risparmio d’imposta confuso nel patrimonio sociale, ne seguirebbe come effetto automatico il re-impiego in attività economiche: si potrebbe, persino, accusare l’amministratore di autoriciclaggio, affermando che costui abbia pagato i dipendenti con i proventi del delitto tributario”⁶⁴.

Nel caso di specie in cui, come afferma la Suprema Corte, “la rivendicata evasione fiscale (definita “massiccia e colossale”) sia perdurata molti anni (negli anni ‘90) con dichiarato ripetuto e sistematico reinvestimento, anno dopo anno, di tali illecite utilità”, si potrebbe applicare la fattispecie di autoriciclaggio, salvo il rispetto del principio di irretroattività.

Probabilmente questo è uno degli scopi di politica criminale perseguiti con l’introduzione della nuova fattispecie, oltre alla semplificazione probatoria; punire più severamente o comunque introdurre un ulteriore deterrente nei confronti anche dell’evasione fiscale, scopo molto più concreto di quello della lotta al crimine organizzato, – tanto decantato nel dibattito sull’introduzione dell’autoriciclaggio –, nel senso che non si ritiene che tale lotta, disponendo già della confisca di prevenzione anche del reimpiego, dell’aggravante dell’art. 416-*bis* co. 6⁶⁵ e della fattispecie di cui all’art. 12-*quinquies* d.l. n. 306/92, usufruirà sostanzialmente del nuovo strumento⁶⁶. In relazione a tutti i reati fonte di profitto illecito, si potrà applicare questa sorta di aggravante dei reati presupposti⁶⁷, – che punisce spesso il comportamento di autoriciclaggio ben più severamente della fattispecie base, fermo restando che la confisca del provento del reato investito era già possibile in base alla confisca penale ex art. 240 c.p. o alle forme di confisca speciale obbligatoria del profitto, in quanto il reimpiego rientra nel concetto di surrogato direttamente confiscabile, come pacificamente riconosciuto in giurisprudenza⁶⁸. La fattispecie di autoriciclaggio consentirà di punire l’evasione fiscale ben più gravemente della stessa fattispecie di frode fiscale a monte e anche laddove il reato base sia prescritto. L’aver limitato l’autoriciclaggio alle ipotesi in cui i proventi illeciti sono reinvestiti in un’attività economica

⁶⁰ SEMINARA, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 238.

⁶¹ In *questa Rivista*, 12 febbraio 2014.

⁶² “1. Fuori dai casi previsti dall’art. 648, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da Euro 10.000 a Euro 100.000 chiunque compie atti od operazioni in concreto idonei ad ostacolare l’identificazione dei proventi di un delitto doloso. Ai fini del presente articolo, per proventi si intendono denaro, beni o altre utilità, anche ottenute o ricavate da un delitto tributario o doganale”.

⁶³ BRIZZI-CAPECCHI-RINAUDO, *La reimmersione della liquidità illecita nel circuito economico ed il delitto di reimpiego tra prevenzione patrimoniale e giustizia penale: prospettive di futura armonizzazione*, in *Archivio Penale (web)*, n. 2, 2014, 17.

⁶⁴ CAVALLINI-TROYER, op.cit., p. 18.

⁶⁵ “Se le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto, o il profitto di delitti, le pene stabilite nei commi precedenti sono aumentate da un terzo alla metà”.

⁶⁶ Sulle problematiche relative alla punibilità del riciclatore dei proventi dell’associazione mafiosa cfr. Cass. Pen., Sez. Un., 27 febbraio 2014 (dep. 13 giugno 2014), n. 25191, Ric. Iavarazzo; AMORE, *Il punto e l’acapo sull’autoriciclaggio dei proventi delle consorterie criminali di stampo mafioso dopo le S.S.U.U. n. 25191 del 2014*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ottobre 2014, favorevole alla punibilità dell’autoriciclaggio; CASTALDO-NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova 2010, p. 95 ss..

⁶⁷ SEMINARA, op. cit., p. 236, rileva che la punizione dell’autoriciclaggio si risolverà, in considerazione dell’estrema ampiezza dell’art. 648-*bis* c.p., in una pressoché automatica causa di aggravamento della responsabilità per il reato presupposto, in particolare per i reati contro il patrimonio, “indipendente dal disvalore rinvenibile nell’impiego del bene o dagli effetti ad esso ricollegabili”: “esito, questo, forse da taluni apprezzabile sul piano della prevenzione generale ma certamente disastroso per la razionalità del sistema, anche alla luce della severità delle pene applicabili” (“per il reato continuato si applica la sanzione prevista per il reato più grave, aumentata fino al triplo (art. 81 comma 2 c.p.)”). Cfr. ANGELINI, *Il reato di riciclaggio (art. 648-bis c.p.). Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, Torino, 2008, p. 19 ss..

⁶⁸ Cfr. D’ARCANGELO, *Fondamento e limiti della non punibilità dell’autoriciclaggio*, in *Ind. Pen.* 2014, p. 313.

evidenzia l'intento del legislatore di tentare di superare le obiezioni relative alla violazione del *ne bis in idem* sostanziale attraverso una precisa tipicizzazione del disvalore della fattispecie in esame, destinata a tutelare l'ordine economico e, in particolare, la libera concorrenza e la stabilità del mercato contro quella minaccia rappresentata dall'immissione di denaro sporco, prevenendo la conseguente destabilizzazione del mercato⁶⁹; fermo restando che tale scelta di politica criminale, ispirata al principio di frammentarietà, può determinare delle iniquità nella prassi laddove si punisce l'imprenditore che reinveste per lecite finalità nella propria azienda (paga i fornitori o i dipendenti, compra nuovi macchinari, investe nella ricerca) e non si punisce l'imprenditore che evade le tasse per soddisfare futili esigenze (senza offendere, però, la libera concorrenza). Emerge, inoltre, la problematicità e l'incoerenza di un sistema che da una parte punisce l'autoriciclaggio più severamente del delitto a monte, dall'altra ha recentemente approvato un progetto di legge per innalzare l'area dell'irrelevanza penale dell'evasione fiscale⁷⁰ e concede spesso condoni fiscali, esprimendo divergenti e contraddittori messaggi in ordine al disvalore di tale fenomeno.

Inoltre, la perseguibilità dell'autoriciclaggio dei proventi dell'evasione fiscale si scontrerà con problemi applicativi per la difficoltà che talora emerge nella prassi nella determinazione dell'imposta evasa: "è un processo che può prestarsi, come spesso accade, alla più arbitraria interpretazione da parte degli organi accertatori, che poi sono quelli che trasmettono all'autorità giudiziaria la notizia di reato. Ed è sulla base di una notizia di reato, frutto di soluzioni rimesse a criteri presuntivi che dominano la materia tributaria e che si rivelano spesso contraddittori ed arbitrari, che si fonda il reato tributario presupposto il cui profitto potrà essere oggetto di autoriciclaggio da parte dell'autore del reato presupposto"⁷¹. A parte le problematiche che emergeranno in termini di rispetto del principio di irretroattività, come evidenziato in dottrina: il datore di lavoro dovrebbe non pagare gli stipendi o i fornitori per evitare di investire i proventi dell'evasione fiscale⁷².

L'unico elemento che potrebbe limitare l'applicazione della nuova fattispecie nel settore in esame è determinato dal fatto che la condotta di reinvestimento del profitto dovrebbe essere specificamente idonea ad "ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa", una caratteristica della condotta che assume una particolare valenza rispetto a un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale ingiustificato da nascondere o comunque di cui occorre ostacolare l'identificazione, ma di difficile configurazione rispetto al mero risparmio di spesa non materialmente identificabile nel patrimonio del contribuente⁷³.

In ogni caso laddove si configuri l'incriminazione per autoriciclaggio dei proventi dell'evasione fiscale sarebbe, perlomeno, auspicabile che sia iniziata "un'indagine per autoriciclaggio solo ove sia intervenuta una risposta seria, frutto di un'indagine adeguata e non di un semplice accertamento tributario, che può costituire la notizia di reato, sull'entità dell'imposta evasa che rappresenta uno degli elementi costitutivi del reato di frode fiscale mediante artifici, o di dichiarazione infedele. Sarà forse necessaria una sorta di pregiudiziale tributaria che accerti correttamente l'entità dell'imposta evasa, prima di procedere per autoriciclaggio del profitto derivante dal reato tributario"⁷⁴. La particolare severità della pena prevista, infine, rende ancora più urgente l'auspicio, già espresso in dottrina per il riciclaggio, di introdurre dei meccanismi di graduazione

⁶⁹ Cfr. SEMINARA, op. cit., p. 238 il quale osserva che "l'immissione nei circuiti economici di denaro "sporco" determina un'alterazione dei meccanismi della libera concorrenza a causa della sua sottrazione alla legge della correlazione tra costi e profitti gravante sugli operatori onesti e risulta in grado anche di innescare ulteriori effetti criminogeni rispetto sia al fenomeno dell'usura che al corretto funzionamento del mercato del lavoro, così da porsi come un gravissimo ostacolo allo sviluppo economico".

⁷⁰ Si veda *infra* nota 91.

⁷¹ D'AVIRRO, *Come funziona il nuovo reato di autoriciclaggio*, in *Formiche*, 16 dicembre 2014.

⁷² BRUNELLI, *Autoriciclaggio e divieto di retroattività: brevi note a margine del dibattito sulla nuova incriminazione*, in *questa Rivista*, n. 1, 2015, il quale ritiene che "l'incriminazione dell'autoriciclaggio non incarna solo uno strumento per rendere più efficace la lotta contro la circolazione delle ricchezze illecite, come hanno proclamato i suoi fautori, ma determina anche una più approfondita tutela dei beni a cui mira la previsione del reato presupposto, rappresentando (almeno in linea teorica) per l'aspirante reo un ostacolo maggiore al conseguimento della rendita da reato e quindi una ragione in più per astenersi dalla sua realizzazione".

⁷³ Idem.

⁷⁴ D'AVIRRO, *Come funziona il nuovo reato di autoriciclaggio*, op. cit..

della stessa in considerazione del diverso disvalore del fatto⁷⁵.

9.

Proposta di riforma dell'art. 12-*sexies* d.l. 306/92.

L'art. 4 del disegno di legge n. 2798 presentato dal Governo alla Camera dei Deputati il 23 dicembre 2014, recante “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi e per un maggiore contrasto al fenomeno corruttivo, oltre che all’ordinamento penitenziario per l’effettività ri-educativa della pena”, connette alla lotta contro il fenomeno della corruzione la necessità di riformulare e ampliare l’ambito di applicazione dell’art. 12-*sexies* d.l. 306/92. Nella medesima direzione l’art. 27 del d.d.l. 2134/S approvato alla Camera dei deputati nel novembre del 2015 “Modifiche al Codice antimafia e delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate”, A.C. 1039 e abb..

Tra le modifiche, a parte la riformulazione del comma 1 mediante un’elencazione sistematica delle fattispecie di reato cui si applica la confisca, effettuata anche attraverso il rinvio all’articolo 51, co. 3-*bis*, del codice di procedura penale⁷⁶ – in simmetria si potrebbe dire con le ipotesi di pericolosità qualificata cui si applica la confisca di prevenzione –, spicca l’espressa introduzione di “una specifica preclusione in ordine alla possibilità che la giustificazione della legittima provenienza dei beni si fondi sulla disponibilità di denaro provento o reimpiego di evasione fiscale”; la modifica recita: “In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego di provento dell’evasione fiscale”.

Il legislatore vuole intervenire con una precisa scelta di politica criminale per rimediare alla divergenza di opzioni interpretative, sopra esaminata, della Suprema Corte in relazione alla confisca di prevenzione e alla confisca allargata, sancendo che anche in relazione alla confisca allargata – e non solo in relazione alla confisca di prevenzione – non sarà possibile sottrarre i beni alla confisca o comunque giustificarne l’origine lecita adducendo che sono stati acquistati con il provento dell’evasione fiscale.

In realtà la formulazione utilizzata della disposizione non impedisce in base al dato letterale di dimostrare il carattere proporzionato di un acquisto, nel momento in cui è avvenuto, grazie all’intervento di redditi di origine lecita ma sottratti alla tassazione, impedisce solo di tenere conto dei proventi dell’evasione fiscale – nella misura corrispondente alle tasse evase – o del reimpiego del provento, con la conseguenza che tali proventi, sia che derivino dall’evasione penalmente rilevante sia che derivino da un illecito amministrativo, rientreranno nell’ambito di applicazione della confisca allargata e non potranno essere sottratti solo attraverso l’eventuale confisca prevista dalla disciplina tributaria.

Si dovrebbe capire se invece l’intento del legislatore non sia più radicale e cioè sia volto ad impedire all’evasore di dimostrare il carattere proporzionato del valore del bene al momento dell’acquisto attraverso quella parte del proprio reddito imponibile di fonte lecita, sottratta alla tassazione; non dovrebbe essere consentito al condannato dimostrare “*in modo serio la titolarità di un’attività economica che superi di fatto l’immagine reddituale rappresentata al fisco*”, come invece consente la più recente giurisprudenza⁷⁷. Una simile opzione finirebbe per utilizzare la confisca allargata come strumento per punire l’evasione fiscale, – indirettamente perché la confisca allargata non è prevista contro i reati fiscali –, compiuta dal soggetto condannato per un altro crimine, impedendogli di dimostrare il carattere proporzionato dei propri acquisti con redditi non dichiarati e quindi allargando la quantità dei beni che risulteranno di valore spro-

⁷⁵ SEMINARA, op. cit., p. 242 invita a riflettere “sull’esigenza che la sanzione per il riciclaggio sia oggetto di una gradazione ancorata al reale disvalore del fatto, variamente colto nel suo legame con specifici reati ovvero nella natura abituale dell’attività esercitata o, ancora, nell’entità patrimoniale dei beni oggetto della condotta”. Per ulteriori approfondimenti sia consentito il rinvio a MAUGERI, *L’Autoriciclaggio dei proventi dei delitti tributari: ulteriore espressione di voracità statale o utile strumento di politica criminale?*, in a cura di MEZZETTI – PIVA, *Il reato di autoriciclaggio*, Collana “Focus”, Torino, in corso di stampa.

⁷⁶ Detto richiamo implica l’applicabilità della confisca in questione anche nel caso di condanna per i reati di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (articolo 291-*quater* T.U. D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43) e di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (articolo 260 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152).

⁷⁷ Cass. Pen., Sez. II, 7 novembre 2011, n. 40048.

porzionato e confiscabili. Si tratterebbe di un'opzione di politica criminale piuttosto draconiana, in contrasto con il principio di proporzione, perché si finirebbe per consentire la confisca dei redditi sottratti al fisco che risulterebbero sproporzionati, punendo alquanto severamente l'evasione fiscale: l'oggetto della confisca sarebbe pari non solo alla misura dell'imposta evasa ma all'ammontare dei redditi non dichiarati, risultato del resto già consentito attraverso la confisca di prevenzione come confermato con la sentenza delle Sezioni Unite Repaci in esame.

Una simile opzione di politica criminale potrebbe fungere da valido deterrente nei confronti dell'evasore che vorrebbe realizzare occasionalmente un reato sottoposto alla confisca allargata ex art. 12-*sexies* d.l. 306/92, in quanto rischierebbe anche la confisca dei suoi redditi leciti non dichiarati.

Sarebbe auspicabile che il legislatore chiarisse la sua opzione politico criminale se fosse diversa e ulteriore rispetto a quella di non consentire di giustificare l'origine lecita o il valore proporzionato dei beni con i proventi dell'evasione fiscale, pari alle imposte evase, che dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della confisca allargata ex art. 12-*sexies* d.l. 306/92.

La proposta contempla positivamente anche l'introduzione del "*comma 4-quinquies, con cui si prevede che i terzi, titolari formali dei beni sequestrati di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo, debbano essere citati nel processo di cognizione al fine di garantire piena tutela ai loro diritti difensivi*".

Si prevede, poi, l'impossibilità di patteggiare per i reati contro la pubblica amministrazione se non si restituisce il profitto illecito conseguito, in una logica di assoluta coerenza con la prevenzione speciale che dovrebbe ispirare il trattamento sanzionatorio: si potranno concedere i benefici del patteggiamento solo a chi, innanzitutto, restituisce il profitto del reato, che non ha diritto a detenere⁷⁸.

Sulla via, poi, della separazione del procedimento di applicazione della confisca allargata rispetto al processo penale, i progetti di riforma in questione prevede l'applicazione della confisca allargata (*ad eccezione dell'ipotesi di confisca per equivalente di cui al comma 2-ter*) in caso di estinzione del reato per prescrizione o amnistia, intervenuta in appello o nel giudizio di cassazione a seguito di una pronuncia di condanna in uno dei gradi di giudizio (comma 4-*sexies* d.l. 2798 e comma 4-*septies* d.l. n. 2134/S). Il successivo comma (rispettivamente 4-*septies* e 4-*octies*) prevede che, in caso di morte del soggetto nei cui confronti sia stata disposta la confisca con sentenza di condanna passata in giudicato, il procedimento di esecuzione inizi o prosegua nei confronti degli eredi e degli aventi causa del *de cuius*.

L'anomalia di tale disposizione è data dal fatto che nel nostro ordinamento non è prevista una simile disciplina nell'ipotesi di confisca diretta in cui sarebbe ammissibile in base ai principi della materia penale, considerando che la sottrazione del profitto accertato del reato non rappresenta una pena, perché non limita un diritto o interesse del condannato, ma si limita a recuperare qualcosa che il condannato non ha diritto a detenere in quanto frutto del crimine e il reato non è una legittima fonte di arricchimento. La confisca del profitto accertato rappresenta una forma di riequilibrio economico, per cui la sua applicazione in caso di prescrizione o amnistia potrebbe essere ammessa nei limiti in cui sia stato accertato che il reato sia stato consumato e ne sia conseguito un profitto, e si garantiscano i diritti di difesa nel procedimento che comunque seguirà in relazione alla confisca. Una simile disposizione era già stata prevista nella l. n. 34 del 2008, legge comunitaria 2007, che prevedeva la confisca obbligatoria del prezzo, prodotto o profitto del reato, nella parte in cui i beni non debbano essere restituiti al danneggiato, nel caso di *proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato*, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato.

Più problematica è invece una simile disciplina in relazione alla confisca allargata, che non presuppone un pieno accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare ma è fondata sulla presunzione che il reo ha realizzato altri crimini oltre a quello oggetto della condanna, da cui abbia tratto un profitto illecito, salva la prova della sproporzione del valore di ogni singolo bene al momento dell'acquisto a carico dell'accusa e l'onere del condannato di giustificare l'origine del suo patrimonio; anzi la presunzione di origine illecita dei beni da confiscare si

⁷⁸ All'articolo 444 del codice di procedura penale, dopo il comma 1-*bis* è inserito il seguente: "1-*ter*. Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater* e 322-*bis* del codice penale, l'ammissibilità della richiesta di cui al comma 1 del presente articolo è subordinata alla restituzione integrale del prezzo o del profitto del reato".

fonda proprio sulla condanna che in questo caso mancherebbe. Nella misura in cui manca un pieno accertamento della natura illecita dei profitti da confiscare, la confisca allargata rischia di assumere una natura punitiva dell'attività criminale sospetta, ferma restando la sua finalità di impedire l'infiltrazione criminale nell'economia lecita.

Si può ricordare a tal proposito, in ogni caso, che la giurisprudenza ha ammesso l'applicazione della confisca ex art. 12-*sexies* d.l. 306/92 in presenza di una declaratoria, in sede di giudizio di appello, di estinzione del reato per prescrizione, conseguente ad una sentenza di condanna in primo grado, in una situazione, quindi, in cui comunque il giudice ha accertato la commissione del reato presupposto in base alla considerazione che il codice di rito riconosce al giudice ampi poteri di accertamento del fatto – ad esempio, quando sia necessario decidere sull'azione civile – anche quando il reato sia prescritto⁷⁹. Tale ipotesi è stata recentemente confermata dalle Sezioni Unite nelle ipotesi di confische-misure di sicurezza obbligatorie (artt. 240, comma secondo, n. 1, e/o 322-*ter* cod. pen.), purché sia intervenuta una sentenza di condanna di primo grado e la penale responsabilità sia accertata negli ulteriori gradi, pur se viene dichiarata l'estinzione del reato per prescrizione⁸⁰. Nel “Rapporto della Commissione Garofoli per l'elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità”, presentato nel 2014⁸¹, è stata inserita una simile proposta di applicare la confisca ex art. 12-*sexies* d.l. 306/92 in presenza di una sentenza di proscioglimento per prescrizione, che presupponga però “l'accertamento, in contraddittorio, del reato, ad esempio consentendola quando la prescrizione intervenga in grado di appello, dopo una sentenza di condanna di primo grado. In questo modo, nel pieno rispetto delle garanzie difensive, si eviterebbe che il decorso del tempo possa favorire l'imputato non solo sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie ma anche consentendogli di continuare a detenere un patrimonio di natura illecita”.

La giurisprudenza consente, inoltre, l'applicazione della confisca ex art. 12 *sexies* contro i successori nel caso di morte del reo, laddove non sarebbe più possibile applicare tardivamente la confisca attraverso l'incidente di esecuzione per la sopravvenuta morte del condannato, come sancito nel caso Ciancimino⁸².

Le proposte di riforma in esame cristallizzano sostanzialmente tali recenti orientamenti giurisprudenziali⁸³.

In relazione alla confisca pena, come viene considerata dalla Corte EDU la confisca dei terreni abusivamente lottizzati, la Corte europea ha ritenuto nel caso *Varvara c. Italia* che l'applicazione di tale forma di confisca nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, “senza alcun grado di responsabilità penale registrato in una condanna”, costituisce una violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7, nonché del principio di responsabilità personale insito negli artt. 7 e 6, co. 2 CEDU⁸⁴; nel caso di specie si tratta, appunto, di una forma di confisca che assume una natura punitiva, considerata dalla Corte europea nel caso *Sud Fondi* un'ingerenza arbitraria nel godimento del diritto di proprietà ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1, in quanto priva di base legale e sproporzionata, in violazione del principio

⁷⁹ Cass., sez. II, 25 maggio 2010, Pastore; Cass., sez. II, 5 ottobre 2011, Ciancimino, rv. 2011/39756. Cfr., però, Cass., sez. II, 11 febbraio 2015, n. 11324 che afferma che “in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12 *sexies* .., l'esistenza del “fumus commissi delicti” viene meno quando il reato presupposto risulti estinto per prescrizione, in quanto la causa di estinzione esclude la possibilità di configurare astrattamente la esistenza delle condizioni di legittimità del vincolo cautelare reale”.

⁸⁰ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015 (dep. 21 luglio 2015), n. 31617, Lucci in *CED Cass.*, n. 264434. Cfr. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano 2015, 453 ss.

⁸¹ Nominata con decreto del 7 giugno 2013 dal Presidente del Consiglio dei Ministri Enrico Letta, in *questa Rivista*, 20 Febbraio 2014.

⁸² Cass., 20 maggio 2008, Ciancimino, Rv. 240584; Cass. Pen., Sez. V, 25 gennaio 2008, Doldo, che, ritenendo analogicamente applicabili le recenti disposizioni previste in materia di misure di prevenzione patrimoniale, ha ritenuto che, qualora la morte dell'imputato sia avvenuta dopo la sentenza di condanna, sia possibile disporre in sede esecutiva, e sempre che la questione non sia stata affrontata in fase di cognizione, la confisca per sproporzione, attivando il contraddittorio con gli eredi.

⁸³ Per ulteriori approfondimenti sul tema sia consentito il rinvio a MAUGERI, *La confisca allargata ex art. 12 sexies d.l. 306/92 tra istanze sovranazionali e progetti di riforma*, in Atti del Convegno del Centro Nazionale di prevenzione e difesa sociale, *Misure patrimoniali e sistema penale: effettività e garanzie*, Milano novembre 2015, in corso di pubblicazione.

⁸⁴ Cfr. C. eur. dir. uomo, Sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, §§ 71 e 64 ss.

di colpevolezza ex art. 7 CEDU⁸⁵.

Sempre la Corte EDU, inoltre, nella sentenza *Paraponiaris c. Grecia* afferma l'illegittimità ai sensi dell'art. 6 CEDU e, quindi, dei principi del giusto processo e della presunzione d'innocenza (art. 6, co. 2), delle confische inflitte con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione e in fasi processuali che non consentano un adeguato esercizio del diritto di difesa, ma nel caso di specie si trattava della confisca per equivalente alla quale la nostra giurisprudenza attribuisce natura punitiva; la dottrina ritiene che gli stessi problemi si possono porre nel caso, ad esempio, della confisca disposta in sede di archiviazione, ovvero in sede di udienza preliminare, o ancora in occasione del proscioglimento anticipato ai sensi degli artt. 129 c.p.p. e 469 c.p.p.⁸⁶.

10. Conclusioni.

In seguito alla pronuncia in esame delle Sezioni Unite non solo sarà definitivamente impossibile per l'indiziato a pericolosità qualificata o a pericolosità generica sottrarre i suoi beni alla confisca di prevenzione adducendo l'evasione fiscale, ma anche l'utilizzo di tale misura patrimoniale contro il mero evasore sembra avviato su una strada di non ritorno; si potrebbe rilevare una strategia efficace di lotta al fenomeno in questione, ma in una logica che rischia di essere sproporzionata e complessivamente incoerente in termini di politica criminale (soprattutto se la confisca di prevenzione non sarà applicata con parsimonia contro tale tipologia di indiziati).

Da una parte, infatti, si utilizza l'invasivo strumento della confisca di prevenzione (senza condanna) contro l'evasione fiscale e probabilmente si applicherà anche la nuova fattispecie di autoriciclaggio, che punisce l'investimento dei proventi dell'evasione ben più gravemente della stessa fattispecie base, dall'altra invece è stata recentemente approvata con il D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, come accennato, una riforma che tende a mitigare l'intervento punitivo e il rigore sanzionatorio contro i reati tributari, probabilmente anche in considerazione di esigenze di utilizzo come *extrema ratio* dello strumento penale e di delicate tensioni sociali scatenate dalla pesante imposizione fiscale. In seguito alla legge delega n. 23/2014, che prevede la razionalizzazione del sistema sanzionatorio dei reati tributari (art. 8) "secondo criteri di predeterminazione e di proporzionalità rispetto alla gravità dei comportamenti ..., tenuto conto di adeguate soglie di punibilità", è stato presentato uno schema di decreto legislativo recante *disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente* approvato con il D.Lgs. n. 158/2015 (Revisione del sistema sanzionatorio), da cui è derivata una generalizzata

⁸⁵ Cfr. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte Europea*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3504 ss. La Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 co. 2 D.P.R. 380/2001, così come interpretato dalla Corte EDU nella sentenza *Varvara*, perché l'interpretazione della Corte europea si porrebbe in contrasto con la Costituzione, in quanto – impedendo l'applicazione della confisca – riconoscerebbe impropriamente prevalenza al diritto di proprietà, valore che sarebbe invece da considerare soccombente rispetto ad altri valori fondamentali, quali il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute, tutelati dagli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117 Cost., *Cass. Pen.*, Sez. III, ord. 30 aprile 2014, n. 20636, Alessandrini e altro, in *questa Rivista*, 22 maggio 2014. Corte Cost. 14 gennaio 2015, n. 49, dichiara inammissibili le questioni.

⁸⁶ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 25 settembre 2008, *Paraponiaris c. Grecia*, ric. n. 42132/06; PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1672, p. 1701.

riduzione dei limiti di punibilità per molteplici reati tributari previsti dal d.lgs. n. 74/2000⁸⁷.

In ogni caso a parte le meno problematiche ipotesi in cui non si consentirà ad un soggetto a pericolosità qualificata di giustificare il valore proporzionato del proprio acquisto adducendo l'evasione fiscale, la confisca di prevenzione dovrebbe essere applicata direttamente nei confronti dell'evasore, in quanto soggetto a pericolosità generica, solo se "abituale dedito a traffici delittuosi" e, quindi, se non si tratta di mere condotte isolate, ma sia almeno in via indiziaria accertata "una condotta *abituale* di evasione fiscale", solo rispetto alla "sistematica evasione fiscale, specificamente quella integrante condotte che rientrano nell'area dell'illecito penale", si può affermare che essa "s'inquadra perfettamente nella categoria di pericolosità delineata dal combinato disposto degli artt. 4, lett. c) e 1 lett. a) e b), d.lgs. n. 159/11, in quanto il soggetto vive di traffici delittuosi ovvero vive col provento di attività delittuosa consistente in redditi da evasione fiscale, pur se derivanti da attività economica astrattamente lecita"; si dovrebbe trattare di «condotte prolungate e reiterate, tali da evidenziare uno stile di vita "delittuoso"», magari inserite in una più complessa attività criminale ("falsa fatturazione, bancarotta fraudolenta ..., reati contro il patrimonio (truffa, appropriazione indebita, insolvenza fraudolenta, etc.) associazioni per delinquere finalizzate alla commissione dei citati reati")⁸⁸.

⁸⁷ Cfr. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità "da profitto" (mafie, corruzione, evasione fiscale). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2015: "Si propone la modifica: - del reato di evasione IRPEF e IVA relativo a chi avvalendosi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, indica elementi passivi fittizi, prevedendo la punibilità solo se l'ammontare è superiore a euro 1000 (art. 3 dello schema di decreto). Per il vigente art. 2 d.lgs. n. 74/2000 il reato sussiste indipendentemente da un ammontare minimo; - del reato di chi, al fine di consentire l'evasione IRPEF e IVA, emette fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, prevedendo la punibilità solo se l'ammontare dell'imposta indicato è superiore a euro 1000 (art. 7 dello schema). Per il vigente art. 8 d.lgs. n. 74/2000 non è previsto un ammontare minimo.

Si propone l'innalzamento dei limiti di punibilità: - per la "dichiarazione infedele" IRPEF e IVA (prevista dall'art. 4 del d.lgs. n. 74/2000), da 50.000 a 150.000 euro per l'evasione delle singole imposte, e da 2 a 3 milioni di euro per l'ammontare complessivo degli elementi indicati in dichiarazione (art. 5 dello schema di decreto); - per "l'omessa dichiarazione" IRPEF e IVA (prevista dall'art. 5 del d.lgs. n. 74/2000), da 30.000 a 50.000 euro (art. 6 dello schema di decreto); - per "l'omesso versamento di ritenute certificate" (previsto dall'art. 10-bis del d.lgs. n. 74/2000), da 50.000 a 150.000 euro (art. 9 dello schema di decreto); - per "l'omesso versamento IVA" (previsto dall'art. 10-ter del d.lgs. n. 74/2000), da 50.000 a 150.000 euro (art. 10 dello schema di decreto). L'art. 15 dello schema introduce l'art. 19-bis d.lgs. n. 159/11 che prevede una causa di non punibilità per i reati elencati quando l'importo delle imposte sui redditi evase non è superiore al tre per cento del reddito imponibile dichiarato o l'importo dell'IVA evasa non è superiore al tre per cento dell'imposta sul valore aggiunto dichiarata

Si prevede opportunamente anche la non punibilità (art. 13 che modifica l'art. 13 d.lgs. n. 74/2000) di condotte che possono essere ritenute di scarso rilievo o determinate da momentanee difficoltà del contribuente, con estinzione dei reati di cui agli artt. 4, 5, 10-bis, 10-ter d.lgs. cit. qualora prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado sia pagato il debito tributario, eventualmente anche se a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie".

⁸⁸ MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità "da profitto" (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, op. cit..

LE SEZIONI UNITE SULLA NATURA DELLA CONFISCA DI PREVENZIONE: UN'ALTRA OCCASIONE PERSA PER UN CHIARIMENTO SULLE REALI FINALITÀ DELLA MISURA

*Nota a Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880,
Pres. Santacroce, Rel. Bruno, ric. Spinelli e altro*

Francesco Mazzacuva

ABSTRACT

Le Sezioni Unite riaffermano la natura preventiva dell'ipotesi di confisca attualmente prevista dal c.d. "codice antimafia", nonostante l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale ne attesti sempre più nitidamente una diversa funzione di neutralizzazione dei profitti di provenienza illecita, indipendentemente dalla pericolosità dei beni e dei destinatari. Rimangono aperti, quindi, gli interrogativi circa l'esatta collocazione sistematica di tale istituto ed i limiti che devono presidiarne l'applicazione, anche alla luce della sua progressiva estensione ad ipotesi delittuose estranee al fenomeno mafioso.

SOMMARIO

1. Rilevi introduttivi: le ragioni di un nuovo intervento delle Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione. – 2. Confisca "di prevenzione", ma quale prevenzione? – 3. Dalle "anomalie" al mutamento di paradigma: la reale funzione della confisca dei proventi da attività criminali. – 4. La neutralizzazione dei vantaggi da reato: "terzo binario" ovvero forma di repressione della criminalità del profitto? – 5. Oltre i confini della "materia penale", il fine giustifica sempre i mezzi?

1.

Rilievi introduttivi: le ragioni di un nuovo intervento delle Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione.

Trascorsi diversi mesi dalla pubblicazione dell'informazione provvisoria, sono state finalmente depositate le motivazioni della sentenza con la quale le Sezioni Unite hanno affermato (*rectius*, confermato) la natura *preventiva* dell'ipotesi speciale di confisca introdotta nell'ordinamento con la legge n. 646/1982 ed attualmente disciplinata dagli artt. 16 e ss. del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. "codice antimafia")¹. Sulla scorta di tale qualificazione, il Massimo Collegio ha così ammesso l'efficacia retroattiva della misura e, nello specifico, dell'*estensione* del suo *ambito operativo* a determinate categorie di soggetti *comunemente* pericolosi, ossia non indiziati di appartenere ad associazioni di stampo mafioso ma comunque rientranti tra i possibili destinatari delle misure di prevenzione.

La decisione di rimettere la questione interpretativa alle Sezioni Unite² era stata dettata dall'emersione, nella stessa giurisprudenza di legittimità, di un indirizzo secondo il quale le riforme intervenute negli ultimi anni – e, in particolare, l'affrancamento dal requisito dell'*attualità* della pericolosità del proposto maturato nei "pacchetti sicurezza" del 2008 e del 2009³ – avrebbero conferito una funzione più spiccatamente *sanzionatoria* all'ipotesi di confisca in esame, con la conseguente inammissibilità di ogni applicazione retroattiva (sentenza Occhipinti)⁴. Tale pronuncia "eterodossa" è stata quindi prontamente fulminata dalla sentenza in commento la quale, pur offrendo un'ampia ricostruzione dell'evoluzione del sistema di prevenzione patrimoniale e delle fonti nazionali e sovranazionali rilevanti in materia, non convince proprio nei passaggi argomentativi che conducono alla conferma della natura *preventiva* della misura.

Prima di soffermarsi su tale aspetto, tuttavia, si deve segnalare una questione che il Massimo Collegio risolve in via pregiudiziale: la sentenza conferma, infatti, che l'abrogazione, avvenuta con il d.l. n. 92/2008, dell'art. 14 della legge n. 55/1990 – che limitava l'applicabilità delle misure di prevenzione a *specifiche* categorie di soggetti comunemente pericolosi – ha avuto l'effetto di *riespandere* la platea dei destinatari della confisca e non di restringerla alle sole ipotesi di pericolosità qualificata. Il rinvio contenuto nell'art. 19 della legge n. 152/1975 – non più limitato dalla disposizione abrogata – è stato infatti interpretato come clausola di estensione dell'ambito soggettivo di *tutte* le misure di prevenzione, ancorché all'epoca quelle patrimoniali non fossero state ancora introdotte nell'ordinamento. Si tratta, peraltro, di una soluzione attualmente confermata dall'art. 16 del codice antimafia il quale, tuttavia, non poteva trovare applicazione nel caso di specie, essendo i procedimenti di prevenzione iniziati prima dell'entrata in vigore della suddetta normativa.

2.

Confisca "di prevenzione", ma quale prevenzione?

Entrando *in medias res* ed accostandosi al tema della *natura* della confisca di prevenzione, occorre ricordare che proprio l'*analisi delle funzioni* concretamente assolte da una misura deve orientare la determinazione del relativo *statuto garantistico*. Tale conclusione emerge chiaramente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo la quale si attesta sulla distinzione tra le nozioni di *riparazione*, *punizione* e *prevenzione*; in particolare, l'antitesi tra gli

¹ Cfr. sentenza [Cass., Sezioni Unite, 26-6-2014, n. 4880](#), le cui motivazioni (depositate il 2 febbraio 2015) sono state pubblicate in *Dir. pen. cont.* il 5 febbraio 2015.

² Cfr. Cass., 30-1-2014, n. 11752, pubblicata in *Dir. pen. cont.* con note di [MAUGERI, Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività: la necessità della correlazione temporale](#), 7 aprile 2014, e [MENDITTO, Le Sezioni Unite verso lo "statuto" della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale](#), 26 maggio 2014.

³ In particolare, sebbene già emersa negli anni precedenti in relazione ad ipotesi specifiche, tale soluzione è stata affermata definitivamente attraverso l'inserimento, ad opera del d.l. n. 92/2008, convertito con la legge n. 125/2008, di un comma 6-bis nell'art. 2-bis della legge n. 575/1965, successivamente modificato dalla legge n. 94/2009, e risulta oggi confermata dall'art. 18, comma 1, del codice antimafia. Su tale evoluzione legislativa e sulle principali questioni interpretative che essa ha originato, cfr. [MENDITTO, Le Sezioni Unite, cit.](#), 13 ss.

⁴ Cfr. Cass., 13-11-2012, n. 14044, in *Dir. pen. cont.* con nota di [MAUGERI, La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?](#), 26 luglio 2013.

ultimi due termini – significativamente recepita dalla Corte costituzionale⁵ – risulta essenzialmente incentrata sulla contrapposizione tra finalità special-preventive di *contrasto della pericolosità* (trattamento, neutralizzazione) e finalità anch'esse *lato sensu* preventive ma riconducibili al concetto di punizione (come deterrenza ed intimidazione)⁶.

Tale dato di partenza risulta sostanzialmente condiviso dalle Sezioni Unite che – ricordando che la confisca è istituto “neutro” e “camaleontico”, in quanto capace di assumere *natura e fisionomia* diverse, a seconda del *regime normativo* che la contempla⁷ – si muovono alla ricerca di “tracce” delle funzioni di contrasto della pericolosità nel sistema di prevenzione patrimoniale. In particolare, nella sentenza si sottolinea a più riprese come, anche all'esito delle recenti riforme, l'*accertamento della pericolosità* del proposto sia rimasto momento *imprescindibile* ai fini dell'applicazione della confisca di prevenzione⁸. Le novelle degli ultimi anni, infatti, si sarebbero limitate ad elidere il requisito dell'*attualità* di tale condizione – tuttora necessario, invece, ai fini dell'applicazione delle misure personali (rispetto alle quali, pertanto, si assiste ad uno “sganciamento”) – dato che la stessa rimarrebbe “impressa” nei *beni* acquisiti in maniera illecita anche se successivamente venuta meno in capo al *soggetto*⁹.

Tale conclusione, già emersa in precedenza tanto in documenti parlamentari, quanto nel dibattito dottrinale¹⁰, consente così alle Sezioni Unite – forti anche della nota giurisprudenza della Corte europea (pur erroneamente definita come “comunitaria”) secondo cui le misure di prevenzione «non implicano un giudizio di colpevolezza, ma tendono ad impedire la commissione di atti criminali, non potendo quindi essere comparate a una pena»¹¹ – di escludere, ancora una volta, qualsiasi deriva sanzionatoria della confisca di prevenzione. Tuttavia, come premesso, tale argomentazione non riesce veramente a superare tutte le perplessità che sono emerse nel tempo nei confronti della qualificazione della confisca in parola come *preventiva* e che trovano origine, per l'appunto, nel progressivo *arretramento* della pericolosità dalla scena dei *presupposti applicativi* della misura.

Anzitutto, infatti, si deve considerare che il giudizio di *pericolosità sociale* (o, meglio, peri-

⁵ Si consideri, in particolare, quanto affermato nella fondamentale sentenza n. 196/2010, nella quale, recependo la definizione convenzionale di “materia penale” ai fini della determinazione dello spettro di operatività del principio di irretroattività, la Corte costituzionale si è concentrata proprio sulla distinzione tra i concetti di punizione e prevenzione criminale in senso stretto (pur richiamando, a quest'ultimo proposito, esclusivamente le misure di sicurezza, “dimenticando” quelle di prevenzione). Sull'importanza della sentenza per la “premessa maggiore” rappresentata dall'accoglimento della nozione convenzionale di materia penale, cfr. MANES, *La confisca “punitiva” tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *Cass. pen.*, 2011, 535 ss.

⁶ Sui tali profili, sia consentito il rinvio a FR. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, in ptc. 1908 ss., in cui si è osservato come la dicotomia tra i diversi significati del concetto di *prevenzione* che emerge nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo possa essere ricostruita distinguendo quelli accomunati dalla logica della pena come sofferenza “voluta” o “necessaria” – che reclamano l'operatività delle garanzie collegate al *principio di colpevolezza* – da quelli in cui tale aspetto passa in secondo piano, cosicché l'eventuale sofferenza prodotta è semmai effetto indiretto di una strategia di profilassi della pericolosità.

⁷ Cfr. il considerato in diritto n. 8, in cui riecheggiano chiaramente i termini di una delle prime pronunce della Corte costituzionale in materia (sentenza n. 29/1961, sulla quale si dovrà tornare *infra*, § 4), nelle quali si affermava che «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa. Ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge».

⁸ In particolare, osservano le Sezioni Unite come «la pericolosità del soggetto inciso è – anche nel nuovo regime normativo – ineludibile presupposto di applicabilità della stessa misura reale, relativamente alla quale è dato ora prescindere solo dalla verifica dell'attualità di quella stessa condizione» (considerato in diritto n. 8.5).

⁹ Giova ancora richiamare direttamente i termini utilizzati dalle Sezioni Unite, secondo cui «la connotazione di pericolosità è immanente alla *res*, per via della sua illegittima acquisizione, e ad essa inerisce “geneticamente”, in via permanente e, tendenzialmente, indissolubile» e «nel caso di beni illecitamente acquistati, il carattere della pericolosità si riconnette non tanto alle modalità della loro acquisizione ovvero a particolari caratteristiche strutturali degli stessi, quanto piuttosto alla qualità soggettiva di chi ha proceduto al loro acquisto. Si intende dire che la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera *eo ipso* sul bene acquistato, ma ancora una volta non già in dimensione statica, ovverosia per il fatto stesso della qualità soggettiva, quanto piuttosto in proiezione dinamica, fondata sull'assioma dell'oggettiva pericolosità del mantenimento delle cose, illecitamente acquistate, in mani di chi sia ritenuto appartenere – o sia appartenuta – ad una delle categorie soggettive previste dal legislatore. L'anzidetto riflesso finisce, poi, con l'“oggettivarsi”, traducendosi in attributo obiettivo o “qualità” peculiare del bene, capace di incidere sulla sua condizione giuridica» (considerato in diritto n. 9).

¹⁰ Nel primo senso, cfr. i termini della relazione della Commissione Antimafia riportati da MAUGERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 15, nei quali si osserva che «in ragione di tale accertata illecita provenienza [i beni] sono dotati di una perdurante pericolosità e di un insito potere destabilizzante per l'economia lecita [...] In sintesi, si immagina una sorta di “perdurante illiceità dei beni” strettamente connessa alla formazione degli stessi». In senso analogo, cfr. le considerazioni di MENDITTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 30 ss.

¹¹ In questi termini la decisione *Riela e a. c. Italia*, 4-9-2001, § 2, volta a specificare il precedente orientamento espresso nelle pronunce *Guzzardi c. Italia*, 6-11-1980, § 108, *Ciancimino c. Italia*, 27-5-1991, e *Raimondo c. Italia*, 22-2-1994, § 43. Più di recente, cfr. *Cacucci e Sabatelli c. Italia*, 17-6-2014; *Capitani e Campanella c. Italia*, 17-8-2011; *Leone c. Italia*, 2-2-2010; *Bongiorno e a. c. Italia*, 5-1-2010.

colosità per la sicurezza pubblica)¹² del proposto – attualmente previsto dagli artt. 2 e 6 del codice antimafia –, anche a causa dell'inafferrabilità dei parametri che lo dovrebbero orientare¹³, risulta nella prassi largamente appiattito su quello di appartenenza ad una delle categorie soggettive indicate dall'art. 4 del medesimo codice, tanto da far emergere nel tempo inclinazioni giurisprudenziali verso la logica della *pericolosità presunta*¹⁴. Ebbene, considerando che tali categorie, a loro volta, sono descritte secondo la tecnica della *fattispecie indiziaria*, l'intera valutazione finisce per avere una prospettiva sostanzialmente *retrospettiva* invece che *prognostica*, il che peraltro getta un'ombra sull'intero sistema di prevenzione (anche *personale*)¹⁵.

È proprio nella disciplina delle *misure patrimoniali*, d'altra parte, che le logiche preventive diventano ancor più rarefatte, atteso che i presupposti applicativi del sequestro e della confisca non attengono alla *destinazione* dei beni – come avviene, semmai, nella disciplina dell'*ammi-*

¹² Se la dottrina maggioritaria ha sempre teso ad escludere una sostanziale identità tra i due concetti di pericolosità, infatti, tale soluzione appare invece essere stata recepita nella giurisprudenza della Corte costituzionale – la quale ha riconosciuto un «fondamento comune» ed una «comune finalità» tra misure di sicurezza e misure di prevenzione «nell'esigenza di prevenzione di fronte alla pericolosità sociale del soggetto» (cfr. sentenza n. 68/1964) – e della Corte di cassazione, nei cui orientamenti si può registrare un indistinto riferimento alla pericolosità sociale come presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione.

¹³ Sulla crisi del concetto di pericolosità e sulla difficoltà di una prognosi scevra da riferimenti astratti e, allo stesso tempo, immune da momenti di incontrollabile discrezionalità, cfr. soprattutto le osservazioni critiche di PETRINI, *La prevenzione inutile*, Napoli, 1996, 181 ss. (ma, nello stesso senso, cfr. anche LOMONTE, *Marginalità sociale e prognosi di pericolosità nelle misure di prevenzione personale, le ragioni di un disagio*, in *Questione giustizia*, 1999, 730 ss.). Peraltro, se tale criticità affiora anche nel settore delle misure di sicurezza, nella disciplina di quelle di prevenzione la stessa risulta maggiormente avvertita non soltanto per la maggior indeterminatezza del presupposto oggettivo (la fattispecie indiziaria) ma anche poiché l'applicabilità in assenza dei presupposti della condanna aumenta ulteriormente il rischio che tali misure siano di fatto utilizzate come «surrogato» della risposta penale.

¹⁴ L'adesione a tale categoria, in particolare, era consolidato in materia di criminalità organizzata prima delle modifiche introdotte dal codice antimafia, con il quale il requisito della pericolosità è stato esteso espressamente anche agli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa (cfr., ad esempio, Cass., 15-5-2007, n. 23869; Cass., 16-4-2007, n. 21048; Cass., 16-12-2005, n. 1014). Peraltro, se è vero che alcune pronunce più recenti hanno richiesto, di conseguenza, un effettivo accertamento di tale presupposto (cfr. Cass., 18-7-2013 n. 44327 e Cass., 11-2-2014, n. 23641, quest'ultima pubblicata in *Dir. pen. cont.* con nota di MENDITTO, *L'attualità della pericolosità sociale va accertata, senza presunzioni, anche per gli indiziati di mafia*), non mancano indirizzi volti ad affermare presunzioni semplici ovvero oneri motivazionali mitigati (v., ad esempio, Cass., 3-6-2014, n. 39057; Cass., 5-7-2013, n. 29478; Cass., 15-1-2013, n. 3809). La stessa Corte costituzionale, dopotutto, ha in passato ritenuto legittima la presunzione di adeguatezza della misura carceraria esclusivamente per i delitti di mafia «atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connotato» (ordinanza n. 450/1995, anche se si deve segnalare che con la sentenza n. 48/2015 la presunzione è stata dichiarata illegittima per gli accusati di concorso c.d. «esterno»), secondo un'impostazione avallata dalla stessa Corte europea nella sentenza *Pantano c. Italia*, 6-11-2003, § 69. Si deve anche notare, tuttavia, che ragionamenti presuntivi si sono talvolta pericolosamente affacciati anche rispetto a forme criminali meno gravi, come quando si è affermato che rispetto a «soggetti o «abituamente dediti a traffici delittuosi», o viventi «abituamente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», ovvero ancora «dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza e la tranquillità pubblica», il giudizio di pericolosità (...) risulta pressoché connotato alla riscontrata sussistenza delle suindicate condizioni, essendo alquanto difficile immaginare che soggetti rispondenti alle descritte caratteristiche possano essere, al tempo stesso, non pericolosi per la sicurezza pubblica, latamente intesa» (cfr. Cass., 22-3-1996, n. 1921, in *Cass. pen.*, 1997, 538, con osservazioni critiche di MOLINARI).

¹⁵ Tale osservazione emergeva già negli autorevoli termini di NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema penale italiano*, in *Indice penale*, 1974, 461 ss., il quale, pur sostenendo la necessità di conservare un sistema a «doppio binario» fondato sulla dualità tra *prevenzione* e *punizione* (con le conseguenti ricadute sui principi applicabili), individuava proprio nel ruolo dominante svolto dalla fattispecie indiziaria rispetto all'accertamento concreto della pericolosità il principale vizio della disciplina delle misure di prevenzione. Tale osservazione è stata nel tempo recepita da ampi settori della dottrina, concordi nel ritenere che il modello indiziario su cui si basa l'intera architettura del sistema di prevenzione – soprattutto all'esito della riforma del 1988 e dello spostamento del fuoco del giudizio sugli «elementi di fatto» dimostrativi di un trascorso criminale – implichi inesorabilmente un'attenzione «retrospettiva» rispetto ad un fatto commesso ma non provato, piuttosto che rispetto alla neutralizzazione della pericolosità in chiave prognostica. In questo senso, ad esempio, cfr. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 116, secondo cui una valutazione troppo approfondita di tali elementi di fatto si risolverebbe nient'altro che in un apprezzamento sull'opportunità di procedere penalmente sui reati presupposto e come, di conseguenza, emerga il carattere «per certi aspetti paradossale e contraddittorio» delle modifiche introdotte dal legislatore del 1988, il quale «nell'intento, pur giustificato e lodevole, di svecchiare ed emendare la tipizzazione legislativa delle cerchie di soggetti previste dalla legge n. 1423/1956, (...) ha in realtà finito col configurare soltanto «fattispecie di sospetto» di commesso reato: così (inconsapevolmente?) riducendo il ruolo del sistema preventivo alla sola – criticabilissima – funzione di surrogato di una repressione penale inattuabile per mancanza dei normali presupposti probatori». Nello stesso senso, cfr. anche MOCCIA, *La perenne emergenza*, 2^a ed., Napoli, 1997, 77, nonché PETRINI, *La prevenzione inutile*, cit. 221, il quale osserva in termini ancor più critici che «dove ci sono misure di prevenzione non ci possono essere elementi di fatto, perché se si chiede al giudice di «provare un fatto» che, come nel nostro caso, costituisce reato, allora significa che vi sono gli estremi per procedere penalmente». Si rivela ancora attuale, allora, l'autorevole tesi secondo cui qualsiasi strategia preventiva non potrebbe che essere incardinata nella fase cautelare del procedimento penale finalizzato all'accertamento dei reati presupposto (cfr. BRICOLA, *Forme di tutela «ante-delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Pol. dir.*, 1974, 374 e 387 ss.).

nistrazione giudiziaria¹⁶ –, bensì alla loro *provenienza*¹⁷. E se, certamente, si potrebbe osservare che i beni di (sospetta) provenienza illecita possono essere riutilizzati nelle (sospette) attività criminali, specialmente se esercitate in forma organizzata, non si può neanche ignorare il fatto che la confisca abbraccia anche patrimoni insuscettibili di qualsiasi reimpiego economico¹⁸. Tale aspetto diviene ancor più evidente avendo riguardo ai soggetti comunemente pericolosi, come dimostra l'emblematica vicenda oggetto del procedimento giunto fino alle Sezioni Unite: quale sarebbe la pericolosità dei beni (immobili e libretti postali) sproporzionati rispetto al reddito posseduti da persone dedite al furto? Sempre che non si voglia riesumare la tesi della pericolosità intrinseca dei proventi del reato in ragione della loro "efficacia motivazionale"¹⁹, non si può che prendere atto dell'assenza di qualsiasi collegamento tra disponibilità degli stessi e continuazione dell'attività illecita.

Reciprocamente, si deve poi considerare che alla confisca di prevenzione possono "sfuggire" beni sicuramente idonei ad essere reinvestiti nelle attività criminose e che si trovano nella disponibilità di soggetti *attualmente* pericolosi, qualora ne sia dimostrata l'origine lecita²⁰. La "commistione" con la confisca per equivalente maturata nelle riforme del 2008 e 2009²¹, infatti, consente l'apprensione di tali entità solo limitatamente (nell'*an* e nel *quantum*) alle ipotesi di impossibilità di agire sui beni di sospetta derivazione illecita, cosicché la *ratio* ispiratrice di tale riforma non pare riconducibile ad una matrice preventiva ma, semmai, ad una *compensativo-ristrinatoria* (come si dirà meglio *infra*, § 3).

Già tenui nei presupposti originari, infine, le colorazioni preventive della confisca si sbiadiscono definitivamente nel momento in cui viene reciso il legame con l'*attualità* della pericolosità del proposto, consentendo la sottrazione di beni che sono nella disponibilità di soggetti rispetto ai quali è stata formulata una prognosi favorevole (come nel caso oggetto della sentenza Occhipinti)²² ovvero che non sono mai stati indiziati (ad es. gli eredi del proposto). A queste condizioni, l'idea di una pericolosità della *res* "derivata" da quella del proposto al momento dell'acquisizione illecita e che vi rimane "impressa" in maniera definitiva si rivela nient'altro che un artificio retorico privo di qualsiasi riscontro fattuale²³: salve le rare ipotesi di

¹⁶ Tale misura, attualmente disciplinata dall'art. 34 del codice antimafia, può infatti essere applicata qualora un'attività economica sia sottoposta alle intimidazioni di associazioni di stampo mafioso ovvero qualora la stessa possa agevolare l'attività delle suddette associazioni. Proprio la natura prognostica di tale giudizio e la funzione più spiccatamente preventiva della misura, in effetti, consentono di agire su beni appartenenti a soggetti estranei al sodalizio mafioso (e neanche acquirenti, creditori o eredi di un proposto per l'applicazione delle misure di prevenzione). Sul punto, cfr. lo sguardo favorevole di VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper)*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2012.

¹⁷ Tra i tanti, su tale aspetto, cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 384 ss.

¹⁸ La cronaca giudiziaria, in effetti, narra quotidianamente di sequestri disposti su beni di sospetta provenienza illecita ma insuscettibili di reimpiego illecito e tale aspetto pare confermato da una recente statistica (riportata da MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità 'da profitto' (mafie, corruzione, evasione fiscale)*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2015, 10), secondo cui nel totale dei beni confiscati quasi la metà sarebbe costituita da immobili, mentre la somma dei beni finanziari e delle aziende non supera il 20%.

¹⁹ Su tale tesi, emergente dai *Lavori preparatori del codice penale*, V, 1, Roma, 1929, 245, e valorizzata soprattutto da MASSA, voce *Confisca* (*dir. e proc. pen.*), in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 982 ss., cfr. già l'autorevole critica mossa da ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 46, secondo cui tale valutazione di pericolosità delle cose non farebbe che riproporre un giudizio prognostico sulla persona, risultando quindi «priva di parametri valutativi suoi propri, (...) ibrida, inafferrabile, disposta a riempirsi di scelte fortemente soggettive, intuitive, che costituiscono collaudati veicoli di infiltrazioni repressive, agevolate dalla sbrigatività concessa dalle forme processuali» (nello stesso senso, cfr. anche GRASSO, Art. 240, in Romano-Grasso-Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, III, 2° ed., Milano, 2011, 606 ss.). Si tratta peraltro di considerazioni che, sebbene formulate con riguardo all'ipotesi generale prevista dall'art. 240 c.p., possono essere certamente richiamate anche con riferimento alla confisca di prevenzione (e, infatti, sono riprese in senso adesivo da MANGIONE, *La misura di prevenzione*, cit., 386 ss.), a dimostrazione della stretta parentela delle varie ipotesi di confisca dei proventi previste dall'ordinamento (sul punto, si tornerà *infra*, § 3).

²⁰ Osserva sempre ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., 45, come, infatti, nella prospettiva della pericolosità "oggettiva" diversa da quella personale o soggettiva, «non si vede per quale logica la sussistenza della prima debba riferirsi solo a *res* coinvolte nell'attività di un soggetto punibile».

²¹ Soluzione che ha preso forma con l'introduzione, ad opera del d.l. n. 92/2008, di un decimo comma nell'art. 2-ter della legge n. 575/1965 (oltre che essere riprodotta, in sede di conversione dello stesso decreto, nell'art. 12-sexies del d.l. n. 306/1992) e risulta oggi confermata dall'art. 25 del codice antimafia. Sul punto, in chiave critica, cfr. MAUGERI, *Profili di legittimità costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Suprema Corte*, in Cassano (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Roma, 2009.

²² Tale considerazione, peraltro, era già svolta da autorevole dottrina con riferimento alla confisca prevista dall'art. 240 c.p., osservando come l'implausibilità della *ratio* preventiva fosse svelata proprio dall'applicabilità a soggetti giudicati meritevoli di sospensione condizionale della pena: in questo senso, cfr. ancora ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., 45 s.

²³ Non si vede, infatti, come una cosa possa divenire "intrinsecamente" pericolosa solo perché il suo acquirente rientrava in una delle categorie di destinatari delle misure di prevenzione, né tantomeno come la derivazione illecita possa "imprimerle" tale qualità in via definitiva.

pericolosità oggettiva previste nell'ordinamento²⁴, infatti, il riconoscimento di tale caratteristica rispetto ai patrimoni non può prescindere da un accertamento dell'inclinazione a delinquere della persona che ne ha la *disponibilità* oltre che, come già osservato, dall'*idoneità* degli stessi ad essere reinvestiti nelle attività illecite.

A quest'ultimo proposito, merita di essere ridimensionato anche l'argomento secondo cui l'apprensione di beni di origine illecita indipendentemente da tali presupposti sarebbe giustificato, sempre in chiave *preventiva*, dalla loro capacità di pregiudicare la *libera concorrenza*. A parte il fatto che la confisca opera anche rispetto a beni e situazioni in cui tale rischio non sussiste, in questa prospettiva il concetto di *prevenzione* pare assumere un significato del tutto diverso e sostanzialmente coincidente con le esigenze di *repressione* delle condotte di reintroduzione dei proventi da reato nel circuito economico (ossia di riciclaggio, di reimpiego e, da ultimo, di "autoriciclaggio").

3. Dalle "anomalie" al mutamento di paradigma: la reale funzione della confisca dei proventi da attività criminali.

Lo sganciamento delle misure di prevenzione patrimoniali da quelle personali svela definitivamente la reale funzione assolta dalle prime, ossia quella di *neutralizzazione dei vantaggi* prodotti dall'attività illecita (in questo settore, anche soltanto sospetta) indipendentemente da qualsiasi giudizio in ordine alla pericolosità del titolare ed alla idoneità ad essere reimpiegati (in attività illecite o addirittura lecite), elementi la cui sussistenza è sostanzialmente accidentale²⁵. Se certamente tale soluzione rappresenta un ulteriore tassello nell'opera di *torsione* o *stravolgimento* dell'originaria aspirazione preventiva del sistema antimafia²⁶, la stessa risulta però *coerente* con una diversa prospettiva teleologica che, già emergente negli originari presupposti applicativi, nel tempo si è manifestata in maniera sempre più nitida nel panorama legislativo e giurisprudenziale.

Già a metà degli anni '90, infatti, il Massimo Collegio si trovava a giustificare l'operatività della misura nei confronti degli eredi del proposto riconoscendone una natura (non preventiva bensì) di *tertium genus* dettata dalla peculiare strumentalità all'eliminazione dei beni provenienti da attività criminali dal tessuto dell'economia lecita²⁷. La stessa Corte costituzionale, dichiarando legittima la scelta del legislatore di accogliere espressamente tale soluzione²⁸, ha poi affermato che la *ratio* della misura «comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione personale consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al "circuito economico" di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo» e che «a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura

²⁴ Neanche gli strumenti del reato indicati dall'art. 240, comma 1, c.p., ad esempio, possono essere definiti come cose intrinsecamente pericolose, tanto che lo stesso legislatore prevede la confisca come facoltativa (laddove il criterio che orienta la discrezionalità del giudice dovrebbe essere proprio rappresentato dalla pericolosità del bene). Si discute, ancora, se dei beni di cui è illecita la stessa detenzione indicati dal comma 2, n. 2, della medesima disposizione sia imposta come obbligatoria la confisca perché realmente pericolosi ovvero perché l'istituto non rappresenti una semplice "proiezione" del regime giuridico cui tali beni sono sottoposti (su entrambi i profili, cfr. GRASSO, Art. 240, cit., 610).

²⁵ Non è quindi la funzione di sottrazione dei patrimoni illeciti che si affianca a quella preventiva (in questo senso, cfr. MENDITTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 31) ma, semmai, è la seconda che talvolta può accedere alla prima.

²⁶ In questo senso, cfr. DI LELLO FINUOLI, *La torsione della confisca di prevenzione per la soluzione del problema dell'evasione fiscale*, in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2015, 2, la quale richiama, a sua volta, TRAPASSO, *Osservatorio sulla Corte di cassazione*, in *www.archiviopenale.it*, 2014, 5, che parla di "opera di stravolgimento" avviata dalle riforme del 2008 e del 2009.

²⁷ Tale orientamento, volto a riconoscere una natura di *tertium genus* alla confisca, risale alla nota sentenza Cass., Sezioni Unite, 3-7-1996, n. 18, Simonelli, ed è stato più volte ribadito in giurisprudenza (di recente, cfr. Cass., 17-5-2013, n. 39204). Sul tale orientamento giurisprudenziale, cfr. MAUGERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 5 ss.

²⁸ In particolare, l'applicabilità agli eredi (già auspicata in dottrina da E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990, 15) veniva espressamente prevista attraverso l'introduzione di un comma 6-bis nel testo dell'art. 2-bis, della legge 575/1965 ad opera del d.l. n. 92/2008. La soluzione è oggi confermata dall'art. 18 del codice antimafia.

anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso»²⁹.

Leggendo la sentenza in commento, pertanto, i passaggi nei quali si riconosce che le misure patrimoniali rispondono «all'esigenza di eliminare dal circuito economico-legale beni ed altre attività illecitamente acquisiti»³⁰ risultano certamente più «schietti» di quelli in cui (non senza una certa confusione tra *presupposti* e *ricadute* di una determinata qualificazione) si sostiene che «la confiscabilità anche in danno degli eredi o aventi causa costituisce la più eloquente conferma della persistente connotazione preventiva della misura ablatoria»³¹. Come già osservato, infatti, l'affrancamento dal requisito dell'attualità della pericolosità non può certamente giustificarsi in ottica preventiva, bensì esclusivamente nella prospettiva teleologica che distingue le misure patrimoniali da quelle personali³².

Pertanto, risulta fuorviante anche l'affermazione delle Sezioni Unite secondo cui la confisca presuppone comunque un momento di «manifestazione della pericolosità» del proposto, laddove ciò che interessa, semmai, è l'individuazione di un periodo di sospetto svolgimento di un'attività illecita della quale recuperare i proventi. Il ricorso ad espedienti quali la pericolosità «reale» o che si «trasferisce» alle cose, in effetti, risulta sostanzialmente dettato dall'esigenza di giustificare l'applicazione di una misura che si pretende preventiva sulla base di presupposti non più attuali, senza riuscire ad ammettere che l'obiettivo di neutralizzare i vantaggi illeciti non ha niente a che vedere con l'accertamento della pericolosità (attuale o pregressa) del proposto o dei beni. Lo stesso requisito della *correlazione temporale*³³, a ben vedere, non è affatto dettato da logiche preventive – come la sentenza sembra invece suggerire³⁴ –, bensì da un'esigenza di temperamento delle tecniche presuntive che caratterizzano l'accertamento dell'origine illecita dei patrimoni in nome di un'esigenza di proporzione delle strategie di neutralizzazione degli stessi (v. *infra*, § 5).

La definitiva emersione di una diversa «idea di scopo», peraltro, è testimoniata anche da ulteriori aspetti. Anzitutto, la già segnalata combinazione tra i modelli della confisca «*allargata*» e della confisca «*di valore*» – e, quindi, la possibilità di agire su beni di origine lecita in misura equivalente rispetto ai proventi ingiustificati che siano stati distrutti o occultati – conferma che il «processo al patrimonio» mira all'apprensione non tanto di *beni specifici* in ragione delle loro caratteristiche oggettive (non di vera *actio in rem*, pertanto, si tratta), bensì di una determinata *quantità*. Ancora, i limiti al riconoscimento dei diritti dei terzi e dei creditori – compresi i creditori fallimentari, attesa la prevalenza del procedimento di prevenzione sulla procedura fallimentare³⁵ – non rispondono certamente a logiche preventive (che dovrebbero dare rilevanza alle sole ipotesi di intestazione fittizia), bensì rappresentano un punto di equilibrio tra

²⁹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 21/2012, in cui venivano così ribadite le considerazioni già svolte nella precedente sentenza n. 335/1996, in cui la Corte medesima si era pronunciata su una questione di legittimità volta a censurare la disciplina della confisca di prevenzione in quanto non recante l'espressa previsione dell'inoperatività rispetto agli eredi (così permettendo quelle interpretazioni estensive poi affermatesi in giurisprudenza). Si deve anche segnalare, tuttavia, che da ultimo la Corte costituzionale è però tornata a valorizzare il collegamento tra misure personali e patrimoniali nella medesima ottica di contrasto della pericolosità (cfr. sentenza n. 106/2015), con argomentazione poco convincente e che pare più che altro dettata dall'esigenza di giustificare la legittimità della medesimezza dei limiti posti al ricorso per cassazione nei due ambiti.

³⁰ Cfr. considerati in diritto nn. 3 e 7.

³¹ Cfr. considerato in diritto n. 9.3.

³² Significativi, in proposito, i termini della già segnalata sentenza Cass., 17-5-2013, n. 39204, in cui si afferma che «l'affrancamento dall'attualità della pericolosità del proposto non ha comportato alcun riassetto teleologico dell'istituto, quanto, se mai, un rafforzamento dell'efficacia rispetto all'originario fine». In dottrina, sulla continuità tra orientamenti giurisprudenziali volti ad affermare la funzione peculiare di recupero dei proventi illeciti alle misure patrimoniali e modifiche introdotte nel 2008 e 2009 cfr. FONDAROLI, *Misure di prevenzione e presunta pericolosità dei beni*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, 2011, 1515 s.

³³ Uno dei profili considerati nella rimessione alle Sezioni Unite, in particolare, concerne il tema, dibattuto in giurisprudenza, della necessaria corrispondenza tra periodo di esercizio della sospetta attività illecita e quello rispetto al quale il proposto deve giustificare la provenienza lecita dei propri redditi. Per un approfondimento, cfr. ancora MAUGERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 18 ss.

³⁴ Cfr. il considerato in diritto n. 10, in cui si osserva come la correlazione temporale garantirebbe un collegamento col periodo di manifestazione della «pericolosità» del proposto e sarebbe quindi coerente con la natura preventiva delle misure (in questo senso, cfr. anche MENDITTO, *Le Sezioni Unite*, cit., 43 ss.). Invero, tale argomentazione dovrebbe essere reinquadrata proprio in ottica compensativo-ripristinatoria, nella quale si rende effettivamente necessaria la dimostrazione della provenienza lecita dei soli proventi ottenuti nel periodo di sospetto esercizio di attività criminali (mentre in ottica preventiva, ancora una volta, potrebbero certamente essere appresi profitti antecedenti se considerati suscettibili di reimpiego illecito). Risulta decisamente più condivisibile, allora, il passaggio immediatamente successivo in cui le Sezioni Unite osservano come la correlazione temporale sia semmai imposta dall'esigenza di contemperare la finalità di rimuovere dal circuito economico beni illecitamente acquistati e quella di tutela del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica (sul punto, si tornerà *infra*, § 5).

³⁵ Tale principio di origine giurisprudenziale è stato infatti espressamente recepito dagli artt. 63 e ss. del codice antimafia, con soluzione legislativa che in pratica consente la soddisfazione dei creditori fallimentari soltanto qualora siano osservati i limiti stringenti previsti per la generalità dei creditori dagli artt. 52 ss.

neutralizzazione dei vantaggi e tutela dei soggetti estranei che ruota essenzialmente attorno al concetto civilistico di *buona fede*, intesa come situazione di *affidamento incolpevole* (che peraltro deve essere dimostrata dal terzo)³⁶. Infine, soltanto in questa diversa prospettiva teleologica può spiegarsi l'orientamento giurisprudenziale – recentemente suffragato dalle Sezioni Unite – secondo cui la misura ablativa abbraccerebbe anche i proventi dell'evasione fiscale³⁷, conducendo così la stessa a svolgere un ruolo di fatto concorrenziale rispetto agli istituti tributari volti al recupero dell'imposta evasa³⁸.

Ora, giunti a questo punto, è bene precisare che il fatto che le varie soluzioni sin qui descritte risultino effettivamente *coerenti* con una concezione *compensativo-ripristinatoria* della misura non significa anche che le medesime siano perciò *legittime*.

Prima di affrontare questo aspetto, tuttavia, vale la pena di osservare che, proprio nell'ottica della neutralizzazione dei profitti illeciti, sembra affiorare oggi un progressivo *riavvicinamento* tra la confisca di prevenzione e le altre forme di ablazione dei proventi cosparse nell'ordinamento. La dottrina più attenta, infatti, ha da tempo osservato come l'*ipotesi generale* prevista dall'art. 240 c.p. non svolga una reale funzione preventiva allorché sia riferita al profitto, al prezzo ed al prodotto del reato³⁹. D'altra parte, è soprattutto con riferimento alla *confisca per equivalente* che tale aspetto è stato valorizzato dalla giurisprudenza, la quale ne ha in un primo momento riconosciuto una natura *sanzionatoria* – con particolare riferimento all'efficacia nel tempo⁴⁰ – ma, successivamente, ha anche elaborato modelli applicativi derogatori rispetto ai canoni penalistici e riconducibili, per l'appunto, ad una matrice civilistico-compensativa. In questa prospettiva, infatti, si iscrivono soluzioni come la responsabilità *solidale* dei concorrenti⁴¹, la “detrazione” di quanto già versato ad altro titolo in conseguenza dell'illecito⁴² o dei costi sostenuti nella realizzazione del reato (c.d. *Nettoprinzip*)⁴³, nonché l'operatività della misura

³⁶ Tale parametro, infatti, è attualmente espressamente previsto dall'art. 25 del codice antimafia (mentre rispetto ad altre forme di confisca dei proventi, lo stesso è tuttora frutto dell'interpretazione giurisprudenziale del concetto di “estraneità” al reato; v. *infra*, nota 46). Si tratta di un requisito che vale tanto per i titolari di diritti reali, quanto per i creditori accanto agli ulteriori limiti previsti per quest'ultima categoria dagli artt. 52 ss.. Che tali limitazioni siano da ricondurre a logiche diverse da quella preventiva era già puntualmente osservato, con specifico riferimento alla soccombenza della procedura fallimentare rispetto al procedimento di prevenzione, da NAPOLEONI, *Interferenze problematiche tra fallimento e sequestro antimafia*, in *Cass. Pen.*, 1989, 467 ss.

³⁷ Cfr. Cass., Sezioni Unite, 29-5-2014, n. 33451, in *questa Rivista*, 2 maggio 2015, con nota di MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*.

³⁸ In questo senso, cfr. le puntuali osservazioni di DI LELLO FINUOLI, *La torsione della confisca*, cit., 22.

³⁹ Cfr. le già segnalate autorevoli considerazioni di ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, cit., 44 ss.

⁴⁰ Tale conclusione si afferma, in riferimento a diverse ipotesi di confisca per equivalente, soprattutto a partire dall'anno 2009: cfr. Cass., 24.9.2009, n. 39173; Cass., 24.9.2009, n. 39172; Cass., 29.1.2009, n. 11912; Cass., 28.7.2009, n. 33409.

⁴¹ Si è infatti affermato che, in tale ipotesi, la confisca per equivalente può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, con un orientamento che prende le mosse dalla sentenza Cass., 16-1-2004, n. 15445, poi ribadita da ultimo da Cass., 9-1-2014, n. 5553. Il giudice di legittimità, peraltro, continua a giustificare tale soluzione facendo riferimento alla natura sanzionatoria della confisca e, quindi, al modello “unitario” che informa la disciplina del concorso di persone, laddove il principio solidaristico rinvia proprio ad una logica compensativa della misura, tale da giustificare l'accoglimento del canone di ripartizione del danno stabilito dall'art. 187, 2° c., c.p., come osservato criticamente da FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale italiano*, Bologna, 2007, 259 ss.

⁴² Nel settore tributario, laddove la valenza riparativa della confisca per equivalente del profitto risulta più accentuata vista l'identità tra soggetto leso e beneficiante del provvedimento, è infatti progressivamente emerso il problema del cumulo con gli strumenti tributari volti al recupero delle somme evase e, sul punto, la giurisprudenza ha nel tempo ricostruito in via pretoria una sorta di sussidiarietà della misura ablativa rispetto a tali istituti (sul punto, cfr. M. LANZI, *Rassegna giurisprudenziale in tema di confisca per equivalente nei reati tributari*, in *Indice penale*, 2013, 183 ss.; da ultimo, cfr. Cass., 8-1-2014, n. 6635) ispirata evidentemente da una logica compensativa (giacché, in chiave sanzionatoria, si potrebbe certamente consentire il cumulo tra una sanzione punitiva proporzionata al profitto ed istituti volti alla riparazione del debito tributario).

⁴³ Sulla progressiva riemersione del principio del netto, cfr. MONGILLO, *I mobili confini del prodotto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *questa Rivista*, 2012, 3-4, 58 ss., che osserva come proprio una concezione ripristinatoria pare aver condotto la giurisprudenza ad abbandonare l'opposto “principio del lordo” (cfr. da ultimo, cfr. Cass., 28-10-2013, n. 10265, in *Cass. pen.*, 2014, 3245, con nota critica di FUX, che offre una definizione di profitto incentrata sul concetto di “mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale dell'ente”).

in assenza di una condanna definitiva⁴⁴ ovvero rispetto a soggetti diversi dall'autore del reato presupposto, che siano questi eredi⁴⁵, acquirenti⁴⁶ oppure persone giuridiche non dichiarate responsabili ai sensi del d.lgs. n. 231/2001⁴⁷.

In definitiva, le numerose "anomalie" legislative e giurisprudenziali che si registrano tanto nel paradigma *preventivo*, quanto in quello *punitivo*, tradiscono una concezione ripristinatoria delle varie forme di confisca dei proventi che, sebbene tuttora negata da alcuni settori della giurisprudenza⁴⁸, sembra consentirne una *considerazione unitaria*⁴⁹. Certamente, poi, permangono fondamentali divergenze in relazione alle *modalità di accertamento*: come noto, infatti, rispetto alle manifestazioni criminali più avvertite, l'ablazione dei proventi avviene *praeter delictum* (o meglio, secondo una felice formula, *praeter probationem delicti*)⁵⁰; in altre ipotesi, invece, si richiede una condanna per il reato presupposto, salvo poi estendere la confisca anche ad ulteriori entità patrimoniali di origine sospetta⁵¹; nei casi residuali, infine, anche l'entità dei proventi da reato deve essere puntualmente accertata, pur consentendo la confisca di valore, laddove prevista, di agire su beni di provenienza lecita in misura equivalente. Tali differenze,

⁴⁴ Rispetto a tale tematica, emersa inizialmente sul terreno dell'art. 240 c.p., non è infatti stata risolutiva la sentenza Cass., Sezioni Unite, 15-10-2008, n. 38834, essendo presto riemersi indirizzi giurisprudenziali volti ad ammettere la confisca in assenza di condanna anche laddove prevista da disposizioni che tale requisito lo indicano espressamente, sulla base dell'argomentazione della "equivalenza funzionale" di determinate pronunce di proscioglimento (cfr., ad esempio, Cass., 5-10-2011, n. 39756; Cass., 23-10-2012, n. 48680; Cass., 4-12-2008, n. 24S3; Cass., 25-1-2013, n. 31957), tanto che di recente la questione è stata nuovamente rimessa alle Sezioni unite (Cass., 19-11-2014, la cui informazione provvisoria è stata pubblicata in *Dir. pen. cont.*). Il tema, come noto, è peraltro "deflagrato" in materia di confisca urbanistica rispetto alla quale, a seguito della sentenza della Corte europea *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013, in cui è stata dichiarata contraria alla Convenzione l'applicazione della misura (in quanto avente finalità sanzionatoria) in assenza di condanna, dovrà ora esprimersi la Corte costituzionale. Pur non essendo possibile, in questa sede, approfondire tale vicenda (per cui si rinvia alla ricostruzione di GALLUCCIO, *La confisca urbanistica torna alla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 giugno 2014, ed alle riflessioni critiche di VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen., sez. III, ord. 30 aprile 2014)*, in *questa Rivista*, 2014, 3-4), vale la pena di osservare che la soluzione accolta nella giurisprudenza in materia urbanistica pare ispirata, ancora una volta, da una concezione ripristinatoria dell'istituto, quasi in una prospettiva di supplenza rispetto all'inerzia delle amministrazioni locali nell'esecuzione degli ordini di demolizione (e nonostante che la confisca finisca per colpire tutti i terreni oggetto del piano di lottizzazione e non soltanto gli immobili abusivamente edificati, come sottolineato dalla stessa Corte europea).

⁴⁵ Al di fuori della materia della prevenzione patrimoniale, infatti, diverse ipotesi di confisca dei proventi sono state talvolta ritenute applicabili rispetto agli eredi del reo secondo itinerari argomentativi che spaziano dalla "non estraneità" degli stessi (cfr. Cass., 25-09-2000, n. 5262; Cass., 20-05-2008, n. 27343) alla mancanza di un loro interesse a ricorrere (cfr. Cass., 16-6-2010, n. 24843) ma che risultano, in assenza di un chiarimento sulla reale natura della misura, «puri e semplici sofismi» (nei termini di NUVOLONE, in *Indice penale*, 1985, 150).

⁴⁶ Secondo la giurisprudenza, in particolare, viene considerato non estraneo colui che non riesca a dimostrare (apparentemente in via *cumulativa* e non *alternativa*) la mancata percezione di qualsiasi profitto derivante dal fatto penalmente sanzionato e l'assenza di condizioni in grado di configurare a suo carico un qualsivoglia addebito di negligenza da cui sia derivata la disponibilità del bene (cfr., ad esempio, Cass. 17-10-2013, n. 68; Cass. 17-1-2013, n. 29197).

⁴⁷ Ad esempio, poiché il reato presupposto risulta prescritto ovvero addirittura non rientrante nel novero di quelli previsti dagli artt. 24 ss. del decreto, come affermato rispettivamente dalle sentenze Cass., 12-3-2014, n. 14600, e Cass., Sezioni Unite, 30-1-2014, n. 10561. Pur non essendo questa la sede per un commento a tali sentenze (per cui si rinvia a DELL'Osso, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 401 ss.; Id., *Diritto penale dei mercati finanziari e sequestro dei proventi illeciti: una nuova deludente pronuncia della Suprema Corte sui confini della confisca*, in corso di pubblicazione in *Giur. comm.*, e M. LANZI, *La confisca diretta e di valore nei reati tributari: riflessioni e questioni aperte*, in *Indice Penale*, 2014, 167 ss.), si deve segnalare che il fatto che sia proprio una logica compensativa ad ispirare tali soluzioni emerga chiaramente nella sentenza delle Sezioni Unite laddove si afferma che l'art. 6, comma 5, del d.lgs. n. 231/2001 sarebbe addirittura «*previsione di carattere generale* che impone la confisca, diretta o per equivalente, del profitto derivante da reato, secondo una prospettiva non di tipo sanzionatorio, essendo fuori discussione la "irresponsabilità" dell'ente, ma di ripristino dell'ordine economico perturbato dal reato».

⁴⁸ Nella segnalata sentenza delle Sezioni Unite circa la confisca dei proventi da evasione fiscale, infatti, viene valorizzata una diversità di fondamento tra confisca di prevenzione e confisca "allargata" di cui all'art. 12-sexies del d.l. n. 306/1992, con termini che riecheggiano anche nella già menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 106/2015. In entrambi i casi, tuttavia, tale conclusione risulta poco convincente e sostanzialmente dettata dall'esigenza di giustificare soluzioni interpretative o normative differenziate nei due ambiti (in questo senso, con riferimento alla prima pronuncia, cfr. ancora DI LELLO FINUOLI, *La torsione della confisca*, cit., 18 ss.). Analoga osservazione, peraltro, viene formulata anche al considerato in diritto n. 9.4 della sentenza in commento, ma anche in questo caso pare soprattutto finalizzata a dichiarare inconferenti le diverse pronunce nelle quali è stata riconosciuta la natura sanzionatoria della confisca allargata. Si deve segnalare, d'altra parte, che in una recente questione di legittimità costituzionale relativa al procedimento di applicazione della confisca di prevenzione si assume significativamente come *tertium comparationis* proprio la confisca dell'art. 12-sexies in virtù dell'identità di *ratio* tra le due misure (sul punto, cfr. MAUGERI, *La confisca di prevenzione dinanzi alla Corte costituzionale: ritorna la confisca ex art. 12 sexies d.l. 306/1992 come tertium comparationis*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2015).

⁴⁹ In questo senso, almeno limitatamente ai rapporti tra confisca di prevenzione e confisca "allargata", cfr. MAIELLO, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 811, il quale auspica una riforma che «concepisca i due tipi di confisca in esame quali strumenti, qualitativamente omogenei, di una medesima strategia, articolandone i rapporti interni sul piano del differente spessore dei compendi probatori e non in funzione della diversità dei presupposti sostanziali di applicabilità».

⁵⁰ Atteso che, come detto, la confisca si presenta comunque come forma di reazione alla sospetta commissione di illeciti, piuttosto che come conseguenza di una particolare qualità del soggetto o dei beni.

⁵¹ Si fa ancora riferimento, evidentemente, al modello di confisca previsto dall'art. 12-sexies del d.l. n. 306/1992 il quale peraltro risulta "recepito" nella recente direttiva 2014/42/UE in materia di confisca dell'Unione europea.

d'altra parte, non riflettono certamente una diversità di funzioni, quanto piuttosto diverse *tecniche* volte a raggiungere il medesimo scopo, con una relazione tra *invasività* della misura e *gravità* dei reati presupposto che non dovrebbe sfuggire, come si dirà, ad un giudizio di proporzione (v. *infra*, § 5).

4.

La neutralizzazione dei vantaggi da reato: “terzo binario” ovvero forma di repressione della criminalità del profitto.

All'origine dell'esigenza di neutralizzazione dei vantaggi ottenuti mediante l'attività criminosa, la sentenza in commento individua “ragioni etiche” e motivazioni d'ordine economico collegate alla tutela della libera concorrenza⁵², alle quali si potrebbero aggiungere esigenze di *ristoro delle vittime*, specialmente alla luce di quanto disposto dall'art. 48 del codice antimafia, nonché istanze *general-preventive* veicolate nel messaggio diretto ai soggetti dediti ad attività criminali secondo cui neanche i loro eredi potranno goderne i proventi. Ciò premesso, non sembra agevole la determinazione della *natura* e della *collocazione* degli istituti volti a perseguire tale finalità e, di conseguenza, l'individuazione delle *garanzie* che devono presidiare l'applicazione. Senza pretendere di dare risposte definitive a tali quesiti, pertanto, ci si limiterà ad indicare alcune coordinate di un dibattito sulla legittimità di una disciplina che, talvolta, appare “abbandonata” al dialogo tra provvedimenti legislativi e giurisprudenziali.

Ebbene, anzitutto, occorre comprendere se effettivamente le funzioni compensativo-ripristinatorie siano *eterogenee* rispetto a quelle punitive ed in grado di giustificare, quindi, soluzioni di stampo civilistico (come l'applicabilità agli eredi ovvero le altre segnalate *supra*, § 3). In senso affermativo, peraltro, si esprimeva la Corte costituzionale in una delle prime pronunce in tema di confisca, ritenendo legittima la trasmissibilità *iure hereditatis* della misura ablativa prevista nelle disposizioni in materia di sanzioni contro il fascismo in quanto «conseguenza indiretta della diminuzione sofferta dal patrimonio, ovvero, nell'ambito dell'istituto successorio, in quanto trasferimento di obblighi di natura prettamente patrimoniale»⁵³. Nella stessa letteratura penalistica, d'altra parte, si è affacciata la tesi secondo la quale la confisca dei proventi illeciti rappresenterebbe effettivamente un “terzo binario” i cui modelli applicativi non debbano necessariamente corrispondere a quelli delle sanzioni penali⁵⁴, avvalorando così quell'orientamento giurisprudenziale che riconduce le misure di prevenzione patrimoniale ad un *tertium genus*⁵⁵.

Tuttavia, in primo luogo, si deve puntualizzare che una funzione autenticamente ripristinatoria può essere validamente riscontrata soltanto qualora sia prevista una forma di *sussidiarietà* della misura rispetto agli altri istituti volti alla ricomposizione delle conseguenze patrimoniali dell'illecito. Tale soluzione, tuttavia, emerge in modo alquanto frammentario nell'attuale legislazione⁵⁶, mentre a livello giurisprudenziale si è andata affermando esclusivamente con riguardo alla confisca per equivalente prevista per i reati tributari⁵⁷. Proprio muovendo da

⁵² Cfr. considerato in diritto n. 7.1; come osservato (v. *supra*, § 2), d'altra parte, il riferimento all'inquinamento della libera concorrenza non dovrebbe essere sopravvalutato, dato che la confisca tende a colpire anche il mero accumulo di ricchezza illecita, mentre l'attività di rimessa in circolazione nel circuito dell'economia lecita risulta semmai contrastata dalla repressione penale del riciclaggio (oggi anche dell'autoriciclaggio) e del reimpiego.

⁵³ Cfr. sentenza n. 29/1961, in cui si aggiungeva che «è appunto in questo quadro che va inserita l'applicabilità della confisca in questione anche agli eredi e anche dopo estinto il reato; vale a dire come misura non penale, che incide obiettivamente sui beni ovunque e presso chiunque si trovino». D'altra parte, non senza un velo di ambiguità, la Corte si premurava anche di segnalare come, rispetto agli originari destinatari, la confisca fosse opportunamente applicata nel rispetto del principio di personalità della responsabilità previsto dall'art. 27 Cost.

⁵⁴ Cfr. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1779, il quale richiama l'immagine di “terzo pilastro” evocata da Albrecht. Sempre nel senso di una funzione riparativa, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 503 ss., nonché, con specifico riferimento alla confisca di prevenzione, cui viene riconosciuta una finalità distinta da quella punitiva *tout court*, *Id.*, *Le Sezioni Unite*, cit., 12.

⁵⁵ Cfr. i riferimenti giurisprudenziali citati *supra*, nota 27. Si potrebbe segnalare, peraltro, che nella sentenza Simonelli, nonostante la riconduzione ad un *tertium genus* distinto dalle misure sanzionatorie, la confisca sia però anche qualificata come “sanzione amministrativa”, anche se ciò pare dovuto alla natura quasi “residuale” di tale categoria nella tradizione giuridica italiana (sottovalutando però il fatto che la stessa è da decenni ricondotta dalla Corte europea al concetto di *matière pénale*).

⁵⁶ Non di vera sussidiarietà si può parlare con riferimento all'art. 644 c.p., il quale si limita a prevedere che la confisca per equivalente operi a condizione che vengano fatti salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento dei danni, mentre un accoglimento più deciso di tale soluzione pare emergere, ad oggi, soltanto nell'art. 6 del d.lgs. 231/2001.

⁵⁷ Cfr. quanto segnalato *supra*, nota 42.

quest'ultimo orientamento, ad esempio, una volta ammessa la confisca di prevenzione nei confronti delle somme evase al fisco, si dovrebbe anche scongiurare ogni forma di concorso con gli istituti volti all'adempimento del debito tributario, altrimenti verificandosi un'evidente duplicazione restitutoria non giustificabile in ottica compensativa.

Inoltre, ci si potrebbe chiedere se davvero i concetti di *eliminazione del vantaggio* e di *risarcimento* siano pienamente sovrapponibili e se, in assenza del fondamentale presupposto del danno (e, quindi, dell'azione civile da parte del danneggiato), possa veramente parlarsi di scopo *compensativo* o *ripristinatorio*, anche ricordando che nel diritto privato non esiste un principio generale secondo cui i vantaggi ingiusti devono essere sottratti a colui che li ha percepiti⁵⁸. In fondo, come noto, l'idea di *ricomposizione* della situazione antecedente all'illecito costituisce un tratto fondante nelle concezioni retributive della pena⁵⁹, per questo strettamente legate al tema della rigorosa proporzione tra illecito e sanzione. E se quest'ultimo aspetto è stato nel tempo criticato sulla base dell'argomento della "incommensurabilità" tra reato e pena, in relazione agli illeciti con una componente economica dominante la confisca dei proventi sembrerebbe quasi superare tale inconveniente, presentandosi nella veste di sanzione "naturale" per la sua capacità di auto-legittimarsi.

Nei limiti di quanto ricavato dall'attività criminale, in altri termini, si sarebbe pur sempre di fronte ad una misura la cui dimensione *affittiva* non è conseguenza indiretta di una pretesa risarcitoria o di una strategia di contrasto della pericolosità, bensì risulta *necessaria* e *voluta* affinché si esplicino quelle funzioni di deterrenza e intimidazione veicolate attraverso il messaggio secondo cui "il crimine non paga". Si tratta, dopotutto, di un'impostazione che affiora nella giurisprudenza di Strasburgo nella nota sentenza *Welch* laddove, concludendo per la natura penale di un'ipotesi di ablazione dei proventi assimilabile alla confisca c.d. "allargata", si affermava che «la finalità preventiva dell'apprensione di beni che potrebbero essere utilizzati in futuro nell'attività di commercio di stupefacenti così come l'esigenza di garantire che il crimine non paghi sono evidenti (...). Tuttavia non si può escludere che una legislazione che conferisca poteri di confisca così ampi alle giurisdizioni persegua anche lo scopo di punire l'autore del reato. Invero le funzioni di prevenzione e riparazione sono coerenti con quelle punitive e potrebbero essere considerate come *elementi costitutivi* della stessa nozione di punizione»⁶⁰.

È appena il caso di sottolineare che, in questa prospettiva, qualsiasi *applicazione retroattiva* ovvero non conforme alle garanzie riconducibili al *principio di colpevolezza* – dalla *personalità* della responsabilità alla *presunzione di innocenza* – dovrebbe ritenersi illegittima. La sorte del sistema di prevenzione patrimoniale – così come della confisca "allargata" e di qualsiasi forma di apprensione dei proventi rispetto a soggetti che non siano stati condannati per il reato pre-

⁵⁸ Infatti, anche l'azione residuale di arricchimento senza causa prevista dall'art. 2041 c.c. opera nel limite di un depauperamento di un altro soggetto e, pertanto, non potrebbe prestarsi a neutralizzare vantaggi ottenuti ingiustamente ai quali non corrisponda però una diminuzione del patrimonio di altro soggetto (unico interessato a presentare domanda giudiziale), atteso che lo strumento della restituzione degli utili risulta previsto soltanto in settori speciali, quali la tutela del diritto all'immagine, del diritto d'autore o della proprietà industriale. Si deve segnalare, d'altra parte, che talvolta la giurisprudenza civile sembra "cedere" alla tentazione di porre rimedio anche a situazioni di arricchimento ingiustificato in assenza di un reale depauperamento altrui, veicolando tale istanza attraverso un'interpretazione estensiva di altri istituti (ad es. della *negotiorum gestio*).

⁵⁹ Tale considerazione rinvia evidentemente a problemi di più ampia portata; risultano interessanti, ad esempio, alcune critiche emerse nel contesto anglosassone in merito alle diverse forme di *giustizia riparativa*: si osserva, in particolare, come la logica della riparazione-compensazione, nel momento in cui assume forme ulteriori rispetto a quella del risarcimento del danno, non sia realmente eterogenea rispetto all'idea di riequilibrio delle situazioni di diritto (*restoring the balance of rights*) tipica della concezione retributiva della pena e, pertanto, non sfugga al problema della *moral justification*. Sul punto, cfr. soprattutto gli scritti di Zedner, Dignan, Johnstone e Von Hirsch-Ashworth-Shearing, raccolti in VON HIRSCH-ASHWORTH-ROBERTS (a cura di), *Principled sentencing*, 3^a ed., Oxford, 2009. Nella stessa dottrina italiana, d'altra parte, si è osservato come il concetto di "riparazione" non coincida con quello civilistico di "risarcimento" proprio in ragione del più stretto collegamento con la dimensione offensiva del reato commesso; sul punto, cfr. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, Milano, 2014, 520 s., e i riferimenti ivi citati.

⁶⁰ Cfr. *Welch c. Regno Unito*, 9-2-1995, § 30. A prima vista, peraltro, si potrebbe osservare che tali affermazioni sono contraddittorie con l'ap-proccio della Corte incentrato sulla summenzionata tripartizione degli istituti secondo le diverse funzioni preventive, ripristinatorie e punitive. Il punto, tuttavia, è che – passando in secondo piano le esigenze di contrasto della pericolosità e di risarcimento di un danno – la Corte sembra prendere giustamente atto che, rispetto alla misura in esame, i concetti di prevenzione e di riparazione tendono ad smarrire il loro significato originario e a riacostarsi all'idea di punizione.

supposto⁶¹ – sarebbe evidentemente segnata⁶², il che contribuisce a spiegare la riluttanza che la giurisprudenza ancora dimostra a riconoscere, se non altro, le molteplici aporie derivanti dalla qualificazione preventiva. Anche un intervento della Corte europea volto a ricondurre la confisca di prevenzione al concetto di *matière pénale*, nonostante l'importante precedente sopra citato, pare al momento difficilmente ipotizzabile⁶³, considerando anche una certa “deferenza” che i giudici di Strasburgo hanno storicamente dimostrato rispetto a materie “sensibili” come la criminalità organizzata⁶⁴.

5.

Oltre i confini della “materia penale”: il fine giustifica sempre i mezzi?

Volendo invece ritenere che le istanze ripristinatorie sottese alla confisca dei proventi non presentino i caratteri propri della punizione, ad ogni modo, ci si deve chiedere se esse non debbano incontrare limiti dettati da *principi generali* la cui operatività, quindi, non è subordinata al riconoscimento della natura penale della misura applicata. Il pensiero corre, in particolare, ai requisiti di *legalità* e *proporzionalità* che, ai sensi dell'art. 1 Prot. n. 1 Cedu, devono presidiare *qualsiasi forma* di restrizione della proprietà privata da parte dell'autorità pubblica.

Ora, in primo luogo, è chiaro che, se si ritiene che il primo presupposto abbia la medesima portata che si riconosce al principio di legalità in materia penale – come talvolta suggerito dalla stessa Corte di Strasburgo⁶⁵ –, qualsiasi applicazione retroattiva dovrebbe essere preclusa. Tuttavia, a ben vedere, nelle disposizioni diverse dall'art. 7 Cedu il requisito della *law provision* sembra piuttosto rinviare ad un'esigenza di *prééminence du droit* intesa come necessaria sussistenza di presupposti legali certi (non al momento della condotta dell'individuo bensì)

⁶¹ Quanto alla confisca “allargata” di cui all'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992, è evidente che il riconoscimento della natura sanzionatoria della misura (talvolta affiorato anche nella giurisprudenza interna) risulterebbe difficilmente conciliabile con il meccanismo di determinazione presuntiva dei proventi, ancorché questo sia “attivato” da una condanna (il che, peraltro, è messo in discussione da quelle sentenze che ammettono, anche in questo ambito, la possibilità di applicare la confisca sulla base di sentenze di proscioglimento che contengano un accertamento della responsabilità dell'imputato). In proposito, secondo la Corte europea, che riconduce al misura al concetto di *matière pénale*, il fatto che la stessa si applichi *post delictum* la rende compatibile con la presunzione di innocenza stabilita dall'art. 6, § 2, Cedu (cfr. sentenza *Phillips c. Regno Unito*, 5-7-2001, nonché la giurisprudenza più recente su cui si sofferma BALSAMO, *Il rapporto tra forme “moderne” di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2007). Si tratta di conclusioni che, tuttavia, non hanno mancato di sollevare perplessità di quella dottrina che ha puntualmente osservato come la presunzione d'innocenza dovrebbe estendersi anche alla fase di determinazione dei proventi del reato, oltre che a quella di affermazione della responsabilità dell'imputato (cfr. le osservazioni già svolte da FURNASARI, *Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 750 e 764 ss.). È chiaro che, in questa prospettiva, risulta certamente criticabile il recepimento di tale modello di confisca nella recente direttiva dell'Unione europea 2014/42/UE (ancorché non sia rimasta traccia di quella espressa qualificazione penale della misura che era comparsa nel testo proposto dalla Commissione LIBE). Infine, anche per ciò che concerne la confisca per equivalente, il riconoscimento della natura sanzionatoria della misura (molto più consolidato nella giurisprudenza) stride evidentemente con tutte quelle forme di applicazione derogatorie rispetto ai canoni penalistici segnalate *supra*, § 3.

⁶² Come puntualmente osservato da MANES, *Il sistema penale nello specchio del “dialogo tra le Corti”*, in corso di pubblicazione su *Riv. it. dir. proc. pen.*, 7 del dattiloscritto. Nello stesso senso, cfr. MAUGERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 11 ss., la quale osserva giustamente come la sentenza Occhipinti dimostri una certa “ingenuità” nell'affermare, dopo aver riconosciuto la natura sanzionatoria della confisca di prevenzione, che l'estensione del principio di irretroattività sarebbe sufficiente a riallineare l'istituto ai canoni costituzionali. Al contrario, evidentemente, tale presupposto implicherebbe l'illegittimità *tout court* di una disciplina le cui regole sostanziali e processuali divergono in maniera significativa rispetto ai canoni penalistici.

⁶³ In questo senso, cfr. ancora MANES, *Il sistema penale nello specchio del “dialogo tra le Corti”*, 8 del dattiloscritto.

⁶⁴ Si consideri, su altro versante, la timida giurisprudenza sull'art. 41-bis della legge sull'ordinamento penitenziario, nella quale si è costantemente escluso qualsiasi profilo di violazione dell'art. 3 Cedu (sul punto, cfr. NICOSIA, *Il c.d. 41 bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1240 ss.).

⁶⁵ Come segnalato anche in altra sede, infatti, la Corte europea sembra talvolta suggerire che il requisito della base legale previsto dall'art. 1 del Prot. n. 1 Cedu impone il rispetto dei parametri di “accessibilità” e “prevedibilità” dell'applicazione della misura *al momento della condotta* indipendentemente dalla qualificazione penale della confisca e, quindi, dall'applicabilità dell'art. 7 Cedu. In questo senso, ad esempio, cfr. le sentenze *Sud Fondi srl e a. c. Italia*, 20-1-2009 (che però si pronuncia *anche* sull'art. 7 Cedu); *Sun c. Russia*, 5-2-2009, § 26 ss.; *Oao Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russia*, 20-9-2011, § 559 (nelle quali, invece, viene dichiarata esclusivamente una violazione dell'art. 1 del Prot. n. 1 Cedu per violazione del suddetto parametro).

al momento della *decisione del giudice*⁶⁶. Pertanto, le riforme intervenute nella disciplina della confisca di prevenzione parrebbero se non altro soddisfare tale requisito, essendo state “codificate” molte delle soluzioni giurisprudenziali ispirate dalla concezione compensativa della misura (ad es. l'applicabilità agli eredi, lo sganciamento dalle misure personali, la prevalenza sulla procedura fallimentare), anche se si manifestano tuttora esiti applicativi che sono frutto di un diritto “vivente” tutt'altro che consolidato e spesso “imprevedibile” anche al momento del giudizio, con inevitabili ricadute negative sull'esercizio del diritto di difesa⁶⁷.

La partita, allora, finisce per giocarsi soprattutto sul terreno del *giudizio di proporzione*, chiamato a stabilire i *limiti* sino ai quali può essere “spinta” l'esigenza di recupero dei vantaggi di origine illecita. Non è un caso che, non potendo trovare applicazione la presunzione di innocenza, proprio tale principio abbia consentito alla Corte europea di sottolineare l'esigenza di mantenere un certo *riequilibrio* nella ripartizione dei carichi probatori anche nel procedimento di prevenzione⁶⁸, secondo un'impostazione progressivamente recepita anche nella giurisprudenza interna⁶⁹. Gli stessi orientamenti nei quali si è affermato il requisito della “correlazione temporale”, come già sottolineato, sono essenzialmente dettati da un'esigenza di ragionevole *temperamento* degli oneri dimostrativi gravanti sul proposto, piuttosto che da logiche preventive⁷⁰.

Si tratta di comprendere, allora, se anche le recenti “accelerazioni” alle quali ha assistito il sistema di prevenzione patrimoniale soddisfino effettivamente tale requisito e se, ad esempio, le “ragioni etiche” che sottendono tali direttrici di riforma debbano prevalere rispetto alla tutela del diritto di proprietà di soggetti del tutto estranei alle attività criminali (come nel caso paradigmatico degli eredi dell'indiziato). Non sorprende, in proposito, che nella stessa giurisprudenza interna, sebbene con argomenti non proprio lineari, siano emerse pronunce volte ad arginare l'estensione operativa della confisca in caso di morte del proposto⁷¹. Analogamente, in questa prospettiva potrebbe essere apprezzata la legittimità di talune limitazioni al riconoscimento dei diritti di soggetti terzi quali, ad esempio, i creditori fallimentari, dato che non appare affatto scontato che debba «essere privilegiato l'interesse pubblico perseguito dalla normativa antimafia rispetto all'interesse meramente privatistico della *par condicio credi-*

⁶⁶ In effetti, oltre che non supportata dal testo della Convenzione, che soltanto all'art. 7 specifica che la previsione legale deve esistere al momento della condotta dell'individuo, in tale livellamento dei significati della legalità si perde la specificità garantistica del principio al cospetto delle manifestazioni dello *ius puniendi*. Pur non essendo possibile approfondire in questa sede tale tematica, si deve infatti osservare che soltanto nella “materia penale” l'esigenza di “prevedibilità” delle conseguenze della propria condotta – per lo stretto collegamento che sussiste con la tutela della libera autodeterminazione e con il principio di colpevolezza – ha un rango assoluto, mentre determinati contro-interessi possono giustificare l'applicazione retroattiva di misure ripristinatorie o preventive, purché sia garantito, viste le esigenze di uguaglianza e di certezza sottese all'idea di Stato di diritto, un fondamento legale al momento (non della condotta del destinatario bensì) della decisione giudiziale. Questo diverso significato della *law provision*, in effetti, non manca di emergere in altre pronunce concernenti l'art. 1 Prot. n. 1: cfr. ad esempio *Khuzhin e a. c. Russia*, 23-10-2008, § 126.

⁶⁷ Si pensi, ad esempio, proprio alla vicenda dei proventi di evasione fiscale auto-denunciati dal proposto per sfuggire alla confisca di prevenzione, magari facendo affidamento su quelle pronunce in cui si era esclusa l'operatività della misura. Anche con riferimento ad altre ipotesi di confisca dei proventi, peraltro, determinate soluzioni risultano ancora oggetto di contrasti giurisprudenziali sincronici, come ad esempio sul terreno dell'applicabilità in caso di estinzione del reato, nei confronti degli eredi ovvero delle persone giuridiche a prescindere dai presupposti previsti dal decreto n. 231/2001 (v. *supra*, § 3). In tutti questi casi, in cui vi è incertezza addirittura su quale sarà la conclusione del giudice all'esito del procedimento, non sembra ardito invocare una violazione del requisito della “base legale” previsto dall'art. 1 Prot. n. 1 Ced. indipendentemente dalla qualificazione punitiva della confisca e dall'operatività del divieto di retroattività previsto dall'art. 7 Ced.

⁶⁸ Da ultimo, cfr. *Cacucci e Sabatelli c. Italia*, 17-6-2014, §§ 35 ss.

⁶⁹ Invero, come noto, anche su tale profilo non sono mancati contrasti giurisprudenziali (cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione*, cit., 379 ss.), sebbene oggi sembri prevalere l'orientamento che esclude, almeno in via di principio, che l'onere della prova gravi interamente sul proposto, essendo stato avvalorato anche dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento (v. il considerato in diritto n. 11).

⁷⁰ In questo senso, cfr. MAUGERI, *Le Sezioni Unite*, cit., 25 s., sebbene l'Autrice richiami anche il canone della presunzione di innocenza che, mantenendo fede alla tesi dell'esclusione della natura punitiva della confisca di prevenzione, cui la stessa Autrice pare aderire, non dovrebbe essere pertinente. Come già osservato, peraltro, tale conclusione traspare anche dalla motivazione delle Sezioni Unite, sebbene non manchi un tentativo di giustificare la correlazione temporale in chiave preventiva (v. *supra*, nota 34).

⁷¹ Cfr. Cass., 28-9-2011, n. 3219, in cui si sottolinea che, sulla base di un'interpretazione conforme della normativa (secondo cui la confisca “può” e non “deve” essere disposta) agli artt. 24, 27, 40 e 111 Cost. ed alla giurisprudenza della Corte europea, si dovrebbero diversificare le posizioni soggettive degli eredi in base alla «consapevolezza di questi ultimi dell'attività illecita svolta dal loro dante causa e della genesi illecita dei cespiti patrimoniali oggetto della successione». Ora, se tale criterio potrebbe anche essere valido in un'ottica di proporzione dell'intervento compensativo, stupisce che nella pronuncia in esame lo stesso sia ricollegato ai principi di personalità e di colpevolezza sanciti dall'art. 27 Cost. e dalla sentenza *Sud Fondi* della Corte europea, tradendo nuovamente un'inquadramento sanzionatorio della misura il quale dovrebbe portare ad escludere qualsiasi efficacia rispetto agli eredi.

torum perseguito dalla normativa fallimentare»⁷², soprattutto se si considerano i termini di un recente arresto delle Sezioni Unite in tema di rapporti tra sequestro preventivo e procedura fallimentare nella disciplina della responsabilità degli enti⁷³.

Infine, sempre al cospetto del principio di proporzione si dovrebbe valutare la progressiva *estensione* della confisca di prevenzione ad ipotesi delittuose del tutto estranee al fenomeno mafioso che si è manifestata nella giurisprudenza⁷⁴ e nella legislazione⁷⁵, nonché nelle più recenti proposte di riforma⁷⁶. Ora, se tale tendenza rende ancor più fragile la qualificazione preventiva della misura – venendo meno la possibilità di ricorrere a quell'idea della pericolosità “connaturata” alla commissione dei reati presupposto – la dilatazione dell'ambito operativo della misura potrebbe anche essere ritenuta coerente con una concezione compensativo-risparmiatoria della stessa, avendo le istanze di recupero dei profitti illeciti una certa “vocazione generale”. Considerando tuttavia che, come osservato, tale impronta teleologica caratterizza anche le altre ipotesi di confisca dei proventi previste nell'ordinamento, la “gestione” delle diverse *tecniche* di aggressione ai patrimoni non dovrebbe sottrarsi ad un rigoroso sindacato di proporzione che assuma come secondo parametro proprio la *gravità* dei fenomeni criminali considerati. Pertanto, anche in questa diversa prospettiva, sia l'ampliamento della sfera applicativa della confisca “allargata” (e la “quasi generalizzazione” cui la stessa ha assistito nella recente direttiva 2014/42/UE)⁷⁷, sia il ricorso all'impianto della prevenzione patrimoniale per contrastare i fenomeni di evasione fiscale e di corruzione (che, sebbene diffusi, costituiscono pur sempre reati “ordinari” e che non possono giustificare una presunzione di derivazione illecita del patrimonio del loro autore) destano più di una perplessità⁷⁸.

Come sottolineato dai promotori della riforma, peraltro, l'estensione dello spettro applicativo della confisca di prevenzione consentirebbe l'apprensione della “tangente” anche nei confronti degli eredi del pubblico ufficiale corrotto⁷⁹. A questo proposito, in dottrina si è osservato che tale soluzione sarebbe legittima in virtù della natura preventiva della misura mentre, al contrario, la stessa presenterebbe profili di incostituzionalità se ottenuta mediante l'estensione

⁷² Così, invece, Cass. 22-3-2011, n. 16797, ribadendo la prevalenza del procedimento di prevenzione sulla procedura fallimentare, soluzione ora espressamente accolta dal codice antimafia che prevede, come detto, una forma di tutela di tali soggetti all'interno dello stesso procedimento di prevenzione ma soltanto qualora risultino soddisfatte determinate condizioni e nel limite del 60% del valore del bene o del prezzo inferiore ottenuto dalla vendita del bene medesimo. Sul punto, cfr. ancora le puntuali considerazioni critiche già formulate da NAPOLEONI, *Interferenze problematiche tra fallimento e sequestro antimafia*, cit., 467.

⁷³ Cfr. Cass., Sezioni Unite, 25-9-2014, Uniland, in cui si è affermato che i due vincoli possono ben coesistere e che la procedura fallimentare, anche successivamente alla conversione del sequestro in confisca, può condurre al riconoscimento di diritti dei creditori quali terzi in buona fede che, pertanto, prevalgono sulla misura ablativa. Chiaramente, la pronuncia giunge a tali conclusioni sulla base della premessa della natura sanzionatoria della confisca prevista dall'art. 19 del d.lgs. n. 231/2001, ma riconducendo le varie forme di ablazione dei proventi ad una medesima prospettiva teleologica compensativa (che, come già notato, nell'ambito della responsabilità degli enti, emerge qualora la confisca sia applicata sulla base dell'art. 6 del medesimo decreto), soluzioni differenziate risultano certamente meno plausibili. L'impressione, peraltro, è che l'impostazione accolta dal codice antimafia non sia veramente dettata da ragioni preventive, quanto piuttosto da esigenze “pratiche” di esclusione di ogni forma di revoca della confisca e di definizione delle posizioni dei terzi nello stesso procedimento di prevenzione (in questo senso, cfr. le considerazioni di MENDITTO, *Le Sezioni Unite Civili sulla tutela dei terzi nella confisca di prevenzione dopo la legge n. 228/12: l'ambito di applicabilità della nuova disciplina*, in *Dir. pen. cont.*, 27 maggio 2013, 11), evidentemente contrastanti con la tesi della possibile coesistenza dei vincoli.

⁷⁴ Da ultimo, si veda il segnalato orientamento avvalorato dalle Sezioni Unite che ammette l'applicabilità della confisca di prevenzione anche rispetto ai profitti dell'evasione fiscale (v. *supra*, nota 37).

⁷⁵ Cfr., ad esempio, l'ampliamento delle categorie soggettive alle quali possono essere applicate le misure di prevenzione, incluse quelle patrimoniali, che è ha preso forma negli ultimi anni e che ha trovato una definitiva conferma con il codice antimafia. Come sottolineato, proprio dal problema dell'ampliamento dei destinatari della confisca antimafia (e, in particolare, della sua efficacia retroattiva) è derivato l'intervento delle Sezioni Unite nella sentenza in commento (v. *supra*, § 1).

⁷⁶ Si considerino, in particolare, le proposte volte ad introdurre anche i delitti contro la pubblica amministrazione tra i reati i cui indiziati possono subire un procedimento di prevenzione, soluzione peraltro già emersa nella giurisprudenza in virtù del riferimento alla categoria dei soggetti abitualmente dediti ad attività delittuose o che vivono abitualmente coi proventi delle stesse prevista dall'art. 1 (e richiamata dalla lettera c) dell'art. 4) del medesimo codice; sul punto, cfr. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità “da profitto”*, cit., 35 ss.

⁷⁷ In proposito, cfr. le considerazioni di ACQUAROLI, *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la Pubblica Amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 251 ss.; GRASSO, *Profili problematici delle nuove forme di confisca*, in Maugeri, a cura di, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, 133 s., i quali denunciano l'irragionevolezza dell'estensione di tale modello ad ipotesi criminose che non consentono di presumere la provenienza illecita del patrimonio dell'autore. In questo senso, non può che destare ulteriori perplessità la scelta del legislatore europeo di imporre tale modello di confisca (art. 5 della direttiva) rispetto all'ampio elenco di reati previsto dall'art. 3.

⁷⁸ Per un diverso punto di vista, invece, cfr. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità “da profitto”*, cit., 37 ss.

⁷⁹ Si tratta di una proposta che, come noto, ha avuto particolare risalto anche sugli organi di stampa: v. l'editoriale critico di FERRARELLA, *La confisca agli eredi: un'arma a doppio taglio*, in *Corriere della sera*, 16 dicembre 2014.

applicativa della confisca disciplinata dall'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992⁸⁰. Tuttavia, riconducendo le due ipotesi alla *medesima* prospettiva teleologica, in entrambi gli scenari finisce per presentarsi lo *stesso* problema della dubbia compatibilità con il principio di proporzione dell'incidenza della misura ablativa (che sia disposta *ante* o *post delictum*) sui diritti di soggetti del tutto estranei al reato presupposto (problema acuito dal fatto che, come detto, viene a mancare qualsiasi collegamento con il fenomeno mafioso).

In definitiva, se il *fine* delle varie forme di confisca dei proventi non varia – e, nei termini della Corte europea, può essere ritenuto un “*but légitime*” –, si tratta di comprendere se lo stesso giustifichi i *mezzi* previsti dal codice antimafia anche laddove le istanze “etiche” e le esigenze di tutela della concorrenza e quelle di ristoro delle vittime risultino affievolite. Non pare irragionevole, allora, auspicare un atteggiamento più “coraggioso” da parte della Corte europea – magari cogliendo l'occasione offerta dal prossimo confronto della Grande Camera con la *vexata quaestio* dell'applicabilità della confisca in assenza di condanna⁸¹ – che possa condurre quest'ultima a censurare gli eccessi che la disciplina della confisca di prevenzione ha manifestato negli ultimi anni, anche senza dover ricorrere ad una “impegnativa” riqualificazione penale della misura⁸². L'alternativa, che già si può intravedere, è rappresentata da una progressiva *generalizzazione*, via via dettata da nuovi allarmi sociali, di un sistema di repressione “parallelo” che sfugge alle garanzie penalistiche per la sola ragione che la *reazione al reato* colpisce il patrimonio e non la libertà personale.

⁸⁰ In questo senso, cfr. GATTA, *La confisca nella (annunciata) proposta governativa di riforma della corruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 16 dicembre 2014, secondo cui tale misura, già prevista per i reati contro la P.A., non potrebbe operare rispetto agli eredi in quanto avente natura sanzionatoria.

⁸¹ In particolare, risulta pendente di fronte alla Grande Camera il ricorso *Hotel Promotion Bureau S.r.l. e Rita Sarda S.r.l. c. Italia* (n. 34163/07) originato, come il caso *Varvara*, dall'applicazione della confisca urbanistica in assenza di condanna. Pur confrontandosi con diversa ipotesi di misura ablativa, in effetti, la Grande Camera potrebbe cogliere l'occasione per offrire indicazioni decisive anche in relazione al problema dell'ammissibilità di diverse forme di confisca in assenza di una condanna per il reato presupposto, traendo spunto dalle osservazioni riportate nell'opinione dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque nel citato caso *Varvara*.

⁸² Costituisce infatti un *refrain* ricorrente nelle sentenze della Corte europea l'affermazione secondo cui «*les profits démesurés que les associations de type mafieux tirent de leurs activités illicites leur donnent un pouvoir dont l'existence remet en cause la primauté du droit dans l'Etat. Ainsi, les moyens adoptés pour combattre ce pouvoir économique, notamment la confiscation litigieuse, peuvent apparaître comme indispensables pour lutter efficacement contre lesdites associations*». Ebbene, nel momento in cui tali poteri di confisca abbracciano anche ipotesi non collegate al fenomeno mafioso, l'impossibilità di riproporre tale presupposto argomentativo dovrebbe mutare sensibilmente i termini del giudizio di proporzione, sino a ribaltarne gli esiti (in questo senso, cfr. anche DI LELLO, «Tutto cambia per restare infine uguale». Le Sezioni unite confermano la natura preventiva della confisca ante delictum, in corso di pubblicazione, 44 ss. del dattiloscritto). In attesa dell'intervento della Grande Camera, d'altra parte, si deve segnalare che nella recente sentenza *Gogitidze c. Georgia*, 12-5-2015, §§ 104 ss., la Corte ha ritenuto la conformità al principio di proporzione di poteri estesi di confisca dei proventi (volti ad ammettere l'applicazione della misura in assenza di condanna e sulla base di logiche presuntive) anche rispetto ad ipotesi di corruzione.

LE SEZIONI UNITE E IL PROFITTO CONFISCABILE: FORZATURE SEMANTICHE E DISTORSIONI ERMENEUTICHE

Francesco Mucciarelli e Carlo Enrico Paliero

ABSTRACT

La Suprema Corte, nella sua più autorevole composizione, compie un significativo *revirement* in tema di confiscabilità del profitto ritratto da illeciti penal-tributari, non soltanto collocandosi in una prospettiva del tutto eccentrica rispetto ai consolidati orientamenti della giurisprudenza di legittimità, ma pervenendo altresì a conclusioni poco persuasive sotto il profilo semantico e logico, oltre che di difficoltosa collocazione dommatica. Sebbene la soluzione del caso giudicato possa risultare condivisibile, la pronuncia desta preoccupazione per le sue potenziali ricadute sistemiche.

SOMMARIO

0. Le problematiche affrontate dalla sentenza. – 1. La controversa individuazione dell'oggetto della confisca. – 1.1. Lo “stato dell’arte” giurisprudenziale. – 1.2. La posizione delle Sezioni Unite. – 1.3. I limiti lessicali ed ermeneutici della tesi prospettata nella sentenza *in re* Gubert. – 2. Confisca “diretta” e “per equivalente” nell’impostazione delle Sezioni Unite. – 2.1. Le aporie di natura logico-formale. – 2.2. I limiti di carattere sistematico. – 3. La portata non universale delle regole dettate dal d.lgs. n. 231/2001. – 4. Profili penal-tributari. – 5. Considerazioni conclusive.

0.

Le problematiche affrontate dalla sentenza.

Investite della questione circa la possibilità di «*aggredire direttamente i beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa*»¹, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione², dopo aver esattamente risposto al quesito, sviluppano una serie di argomenti in tema di profitto confiscabile ben difficilmente condivisibili³ e che sembrano destinati a tornare all'attenzione delle stesse Sezioni Unite⁴.

Due, in particolare, gli snodi ermeneutici intorno ai quali la decisione che commentiamo si svolge e che non riescono in nulla convincenti, afflitti entrambi da una confusione concettuale foriera di esiti eversivi sul piano sistematico.

Da un lato: forzando il valore semantico dei lemmi *vantaggio* e *profitto*, la doverosa tipizzazione del profitto confiscabile smarrisce, nel *dictum* della Corte, i suoi tratti connotativi per trasfigurarsi in un “vantaggio” dai contorni indistinti e dal perimetro tanto evanescente da comprendere anche – in termini negativi – qualunque risparmio di spesa, nozione quest’ultima estesa fino ad accogliere il contro valore delle sanzioni pecuniarie in ipotesi applicabili.

Dall’altro: il canone della pertinenzialità, indefettibile condizione per la confisca diretta, viene annichilito attraverso la evocazione del carattere della fungibilità. Ma quest’ultimo, inerendo alla cosa in sé in quanto ne rappresenta un attributo specifico, nulla rileva in rapporto al nesso di pertinenzialità, che invece si risolve in un giudizio di relazione espressivo di una caratteristica estrinseca della cosa, qualificazione che concerne il legame (eziologico) di provenienza della *res*. La cennata distorsione ermeneutica reca con sé una implicazione tanto necessitata quanto giuridicamente non sostenibile sul versante del sistema: nel caso di cose fungibili la confisca si tradurrebbe sempre in una confisca di valore.

Segnatamente agli aspetti ora ricordati si rivolgono le brevi note che seguono.

1.

La controversa individuazione dell’oggetto della confisca.

Il perno centrale della pronuncia finisce per coincidere, inevitabilmente, con la nozione di *profitto* (*rectius*, di profitto *confiscabile*).

Come noto, si tratta di una delle più controverse questioni affrontate dalla giurisprudenza (ma il discorso non cambierebbe riferendosi alla speculazione dottrinale⁵) di questo ultimo scorcio di anni; questione vieppiù complicata dal sovrapporsi e agglomerarsi delle incertezze nozionali e contenutistiche indotte dal sostantivo (“*profitto*”) alle/con le aporie normative e sistematiche fomentate dal predicato (“*confiscabile*”), che appunto rimanda al proteiforme ed ermafrodito istituto della confisca. Quest’ultima, in particolare – anche restando nel campo *stricto sensu* penale-criminale –, patisce le conseguenze del recente affastellarsi normativo di *tipologie* (“comune”, di “parte generale”, *ex art. 240 c.p. vs* “settoriale”, di “parte speciale”, *ex art. 322-ter c.p.*) e *modelli* (“diretta” *vs* “per equivalente”; orientata sull’autore, individuale

¹ Cass. pen., sez. III, ord. 30 ottobre 2013 (dep. 22 novembre 2013), n. 46726, Pres. Teresi, Rel. Ramacci, Imp. Gubert, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2013, con commento di T. TRINCHERA, *Confisca per equivalente di beni appartenenti alla società e reati tributari: la parola passa alle Sezioni Unite*.

² Cass. pen., sez. un., 30 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10561, Pres. Santacroce, Rel. Davigo, Imp. Gubert, in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2014, con commento di T. TRINCHERA, *La sentenza delle Sezioni Unite in tema di confisca di beni societari e reati fiscali*.

³ Si vedano in proposito le notazioni critiche di R. BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un’occasione perduta dalle Sezioni Unite*, in *Le Società*, 2014, 862; R. BRICCHETTI, *Si al sequestro preventivo per equivalente se la persona giuridica è uno “schermo fittizio”*, in *Guida dir.*, 2014, f. 15, 95; A.M. DELL’OSSO, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 401.

⁴ Il riferimento va a *Cass. pen., sez. VI, ord. 19 novembre 2014, Pres. Milo, Rel. Fidelbo* (informazione provvisoria), in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2014, che ha rimesso alle Sezioni Unite due fondamentali questioni in tema di confisca: a) se la confisca di una somma di denaro sequestrata sul conto corrente e costituente prezzo del reato debba considerarsi sempre confisca “diretta” ovvero per “equivalente”; b) se, qualora sia qualificata come confisca “diretta”, possa essere disposta anche con la sentenza che dichiara l’estinzione del reato.

⁵ Cfr. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, t. III, Milano, 2006, 2107 ss.; F. BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1749 s.; A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione* (nota a Cass. pen., sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 777 ss.; G. GRASSO, (sub) *Art. 240*, in M. ROMANO, G. GRASSO, T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. III, 2ª ed., Milano, 2011, 611 ss.; P. VENEZIANI, *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in *Trattato di Diritto penale*, dir. da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Parte generale*, t. II, Milano, 2014, 515 ss.

vs collettivo) consolidatisi nell'ordinamento per stratificazioni legislative successive (in parte novellanti, in parte estensive della disciplina esistente) e, ahinoi, sfornite del dono – quanto meno – della organicità sistematica.

1.1.

Lo “stato dell’arte” giurisprudenziale.

Con più specifica attinenza al “profitto confiscabile” occorre riconoscere che si deve soprattutto alla giurisprudenza di legittimità più recente una proficua opera di sistemazione della materia – sia sotto il profilo ermeneutico sia, anche, dommatico – che ha avuto come esito finale (sia pure provvisorio) la fissazione di alcuni punti fermi. Questi ultimi, catalogabili per comodità in corrispondenza con determinati arresti della Cassazione assurti ad autentici *leading cases*, possono essere sintetizzati nei termini seguenti⁶.

(i) Il profitto, per essere *tipico* (nel senso cioè di essere rilevante ai fini della disciplina della confisca), deve essere anzitutto accompagnato dal requisito della «*pertinenzialità*», il che significa derivazione immediata e “identificabile” (*id est*, “provabile” in giudizio) con il reato che lo presuppone (principio di “causalità” del reato rispetto al profitto) [“sentenze-guida”: l’epocale *Fisia Impianti*⁷, e, da ultimo, la *Riva FI.R.E.*⁸].

(ii) Tale collegamento diretto reato-profitto può essere riconosciuto anche rispetto al bene acquisito attraverso l’*immediato* impiego/trasformazione del profitto diretto del reato, ma tale estensione del concetto di “pertinenzialità” trova il suo limite estremo in siffatto requisito di immediatezza (del reimpiego), che – in sostanza – ne garantisce la “riconoscibilità” probatoria (il profitto deve essere materialmente identificabile) [“sentenze-guida”: *in primis* la *Miragliotta*⁹; inoltre, la *Caruso*¹⁰].

(iii) Il profitto, proprio in virtù del “principio di causalità” sopra evocato, deve essere inteso come “*evento*” in senso tecnico («*ancorché esterno al tipo di illecito costituendo solo l’oggetto della misura di sicurezza o della sanzione ablativa*») e deve quindi sempre rivestire i requisiti di “*materialità*” e “*attualità*”. Sicché il profitto, per essere tipico, deve corrispondere a un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o l’acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica [“sentenza-guida”: la *Italease*¹¹].

(iv) Viceversa, *non* rappresenta “profitto” un qualsivoglia *vantaggio* futuro, immateriale, o non ancora materializzato in termini strettamente economico-patrimoniali, né, meno che mai, un *income* patrimoniale soltanto indiretto o mediato [“sentenza-guida”: la *Italease*¹²].

(v) Con specifico riferimento al denaro, esso può essere sì soggetto a confisca (anche) diretta come profitto, ma ciò indipendentemente dalla sua ovvia natura di bene *fungibile*; nel senso che questa particolare caratteristica non fa venir meno l’indispensabile requisito costitutivo della “pertinenzialità”, esonerando il giudice dall’accertamento dello stretto collegamento

⁶ G. FIDELBO, *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Corte di Cassazione – Ufficio del Massimario – Settore Penale – Orientamento di Giurisprudenza*, Rel. n. 41/2014, Roma, 2014.

⁷ Cass. pen., sez. un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654, Pres. Gemelli, Rel. Milo, Imp. Fisia Italimpianti Spa, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1738 ss., con nota di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*.

⁸ Cass. pen., sez. VI, 20 dicembre 2013 (dep. 21 gennaio 2014), n. 3635, Pres. Agrò, Rel. De Amicis, Imp. Riva FI.R.E. Spa, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2014, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 988 ss., con nota di C. PIERGALLINI, *Responsabilità dell’ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*.

⁹ Cass. pen., sez. un., 25 ottobre 2007 (dep. 6 marzo 2008), n. 10208, Pres. Battisti, Rel. Marasca, Imp. Miragliotta, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1295 ss., con nota di R. LOTTINI, *La nozione di profitto e la confisca per equivalente ex art. 322 ter c.p.*

¹⁰ Cass. pen., sez. un., 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre 2009), n. 38691, Pres. Gemelli, Rel. Fiale, Imp. Caruso, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, 433 ss., con nota di V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*.

¹¹ Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2013 (dep. 4 marzo 2014), n. 10265, Pres. Oldi, Rel. Pistorelli, Imp. Banca Italease S.p.a., in *CED Cass.*, rv. 258577.

¹² *Ibidem*.

causale, ad es. fra il “tot” di denaro versato su di un conto, e la provenienza di *quel* “tot” dal reato-presupposto [“sentenza-guida”: la *Focarelli*¹³].

(vi) Le conclusioni non cambiano se ci si sposta dal modello-base rappresentato dalla confisca *diretta*, o “tradizionale”, al modello alternativo della confisca “moderna”, o *per equivalente* (“di valore”): nel senso che i requisiti di materialità e pertinenzialità continueranno a valere nella *identificazione* (sia nell’*an* sia nel *quantum*) del profitto confiscabile, semplicemente, in questo secondo modello, l’implementazione della misura sarà *bifasica*: a una prima fase di identificazione del profitto alla stregua della materialità/pertinenzialità, e sull’accertato presupposto della sua indisponibilità attuale nella sede di formazione originaria seguirà la fase di apprensione del *tantundem* in una sede economica diversa [“sentenza-guida”: la *Tosinvest*¹⁴].

(vii) Con riguardo infine a quella particolare *species* rappresentata dai «risparmi di spesa», l’attuale punto d’arrivo del consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità è nel senso di inscrivere nel perimetro del “profitto confiscabile”, ma solo nei termini ed entro i ben definiti limiti di un ricavo *effettivamente* introitato e non decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere («vale a dire un risultato economico positivo concretamente determinato in misura maggiore di quanto avrebbe dovuto essere conseguito») [“sentenza-guida”, anche per questo profilo: la *Italease*¹⁵].

In definitiva: dal *rationale* di questo quadro interpretativo di legittimità si ricava dunque che il “profitto” deve rivestire le seguenti caratteristiche:

(a) essere “evento” in senso tecnico (ancorché *esterno al tipo* dell’illecito, costituendo – come detto – l’oggetto della sanzione), quindi non identificabile, confondibile con o sovrapponibile alla condotta stessa: deve cioè evidenziare una sua *attualità contingente* spazio-temporale, esulando così per sua natura sia dalla sfera oggettiva delle mere *potenzialità* (si sconfinerebbe allora nella *più ampia* categoria del «vantaggio»), sia dalla sfera soggettiva delle *intenzioni finalistiche* che possono governare e orientare la condotta stessa (si “retrocederebbe”, allora, alla *diversa* categoria dell’«interesse»);

(b) possedere una necessaria *materialità* a rifrazione patrimoniale, in quanto oggetto materiale – appunto – della *apprehensio* coattiva in cui si sostanzia la sanzione (sia essa “diretta” o “per equivalente”: non fa alcuna differenza), e quindi previamente identificato, quantificato, determinato, sia nell’*an* sia nel *quantum* (o, in ogni caso, in questi termini da identificarsi, determinarsi, etc.); con esclusione dal suo spettro, pertanto, di ogni componente sotto qualsivoglia profilo probabilistica, quali, per fare un solo esempio noto alla civilistica, quelle riconducibili a mere *chances* o a rapporti i cui impatti, o ritorni economico-finanziari non siano per lo meno predeterminabili *a priori*;

(c) essere conseguenza *diretta* dell’illecito, come accadimento esterno, separato nettamente, ma strettamente collegato eziologicamente, alla condotta delittuosa, e nei soli limiti di quanto dalla stessa condotta prodotto.

1.2.

La posizione delle Sezioni Unite.

Ictu oculi la sentenza delle Sezioni Unite si discosta in modo assai significativo dal quadro sistematico-ermeneutico che su questo complesso tema si ricava dalla visione complessiva della giurisprudenza di legittimità, e che potrebbe essere definito, quanto meno in termini di prevalenza, l’attuale “stato dell’arte” (la *law in action* riferibile all’istituto – *agli istituti* (seque-

¹³ Cass. pen., sez. un., 24 maggio 2004 (dep. 9 luglio 2004), n. 29951, Pres. Marvulli, Rel. Fiale, Imp. Focarelli, in *Fall.*, 2005, 1265 ss., con nota di F.M. IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*.

¹⁴ Cass. pen., sez. VI, 26 giugno 2008 (dep. 13 novembre 2008), n. 42300, Pres. Oliva, Rel. Paoloni, Imp. Finanziaria Tosinvest Spa, in *CED Cass.*, rv. 241332.

¹⁵ Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265/2014, Banca Italease, cit.

stro/confisca) – nel momento storico attuale).

Risalendo infatti nel tempo alla ricerca delle proprie “matrici culturali” di riferimento (pressoché tutte rinvenute in arresti *precedenti* alla sequela dei *leading cases* sopra evocati – dalla *Fisia Impianti* alla *Riva F.I.R.E.* alla *Italease* – che hanno rappresentato la storia recente della questione) la sentenza *in re* Gubert fissa in punto di profitto sequestrabile/confiscabile i seguenti, *differenti* principi:

(a) Il profitto – testualmente – «*deve intendersi comprensivo non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto e immediato dall'illecito, ma altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza indiretta o mediata della sua attività criminosa*».

(b) La confisca del profitto, quando si tratti di denaro o di beni fungibili, è *sempre* confisca diretta e mai “per equivalente”.

(c) Nel caso dei reati tributari il profitto è costituito – ancora, testualmente – «*da qualsivoglia vantaggio patrimoniale conseguito alla consumazione del reato e può dunque consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi, sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del reato tributario*».

Le conseguenze, sul piano ermeneutico-sistematico sono valutabili nei termini seguenti.

(aa) Con radicale *revirement*, questa sentenza abbandona, in un tutt'uno, e la *tipicizzazione* del concetto di profitto in termini di materialità/effettività dell'incremento patrimoniale, e l'aggancio al criterio della *pertinenzialità*.

(bb) Agitando il (non)argomento (come si dirà) della fungibilità, si oblitera di fatto, in un numero relevantissimo, se non nella predominanza dei casi, il modello sanzionatorio della confisca “di valore” (il futuro dell'istituto), per ancorarsi al passato remoto della “confisca-misura”; esito ermeneutico davvero stravagante, e a prima vista inspiegabile, se non fosse che in tal modo si completa l'opera di smaterializzazione del *topos*, ridisegnandolo *sub specie* di un indistinto e imperimetrato concetto di “vantaggio”, anche in termini negativi, atti a ricomprendere qualsiasi forma di “risparmio di spesa”, pure assunta nella dimensione semantica più *flo*u concepibile (operazione che viceversa sarebbe meno facile rispetto alla confisca di valore, essendo per questa indispensabile, il “valore” – per lo meno – identificarlo).

Breve. Questa al momento eterodossa sentenza di legittimità (pur resa con il suggello della composizione a Sezioni Unite) se assurgesse a *leading decision* porterebbe allo scardinamento dell'intero – complesso, eppertanto fragile – sistema delle misure ablative patrimoniali (nella loro dimensione sia sostanziale sia processuale); con ricadute politico-criminali, delle quali certo è il *deficit* garantistico, del tutto incerta la razionalità anche in termini di “tenuta” del sistema (specie considerando che l'ormai consolidata Giurisprudenza Europea dei Diritti non lascia scampo a iniziative giustizialiste attivate con il famigerato meccanismo della “truffa delle etichette”).

1.3.

I limiti lessicali ed ermeneutici della tesi prospettata nella sentenza in re Gubert.

Ma le ragioni non mancano per contrastare l'eventuale innesco, nella giurisprudenza superiore, di un *trend* in contro-tendenza di questo tipo, fondato su argomenti talvolta *per se* auto-confutanti.

(aa) Contro il *rationale* di fondo (espressamente dichiarato, del resto) della decisione, fondato sulla riduzione della nozione di “profitto” al “vantaggio” *tout court*, cioè privo di qualsiasi altra delimitazione, qualitativa e cronologica, parlano argomenti sia semantici sia ermeneutico-sistematici.

(i) Quanto ai primi.

Ci orientiamo sul valore semantico originario, prendendo come punto di riferimento l'applicazione dei due lemmi nelle rispettive voci dei principali glossari della lingua italiana:

- Al significante «*vantaggio*» vengono assegnati i possibili, seguenti significati: «*motivo o*

*condizione di superiorità o privilegio*¹⁶; «ciò che mette qualcuno o qualcosa in una condizione più favorevole rispetto ad altri»¹⁷; «elemento che pone in una condizione favorevole o in una condizione di superiorità»¹⁸.

- Il lemma «*profitto*» viene invece semanticamente definito come segue: «*giovamento, vantaggio, beneficio, sia pratico sia intellettuale: in senso economico: eccedenza del totale ricavi sul totale dei costi*»¹⁹; «*utile, vantaggio, giovamento: in senso econom.: eccedenza del ricavo lordo sul costo totale di produzione; remunerazione dell'imprenditore per l'attività di organizzazione dell'impresa*»²⁰; «*vantaggio, beneficio, miglioramento fisico, intellettuale o morale; in senso econom.: in un'attività produttiva, commerciale o finanziaria, la differenza tra valore del prodotto e costi di produzione; - specialmente al plurale: utile, guadagno, introito di varia natura*»²¹.

In conclusione.

Sotto il profilo lessicale i due termini gravitano nello stesso campo semantico, ma «vantaggio» e «profitto» sono in evidente rapporto di genere a specie (ove «vantaggio» è il *genus*, «profitto» la *species*).

Nella semantica giuridica, poi, *a fortiori* i due termini devono essere valutati in un linguaggio convenzionale, non traslato (con vincolo di stretta interpretazione per rispetto del *nullum crimen*): e in tale prospettiva, «profitto» rimanda a un incremento patrimoniale concreto e attuale, «vantaggio» a un, più generico, miglioramento delle condizioni di partenza, che sul versante patrimoniale/economico può avere una dimensione anche immateriale o prospettica, *de futuro* (l'acquisizione di posizioni di mercato allettanti, le serie *chances* di un guadagno futuro derivante dall'illecito). È anche subito chiaro che in questa chiave – necessitata – di lettura, un risparmio di spesa (*rectius* di esborso) si iscrive assai più facilmente entro il perimetro semantico-concettuale del «vantaggio» piuttosto che in quello del «profitto», la sua valorizzazione come profitto apparendo riservata alle ipotesi in cui ciò che non è «esborsato» («risparmiato») corrisponde a una ben definita quantità di denaro già identificabile in termini materiali e matematici precisi al momento della commissione del fatto (è questa la sola lettura, del resto, che consente di non ridurre a un mero *flatus vocis* il requisito della «pertinenzialità» preteso sacrosantamente dalla Suprema Corte).

(ii) Ma anche sotto il profilo ermeneutico-sistematico, i cardini fondamentali del sistema sanzionatorio patrimoniale, pur nelle sue diverse sfaccettature e peculiarità, impongono una lettura restrittiva della formula, scoraggiando con decisione l'opzione sincretistica, cavalcata dalla sentenza in commento, che di fatto assembla i due concetti – meglio, riduce *tout court* il profitto al vantaggio.

- «*È indispensabile che il profitto, per essere tipico, corrisponda ad un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario per effetto del reato*»²².

Questa la perspicua conclusione della sentenza *in re Italease*, che appunto muove da una valutazione sistematica dell'uso «tecnico» che il legislatore fa dei vari termini; significativo è il raffronto (nel caso di specie valorizzabile appunto non tanto in termini analogico-ermeneutici, trattandosi di *jus singulare*, quanto complessivamente sistematici) con il paradigma sanzionatorio-imputativo dell'ente per il reato dei rappresentanti (*ex d.lgs n. 231 del 2001*). Ove è chiaro che alla diade «interesse/vantaggio» – valorizzata con significanza ben distinta (criterio *ex ante* di ampia estensione e *del tutto* potenziale il primo, criterio *ex post*, di pari estensione e *anche* potenziale il secondo) come criterio di imputazione della responsabilità – si contrappone l'elemento «profitto» come criterio di determinazione della sanzione (patrimoniale), con contenuti distinti e *più ristretti* (per il vincolo alla materialità/attualità) rispetto ai precedenti. Breve: come *species* inclusa nel *genus* «vantaggio», ma a quest'ultimo non riducibile *tout court* per identificazione.

¹⁶ G. DEVOTO, G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Milano, 2013, (voce) *Vantaggio*.

¹⁷ N. ZINGARELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, Bologna, 2012, (voce) *Vantaggio*.

¹⁸ T. DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell'uso*, Torino, 2000, vol. VI, (voce) *Vantaggio*.

¹⁹ G. DEVOTO, G.C. OLI, *Vocabolario*, cit., (voce) *Profitto*.

²⁰ N. ZINGARELLI, *Vocabolario*, cit., (voce) *Profitto*.

²¹ T. DE MAURO, *Grande dizionario*, cit., vol. V, (voce) *Profitto*.

²² Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265/2014, Banca Italease, cit.

(bb) Non meno fuorviante appare la deriva che, muovendo dalla fraintesa nozione civilistica di *fungibilità* (ma di ciò meglio in seguito), finisce con l'annichilire *tout court* – se guidata con coerenza interna verso le sue estreme conseguenze – la confisca “di valore” a favore di quella “diretta”, ogni qual volta il profitto sia ricavato in denaro. Il sillogismo può suonare a un di presso nei termini seguenti: «posto che il denaro, la singola banconota non ha di regola una “carta di identità” riconoscibile *ex post*, “una vale l'altra”; una volta che il reo venga trovato in possesso di una quantità di denaro corrispondente; *ergo*, ciò che viene confiscato è il profitto non il suo equivalente». Ragionamento *naïf*, di apparente logicità, ma che cozza con il diritto.

Anzitutto, prendendo per un momento per buona la “tesi della fungibilità” la conclusione dovrebbe essere, a rigor di logica, opposta: quando si tratti di denaro la confisca è *sempre per equivalente* (il *tantundem* ritrovato, a prescindere dalla sua identificazione/identificabilità). Ma questo non ci farebbe fare grandi passi avanti. Al contrario; continuerebbe a rappresentare solo il lasciapassare per mutilare la fattispecie sanzionatoria del fondamentale requisito garantista della pertinenzialità attraverso un passaggio dal concreto all'astratto: si potrebbe infatti ricostruire il presunto profitto del reato in via congetturale – “in astratto”, appunto – e aggredirne il corrispondente valore comunque nella disponibilità del soggetto senza minimamente curarsi di ricostruire il nesso eziologico fra reato e sue conseguenze lucrative maturate in capo all'agente.

Tale effetto distorsivo raggiunge, nella sentenza qui scrutinata, il picco della sua efficacia (eversiva del sistema) nell'impatto con quella particolare variante evolutiva (“analogica”) del concetto di profitto rappresentata dal «risparmio di spesa».

In questo caso, anzitutto un eventuale sequestro/confisca è (può essere), davvero, per definizione – strutturalmente – *solo per equivalente*. Contrariamente all'impressione che ne possono aver avuto gli estensori della sentenza a Sezioni Unite, esprimendo il significante «risparmio di spesa» – semanticamente – un concetto *negativo*, la sua inclusione nello spettro dei significati di “profitto” può essere solo in termini di *equivalenza*, non di identità; un *non*-costo, una *non*-perdita non è *per se* “profitto”, è – *rectius*, può essere – *equivalente* a un profitto. Può esserlo, e non è neppure detto che lo sia sempre: se il mancato esborso di una somma mi consente di utilizzarla per pagare un debito pregresso, non ricavo alcun profitto; semmai, ottengo un *vantaggio* – che è cosa diversa!

Come è stato giustamente osservato in dottrina, «il risparmio è [può solo essere] *per così dire* unità di misura del profitto, cui si attaglia quindi la confisca per equivalente»²³.

Calato nel contesto penale tributario, questo approccio interpretativo sortisce effetti perversi.

Si rifletta.

(a) Identificato il profitto nel risparmio di spesa, quest'ultimo, anzitutto, viene identificato nel mancato pagamento del tributo; ma non basta: alla quota a questo corrispondente, secondo le Sezioni Unite va aggiunto il *quantum* rappresentato da «*interessi e sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario*»²⁴.

(b) Per converso, la confisca, asseritamente *diretta*, del risultato di una sottrazione (il patrimonio esistente diminuito del costo/esborso “risparmiato”) comporta “ontologicamente” una valutazione di tipo virtuale, che reca in sé almeno due elementi di incertezza: (i) il calcolo viene fatto *ex ante*, in astratto e da un'autorità (quella giudiziaria) che manca dei molteplici elementi che portano alla quantificazione finale del dovuto erariale – in questo contesto, resta ad es. del tutto opaco l'*utilizzo effettivo* del risparmio, se usato per investire fruttuosamente il corrispettivo monetizzato, per pagare i dipendenti, piuttosto che per saldare pregressi debiti erariali, previdenziali, etc. (ulteriore argomento che irride alla tesi della confisca “diretta” piuttosto che “di valore”); (ii) il profitto “da risparmio di imposta” coincide con il *credito* che lo Stato vanta a prescindere dal fatto-reato che nella specie ne abbia determinato – provvisoriamente – la mancata riscossione; ma tale credito permane ed è *autonomo* rispetto alla sua valorizzazione in sede penale in termini di profitto confiscabile oggetto della sanzione patrimoniale – si fomenta così una duplicazione, per di più sperequata, del carico affittivo [i “calcoli” del giudice penale saranno verosimilmente per eccesso, non considerando gli elementi

²³ R. BORSARI, *Reati tributari*, cit., 874.

²⁴ V. § 2.4 della sentenza in commento. In precedenza, sempre in materia tributaria, ad analoghe conclusioni la Cassazione era giunta nel “caso Adami”: Cass. pen., sez. un., 31 gennaio 2013 (dep. 23 aprile 2013), n. 18374, Pres. Lupo, Rel. Bruno, Imp. Adami, in *CED Cass.*, rv. 255036.

difensivi che in sede fiscale il contribuente è in grado di allegare, e rischiando così di duplicare (e con maggiorazione) *sub specie* di confisca quanto comunque il soggetto dovrà versare al fisco *sub specie* di tributo].

Le conseguenze sono eversive, sia della logica giuridica sia della sistematica dei principi che governano la materia.

Infatti.

(aa) Equivale a un vero e proprio spasmo del pensiero includere nel profitto anche gli interessi e, soprattutto, le *sanzioni* che conseguono alla scoperta e alla punizione dell'illecito tributario: vada ancora per considerare "profitto" il "risparmio" (*rectius*, il "non esborso") del tributo in quanto prodotto dell'azione delittuosa; ma la sanzione non è il prodotto del reato, ne è semmai, hegelianamente, la sua antitesi obliteratrice - in funzione deterrente - della "convenienza del delitto"!

(bb) La manipolazione semantico-concettuale del significante "profitto", con la metamorfosi arbitraria e teratogena di un modello di confisca ("di valore") nell'altro (diretta), se da un lato annebbia definitivamente il fondamentale requisito garantista della "pertinenzialità", dall'altro lato innesca, specialmente in materia tributaria, un micidiale effetto di *bis in idem* - la stessa somma verrebbe riscossa in forma duplicata, una volta in quanto onere tributario recuperato con accessori punitivi, e una seconda volta in quanto profitto dell'illecito confiscato: e il tutto, continua ad asserire la Cassazione con sardonico, ma forse involontario, *calembour*, *sub specie* di *risparmio* di spesa!

2.

Confisca "diretta" e "per equivalente" nell'impostazione delle Sezioni Unite.

Perplexità non lievi suscita poi la sequenza degli assunti d'esordio del § 2.5 della sentenza, o, ad esser precisi, il secondo d'essi, che sostanzialmente annulla la portata definitoria del primo. Con il primo ((i) «*la confisca diretta del profitto del reato è istituito ben distinto dalla confisca per equivalente*») viene ribadita una nozione di piana evidenza, il contenuto della quale è però eroso dall'interno attraverso l'affermazione, espressa nella seconda proposizione, per la quale (ii) «*la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di altri beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta*» (sent. p. 9).

2.1.

Le aporie di natura logico-formale.

Il ricordato esordio introduce e porta direttamente alla conclusione del § 2.5, secondo cui quando oggetto del sequestro finalizzato alla confisca siano danaro o altri beni fungibili non si verte mai in ipotesi di confisca per equivalente (o di valore), ma sempre e soltanto in casi di confisca diretta (o proprietaria), «*possibile ai sensi dell'art. 240 cod. pen. ed imposta dall'art. 322-ter cod. pen., prima di procedere alla confisca per equivalente del profitto di reato*» (sent. p. 10).

Detto che la affermazione (ii) è introdotta con un clausola retorica che ne irrobustisce la portata assertiva, facendola apparire una sorta di sintesi di un concetto universalmente riconosciuto come valido e accettato²⁵ (ciò che non è), l'asserzione in esame è non soltanto apodittica, in quanto priva di una autonoma giustificazione argomentativa, essendo i precedenti richiamati a sostegno non conferenti (come si cercherà di mostrare), ma altresì intrinsecamente errata sul versante concettuale, prima ancora che su quello del riscontro giuridico-sistematico.

La proposizione (ii) confonde (nel senso etimologico del termine) due nozioni tra loro affatto diverse, come emerge dalla constatazione del valore semantico loro proprio.

Il carattere della fungibilità (l'esser fungibile di una cosa o di un bene) inerisce alla cosa (o al bene) in sé, essendone requisito intrinseco, che attiene alla cosa (o al bene) in prospettiva statica: fungibilità vale per sostituibilità in assenza di individualità specifica.

Il nesso di pertinenzialità - anche nella più lata accezione che a siffatta nozione si voglia attribuire e che, per altro verso, rappresenta il presupposto comunque indefettibile della confi-

²⁵ La frase introduttiva suona infatti così «*deve essere tenuto ben presente che ...*»

sca diretta – esprime invece una componente dinamica e si risolve in un giudizio di relazione, non essendo quindi una caratteristica intrinseca della cosa (o del bene), bensì una qualificazione che può essere predicata soltanto mediante un rapporto con un elemento esterno (nel caso: il profitto immediatamente conseguito dalla commissione del reato).

Traguardando la prospettiva a partire dall'oggetto della confisca, il carattere della fungibilità è del tutto irrilevante rispetto alla qualificazione della cosa (o del bene) come derivazione diretta (immediata²⁶) da una determinata fonte (nel caso: il reato commesso). In altre parole: che il bene sia fungibile (*id est*: privo di individualità specifica e pertanto passibile di sostituzione senza trasformazione) ovvero infungibile (*id est*: non suscettibile di sostituzione se non attraverso una conversione per equivalente di valore) nulla dice in ordine al diverso requisito riguardante il legame (eziologico) di provenienza di *quel* bene.

Nessuno dubita che nel caso di beni fungibili la ricostruzione del nesso di pertinenzialità sia all'evidenza ben delicata e complessa sul versante probatorio, ma tale difficoltà, non essendo una strutturale impossibilità, non autorizza la confusione (in senso etimologico) fra le distinte e diverse nozioni.

Con la conseguenza che il presupposto indefettibile per la confisca "diretta" (o proprietaria) continua a rimanere il nesso di pertinenzialità diretta con il reato, nesso che non può essere dissolto nella affermazione che nel caso di beni fungibili è sempre possibile la confisca "diretta", poiché tale affermazione sconta l'attribuzione al termine «fungibile» di un valore semantico che non gli è proprio (e che, per vero, non si rintraccia neppure nel campo semantico al quale quel medesimo termine si riferisce).

La confisca proprietaria (così come il sequestro ad essa propedeutico) esige la derivazione eziologica dal reato del bene confiscabile e sconta dunque che sia possibile istituire un collegamento (probatorio) fra il provento del reato e l'oggetto della confisca: situazione rispetto alla quale è del tutto indifferente la natura (fungibile o infungibile) del bene stesso. A ben vedere, anche se la cosa è fungibile, rispetto ad essa è possibile riconoscerne l'eventuale legame eziologico di provenienza: e proprio l'esistenza di siffatta possibilità esige la doverosità sul piano giuridico dell'accertamento della derivazione nel caso della confisca diretta.

Non sembra allora azzardato notare, in conclusione, che la proposizione (ii), una volta esplicitata nei contenuti inespressi ma necessariamente ad essa sottesi, contrasta frontalmente con il canone ermeneutico fondamentale, per il quale «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione d'esse», con l'ulteriore avvertenza che tale canone diviene in materia penale il limite esegetico dell'interpretazione stessa, doverosamente rispettosa del non flessibile canone della legalità.

2.2.

I limiti di carattere sistematico.

Ma la non divisibilità della decisione in discorso emerge anche sul piano giuridico, quando si consideri che l'esito logico dell'argomentare ora riepilogato conduce alla implicazione necessitata che, nel caso di cose fungibili, la confisca finisce con il tradursi sempre in una confisca di valore, il che è inconsistente sul piano sistematico, posto che nessun indice normativo autorizza una simile estensione del campo applicativo della confisca proprietaria, che nell'ambito dei beni fungibili verrebbe a sovrapporsi completamente con quella per equivalente, decretandone la concreta estinzione in via interpretativa.

Né deve sfuggire che – stando alla decisione commentata – la più parte delle condotte che, risolvendosi in modalità di trasformazione/sostituzione, determinerebbero la assoggettabilità a confisca "diretta"²⁷ del bene (fungibile sì, ma diverso da quello provento immediato del reato), in realtà sono perfettamente riconducibili a quelle previste dalla attualmente vigente fattispecie dell'autoriciclaggio: quasi che la sentenza in discorso, prefigurando l'intervento legislativo che ha introdotto nell'ordinamento l'art. 648-ter.1 c.p., intendesse trovare una via interpretativa capace di perseguire l'effetto concreto (l'applicazione della sanzione ablativa) soltanto ora normativamente previsto (e dunque possibile) ai sensi dell'art. 648-quater c.p. (che tuttavia

²⁶ Per usare un aggettivo che supera l'equivoco linguistico nel quale pure incorre la decisione in discorso.

²⁷ Beninteso: nella prospettiva della decisione qui commentata.

prevede la confisca per equivalente) in quanto solamente adesso esteso anche all'art. 648-ter.1 c.p.

Come si è avuto modo di anticipare, la scarsa motivazione della decisione in esame cerca di trarre sostegno in una fitta serie di richiami giurisprudenziali, che tuttavia non appaiono conducenti e, talora, addirittura in contrasto con l'apodittico assunto²⁸. Fornendone qui soltanto un breve *excursus*, le massime sui reati tributari sono pacificamente orientate a ritenere che la confisca sia 'di valore' e proprio in tale ottica considerano superflua la verifica in ordine alla pertinenzialità del profitto rispetto al fatto-reato; quelle che hanno riguardo alla sequestrabilità del *tantundem* in caso di depositi bancari mostrano con evidenza la necessità di accertare il presupposto rappresentato dalla possibilità di istituire un collegamento (probatorio) fra il provento del reato e la somma versata sul conto corrente o 'convertita' in titoli; analogo principio (*id est*: la necessità di riscontrare un nesso, per così dire, eziologico diretto e senza soluzione di continuità tra il profitto del reato e le *res* acquistate) è chiaramente e nettamente espresso dalle sentenze che pur ammettono l'ablazione di quanto direttamente acquisito mediante i proventi di un illecito²⁹.

Ancora sul piano degli assetti sistematici, la decisione svela la sua fragilità: il percorso argomentativo non sembra infatti condivisibile *sic et simpliciter*, posto che il suo ineluttabile esito porterebbe a ridurre a poco più che un pleonasma l'estensione³⁰ del meccanismo ablatorio previsto dall'art. 322-ter c.p. ai reati tributari.

E infatti: *in subiecta materia* la confisca "diretta" (nell'accezione pretesane dalla decisione in discorso) troverebbe sempre applicazione, pacifico essendo che il provento del reato tributario è sempre un bene fungibile, sicché la citata modifica legislativa avrebbe semplicemente determinato l'obbligatorietà di tale misura, limitandosi quindi a sostituire il regime facoltativo previsto in via generale dall'art. 240, co. 1, c.p.

Un simile approccio era stato ritenuto impraticabile prima dell'allargamento della confisca per equivalente a talune fattispecie incriminatrici contenute nel d. lgs 74/2000, tanto da salutare con favore l'intervento legislativo, sul rilievo (esatto) che sia «la confisca facoltativa, sia quella obbligatoria, nel postulare la ricorrenza di un necessario rapporto di pertinenzialità tra 'prodotto, profitto e prezzo', da un lato, e reato, dall'altro, non sono apparse applicabili alla generalità dei reati tributari, perlomeno in tutte le ipotesi in cui i vantaggi illeciti fossero costituiti da un risparmio di spese dovute. E ciò in quanto tale genere di profitti, *lato sensu*, assai difficilmente potevano adattarsi al concetto di 'provenienza da reato' dal momento che coincidevano con beni già presenti nel patrimonio del reo [Cfr. Cass. pen., sez. III, 7 dicembre 1992, n. 2206, Miatto, CED 192669]. In pratica, per i reati tributari l'applicabilità della confisca incontrava un limite nella irriducibilità della prova del rapporto di pertinenzialità intercorrente tra profitto e reato: come sottolineato anche dalle Sezioni Unite in una importante decisione del 2004 [Cass. pen., sez. un., 9 luglio 2004, n. 29951, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, in *Il fisco*, 43/2004, 7355], la necessità di individuare in concreto il denaro risparmiato per effetto del reato darebbe inevitabilmente spazio a "collegamenti esclusivamente congetturali, che potrebbero condurre all'aberrante conclusione di ritenere, in ogni caso e comunque legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto venga indiziato di illeciti tributari (...) dovendo al contrario essere tenuta ferma l'esigenza di una diretta derivazione causale dell'attività del reo intesa quale stretta correlazione con la condotta illecita"»³¹.

La considerazione appena citata – ineccepibile sul versante sistematico – si pone in linea di continuità – come si è diffusamente argomentato in precedenza – con un consolidato orientamento per il quale non sono riconducibili alla nozione di profitto del reato i benefici di carattere immateriale (ad esempio i risparmi di spesa): ciò al precipuo fine di evitare un eccessivo allargamento dell'ambito concettuale del profitto, che, diversamente ritenendo, si dilaterrebbe

²⁸ Sul punto si veda già in sede di primo commento R. BRICCHETTI, *Si al sequestro preventivo per equivalente*, cit., 95. Per una analisi dettagliata e approfondita cfr. A.M. DELL'OSSO, *Confisca diretta e confisca per equivalente*, cit., 401, che ha cura di esaminare con acribia e attenzione ciascuno dei richiami e la loro incoerenza con la tesi che vengono chiamati a sorreggere.

²⁹ Cfr. fra le molte, Cass. pen., sez. un., 25 ottobre 2007, n. 10208/2008, Miragliotta, cit.

³⁰ Estensione intervenuta con l'art. 1, co. 143, l. n. 244/2007.

³¹ Così L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2010.

fino a comprendere ‘vantaggi’, che non costituiscono riflesso diretto della condotta illecita³².

In siffatta prospettiva non pare certo casuale che, in una pronuncia coeva a quella in commento, il Giudice della legge abbia chiarito che l’ablazione di meri risparmi di spesa è ammissibile in via esclusiva attraverso la confisca di valore, proprio richiamando la presa di posizione del legislatore in tema di reati tributari.

Si è infatti correttamente affermato che «*la ratio e le finalità di tale intervento normativo emergono con chiarezza, ove si ponga mente al rilievo, di immediata ed agevole comprensione, che in quelle fattispecie di reato non si tratta tanto di un risparmio, quanto di un inadempimento ad un’obbligazione già esistente prima delle condotte, liquida, esigibile, quantificata in termini nummari. Il profitto si realizza, dunque, proprio con il mancato pagamento del tributo e, ciò nonostante, prima della novella legislativa del 2007 esso non poteva essere assoggettato alla confisca ex art. 240 c.p. in quanto, benché il valore sottratto coincidesse con elementi già presenti e rinvenibili nella sfera patrimoniale del reo, non rientrava stricto sensu nel concetto di “provenienza da reato”*»³³.

3.

La portata non universale delle regole dettate dal d. lgs. n. 231/2001.

Pochi cenni merita l’argomento, sviluppato dalla Corte in relazione a un diverso e ulteriore versante (quello della “confiscabilità” del profitto nei confronti persona giuridica), che fonda la soluzione nella specie assunta sulla asserita valenza come “principio generale” del disposto di cui all’art. 6 comma 5 d. lgs. n. 231 del 2001³⁴.

A detta degli estensori della sentenza Gubert, «*si tratta, come è evidente, di una previsione di carattere generale*».

Ciò che, piuttosto, dovrebbe essere evidente – anzi, auto-evidente – è che la citata norma tutto può stabilire, tranne che un *principio generale* in materia di confisca.

Parlano in tal senso i rudimenti dell’ermeneutica giuridica: si tratta, all’opposto, di una norma *speciale*³⁵, non suscettibile di analogia per una doppia ragione: perché appunto speciale, e perché norma “repressiva” (estensiva del campo di applicazione di una sanzione punitiva).

E che l’art. 6 comma 5 d. lgs. n. 231 del 2001 sia norma speciale lo si ricava da una pluralità di elementi: è norma contenuta in un *corpus* autonomo che disciplina una forma *speciale* di responsabilità, “propria” ed “esclusiva” (destinata a un novero qualificato di soggetti; limitata a un novero ristretto di illeciti – i reati-presupposto – e non ad altri); una responsabilità che, addirittura, secondo alcune interpretazioni giurisprudenziali (ora fra l’altro prevalenti presso la Cassazione) *non sarebbe neppure penale* (ma “amministrativa”, seguendo la lettera delle rubriche legislative, o espressiva di un *tertium genus*, secondo i più recenti arresti di legittimità)³⁶ e quindi *per se* insuscettibile di fondare “principi generali” in materia penale. E addirittura la norma stessa, già di per sé speciale *ratione loci* (per la sua collocazione topografica in un *corpus* normativo autonomo speciale), risulta anche all’interno di questo norma eccezionale, e in questo senso pertanto “doppiamente speciale”: è infatti limitata all’ipotesi in cui il reato sia stato commesso dai soggetti apicali (e non nel caso del reato dei sottoposti) e fa comunque eccezione alle regole ascrivite di fondo fissate dalla stessa normativa, imputando una sanzione a prescindere dalla responsabilità (laddove l’intero sistema sanzionatorio orientato sulla persona giuridica è, sia pure con qualche sbavatura, improntato al principio di colpevolezza).

Quello agitato dalle Sezioni Unite è dunque un argomento del tutto “inoffensivo” sul pia-

³² In questi termini A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., 2155; C.E. PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, nota a Trib. Milano, 3 gennaio 2011, imp. Banca Italease, in *Società*, 2012, 74 ss., nonché D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 61. In giurisprudenza, da ultima e per tutte, Cass. pen., sez. V, 28 novembre 2013, n. 10265/2014, Banca Italease, cit.

³³ Così Cass., sez. VI pen., 20 dicembre 2013, n. 3635/2014, Riva F.I.R.E., cit.

³⁴ V. § 2.4 della sentenza in commento.

³⁵ R. BRICCHETTI, *Si al sequestro preventivo*, cit., 95 ss.

³⁶ Nel senso che il *corpus* normativo introdotto dal d. lgs. n. 231/2001 configurerebbe un *tertium genus* di responsabilità penale/amministrativa v. l’autorevole presa di posizione di [Cass. pen., sez. un., 24 aprile 2014 \(dep. 18 settembre 2014\), n. 38343, Pres. Santacroce, Rel. Blaiotta, Imp. Espenhahn](#), in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014. In termini Cass. pen., sez. VI, 18 febbraio 2010 (dep. 16 luglio 2010), n. 27735, Pres. Agrò, Rel. Milo, Imp. Scarafia, in *CED Cass.*, rv. 247665; nonché Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2009 (dep. 17 settembre 2009), n. 36083, Pres. Lattanzi, Rel. Ippolito, Imp. Mussoni, in *CED Cass.*, rv. 244256.

no logico-interpretativo; pericoloso, però, in ragione dell'autorevolezza del formante giurisprudenziale da cui promana. Immaginiamo: se passasse il messaggio che all'interno della normativa 231, basta cercare, e si possono sempre trovare "principi generali" validi per l'intero ordinamento penale, e suscettibili, dworkianamente, di "tradursi in regole", possiamo forse escludere che a qualcuno venga in mente di utilizzare come "regola" penale il "principio" di inversione dell'onere probatorio fissato, per la responsabilità degli apicali, dall'art. 6 comma 1 d. lgs n. 231 del 2001?

4.

Profili penal-tributari.

Si tratta ora di svolgere qualche breve e specifica considerazione sul versante penal-tributario più propriamente investito dalla decisione in commento.

Sta in principio il rilievo che il "vantaggio" da reato tributario di tipo dichiarativo (*id est*: il risparmio d'imposta in senso ampio) può essere assoggettato a confisca soltanto ed esclusivamente nella forma "per equivalente": non può infatti sfuggire la portata (anche sul piano interpretativo) da attribuire alla disposizione che ha esteso l'ablazione "di valore" ai reati tributari.

Soltanto per effetto di tale estensione (frutto d'una specifica innovazione legislativa³⁷) è possibile superare lo sbarramento sistematico costituito dall'assenza *in rerum natura* di un profitto "diretto" derivante dal reato, potendosi così operare l'apprensione del *tantundem*, riferito – si badi – al "vantaggio".

Come si è in precedenza osservato una simile lettura interpretativa permette di attribuire carattere genuinamente innovativo all'estensione del meccanismo ablatorio contemplato dall'art. 322-ter c.p. al settore penal-tributario, assegnando così alla previsione una corretta collocazione sistematica³⁸.

Ma non a tutte le figure incriminatrici previste dal d. lgs 74/2000 s'attaglia la proposta ermeneutica appena sopra suggerita. Dal 2006, con l'introduzione di ipotesi di reato *ad hoc* per reprimere l'omesso versamento di tributi all'Erario, l'assetto normativo del diritto penale tributario ha subito una significativa modifica: le incriminazioni in materia di omissioni contributive s'atteggiano infatti non già come fattispecie di 'evento' derivante dall'induzione in errore del Fisco per effetto di condotte fraudolente (o comunque decettive), bensì come forme di pura e semplice ritenzione da parte del contribuente di somme di spettanza erariale (ritenute d'acconto certificate e I.V.A., ovviamente al netto di quella detraibile).

Se ora si prova a ricondurre l'attuale assetto normativo alle canoniche categorie penalistiche dei reati contro il patrimonio (poiché da tale matrice origina l'essenza profonda degli interessi pubblicistici in ambito fiscale), non è difficile avvedersi che i reati tributari tradizionali (in sintesi: quelli a struttura 'dichiarativa') sono ipotesi speciali di truffa³⁹, della quale ripetono lo schema fondante.

Ben diversamente gli "omessi versamenti", che costituiscono invece forme di appropriazione indebita: non è chi non veda come alla scadenza del termine ultimo di corresponsione all'Erario di somme incassate dal contribuente quale sostituto d'imposta, abbia luogo l'interversione del possesso sanzionata dall'art. 646 c.p.

Dalla differente struttura dei reati tributari "dichiarativi" rispetto a quella dei delitti tributari di "omesso versamento" promanano conseguenze tutt'altro che marginali quando si voglia esaminare con attenzione il profilo delle "utilità" illecite ritratte dall'autore del reato e sul regime della confisca.

Principiando dagli illeciti riconducibili all'archetipo della frode, il "vantaggio" per il contribuente infedele ha dimensione di risparmio di spesa in senso ampio, non collegato quindi sul piano eziologico al reato, sicché il profitto "virtuale" conseguente alle condotte frodatorie e decettive potrà essere oggetto di apprensione unicamente nella forma "per equivalente".

Diverso è lo schema delle appropriazioni indebite qualificate in materia tributaria: qui –

³⁷ Il riferimento va all'art. 1 co. 143 l. n. 244/2007.

³⁸ In tal senso si fa rinvio alle considerazioni svolte *supra* nei §§ 2.1 e 2.2., nonché alla dottrina e alla giurisprudenza ivi citate, con particolare riferimento a Cass., sez. VI pen., 20 dicembre 2013, n. 3635/2014, Riva FI.R.E., cit.

³⁹ Si veda Cass. pen., sez. un., 28 ottobre 2010 (dep. 19 gennaio 2011), n. 1235, Pres. Lupo, Rel. Fiandanese, Imp. Giordano, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2011, che ha espressamente escluso il concorso del delitto di truffa con quello di frode fiscale in forza del principio di specialità.

all'evidenza – il profitto è direttamente connesso al fatto-reato, poiché le somme delle quali il contribuente si appropria (non versandole) erano bensì preesistenti nel patrimonio dello stesso, ma vincolate al soddisfacimento della pretesa erariale, e, una volta scaduto il termine di versamento (non essendo ipotizzabile prima di tale momento alcun rilievo penale a condotte “distrattive”), ha luogo un'impropriazione, sicché tali importi possono considerarsi “profitto” in senso stretto (*rectius*, eziologico) del reato, come tali suscettibili di confisca diretta o “di proprietà”.

Per tal modo (re-)inquadrata la questione, sembra meritevole di accoglimento – entro il limite angusto di cui s'è detto – l'approccio della sentenza in commento, posto che la fattispecie scrutinata si riferiva a un omesso versamento di I.V.A. (art. 10-*ter* d. lgs n. 74/2000), per sé suscettibile di generare un vero e proprio profitto in capo all'autore del reato (o al terzo beneficiario, quale la persona giuridica per conto della quale il legale rappresentante agisce), come tale confiscabile in via diretta.

5.

Considerazioni conclusive.

Se si dovessero, in definitiva, trarre le conclusioni di questa riflessione si potrebbe forse affermare, parafrasando Molière, che la Suprema Corte, non diversamente dal Borghese gentiluomo, «ha fatto della prosa senza saperlo»; è giunta cioè a una conclusione giuridicamente corretta (solo) se adattata al caso – proprio per la *specificità* del caso – ma attraverso un percorso ermeneutico sviato pei sentieri della giurisprudenza creatrice. Poco male, si potrebbe dire: conta il risultato. Non è ovviamente così, segnatamente per il fatto che l'arresto è delle Sezioni Unite; destinato pertanto, nelle sue motivazioni di fondo, se non successivamente corrette, ad assurgere a “principio di diritto”, albero dai frutti avvelenati al proliferare ancor più venefico dei quali siamo certi non mancherà di provvedere l'uso inquinante delle “massime” (anche le meglio confezionate, e le più recenti stagioni del Massimario offrono in merito un panorama perspicuo) avulse dai contenuti fattuali e motivi che le hanno espresse.

Non resta dunque che attendere, facendo voti per ricevere risposte più confortanti – in termini di rispetto dei “sacri principi” di garanzia e delle regole ermeneutiche di fondo – da parte della Suprema Corte.

MAFIA E CORRUZIONE: TRA CONFISCHE, COMMISSARIAMENTI E INTERDITTIVE*

Giuseppe Pignatone

ABSTRACT

Vengono dapprima rapidamente esaminati gli strumenti previsti dalle norme vigenti per contrastare i patrimoni di origine illecita e le infiltrazioni mafiose nell'economia; questi strumenti divergono quanto ai presupposti, agli effetti, alla natura, giurisdizionale o amministrativa, ed anche quanto alle garanzie e alle forme di tutela di cui gode il soggetto destinatario delle misure. All'esito di questa ricognizione si rileva che dopo una lunga fase, durata decenni, in cui l'obiettivo del contrasto ai patrimoni illeciti – in particolare quelli mafiosi – è stato innanzi tutto quello di giungere alla confisca e poi quello di contrastare il rischio di infiltrazioni mafiose senza porsi neanche troppo il problema delle conseguenze di certi provvedimenti, si avverte oggi, (nella legislazione, in dottrina e giurisprudenza), una maggiore attenzione all'esigenza di attivare strumenti diversi per quelle aziende che, pur presentando forme di infiltrazione e di condizionamento mafioso, conservino una sostanziale integrità e siano anche intenzionate a rimuovere i presupposti di quel pericolo di infiltrazione e condizionamento. Per evitare una ingiustificata distruzione di ricchezze, e in particolare – ma non solo – la perdita di posti di lavoro, si cercano strumenti che a quelle attività imprenditoriali offrano, se ce ne sono le condizioni, l'opportunità del rientro nel mercato in condizioni di legalità.

* Il presente contributo è il testo della relazione, sul tema *"Legalità corrotta"*, al convegno *"Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia. I teatri della crisi"*, tenutosi a Roma il 24 settembre 2015.

D.L. 25.3.2008 nr. 92 convertito in L. 24.7.2008 nr. 125 e L. 15.7.2009 nr. 94.

1.

L'aggressione ai patrimoni illecitamente acquisiti è ormai una linea strategica fondamentale del nostro ordinamento e trova la sua prima realizzazione, soprattutto a partire dalla L. 646/1982 (c.d. legge Rognoni-La Torre), con la confisca del provento del reato (in sede di processo penale) e di quanto “sia il frutto di attività illecita o ne costituisca il reimpiego” in sede di prevenzione.

Negli anni successivi il campo di applicazione delle misure ablativo si è sempre più allargato:

nell'ambito penale, sia con riferimento ai reati per cui tali misure sono possibili, sia con la previsione delle confische per equivalente e, più in generale, delle c.d. ‘confische allargate’;

nell'ambito delle misure di prevenzione, che prescindono – come è noto – dall'accertamento di un reato, con l'estensione, sul piano soggettivo, a “coloro che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose”, con riferimento, quindi, alla pericolosità riconducibile, fra gli altri, ai ‘white collars crimes’ (corruzione, evasione fiscale, truffe in danno dello Stato e di Enti pubblici, bancarotte fraudolente ecc.), purché connotati dal requisito della abitudine.

Del resto, a far data dai cd. ‘pacchetti sicurezza’ del 2008 e del 2009¹ la prevenzione patrimoniale è diventata sempre più autonoma dalla prevenzione personale ed è giustificata dalla pericolosità intrinseca del permanere delle ricchezze illecite in contesti mafiosi o paramafiosi, nel senso lato prima indicato, anche sotto il punto di vista del pericolo di inquinamento dell'economia legale, piuttosto che dalla pericolosità del singolo soggetto.

In sostanza, la confisca preventiva vuole evitare, da un lato, il pericolo del riutilizzo delle ricchezze illecite per alimentare ulteriori attività illecite, dall'altro, il rischio che quelle ricchezze illecite vengano reinvestite in attività lecite alterando le logiche di mercato e le regole della concorrenza².

E' quindi cresciuto sempre più, specie negli ultimi anni, il valore dei beni confiscati e, tra questi, il numero delle aziende e, più genericamente, delle attività imprenditoriali, di regola in settori a non elevato contenuto tecnologico (attività collegate all'edilizia e al ciclo del cemento, al movimento terra, allo smaltimento dei rifiuti, alla grande distribuzione); come si vede, si tratta per lo più di settori protetti, con forme ridotte di concorrenza, o nei quali, come nel caso degli appalti pubblici, è decisiva una forte capacità di interrelazione con i poteri politico-istituzionali). Sotto altro profilo, si tratta di imprese che nascono *ab origine* come frutto di proventi illeciti, anche se possono svolgere attività formalmente lecite, ovvero di imprese strumentali al riciclaggio e al reimpiego di capitali; o, ancora, di imprese che inizialmente operavano in modo legale ma i cui interessi si sono poi compenetrati talmente con quelli delle cosche mafiose che il loro patrimonio e la loro attività devono essere considerati frutto o reimpiego, almeno in parte, di attività illecite. In questo senso si può parlare, con tutta la prudenza imposta da qualsiasi definizione, specie in questa materia, di imprese *mafiose o colluse*.

Peraltro, proprio la costruzione normativa – dal 1982 in poi – ha fatto sì che la misura più grave, quella della confisca, abbia riguardato beni, e in particolare attività imprenditoriali, riconducibili direttamente o indirettamente, a soggetti indiziati di appartenere ad associazioni mafiose (le confische definitive nei confronti di soggetti non mafiosi costituiscono ancora un campione non significativo), circostanza questa che ha giustificato una particolare severità, tanto sul piano degli effetti quanto su quello del regime probatorio, sia di fronte all'opinione pubblica sia, sotto un profilo strettamente giuridico, davanti alla Corte Costituzionale ed alla Corte Europea dei diritti dell'uomo.

Accanto a questa che è l'ipotesi base del contrasto ai patrimoni illeciti, (delle organizzazioni mafiose e non solo), sono state introdotte nel nostro ordinamento altre misure di carattere non ablativo, ma che tendono a ‘curare’, se così si può dire, le imprese a rischio di ‘contami-

¹ Il presente contributo è il testo della relazione, sul tema “Legalità corrotta”, al convegno “Le ragioni dell'impresa e le ragioni dell'amministrazione della giustizia. I teatri della crisi”, tenutosi a Roma il 24 settembre 2015.

D.L. 25.3.2008 nr. 92 convertito in L. 24.7.2008 nr. 125 e L. 15.7.2009 nr. 94.

² Secondo Cass. 11 febbraio 2014, Mondini “l'interesse pubblico alla eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima provenienza sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto e prescinde dal fatto che perduri in capo a quest'ultimo lo stato di pericolosità, perché la finalità preventiva che si intende perseguire con la confisca risiede proprio nell'impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomalie accumuli di ricchezza, quale che sia la condizione del soggetto che poi si trovi a farne uso in qualsiasi modo”: per un'analisi dei più recenti approdi giurisprudenziali A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte Edu sul civil forfeiture*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2015, p. 942.

nazione³, ovvero a creare una difesa anticipata di fronte ai tentativi di infiltrazione mafiosa.

Questa moltiplicazione di strumenti a disposizione per il contrasto del pericolo che la criminalità rappresenta per il mondo delle imprese trova, io credo, molte spiegazioni: dalla continua tensione che il diritto penale, inevitabilmente rigido, subisce quando entra in contatto con il mondo dell'economia, caratterizzato da continui cambiamenti⁴, al fatto che la realtà concreta non si esaurisce affatto nell'alternativa impresa sana/impresa mafiosa o collusa.

Constatiamo, sempre più spesso, esempi di imprese che non sono mafiose ma che hanno rapporti con la mafia, così come esempi di imprese che non vivono 'solo' di corruzione ma che accettano 'anche' un *quantum* di corruzione (intendendo questo termine non solo con riferimento agli artt. 317 e segg. c.p., ma nel senso lato che ha ormai assunto anche nel dibattito tecnico-giuridico).

In questi casi, dunque, non è possibile né conveniente ricorrere agli strumenti ablativi-acquisitivi, come il sequestro e la confisca, ma è meglio ricorrere ad altri strumenti, in qualche modo più mirati e più selettivi, senza peraltro escludere che a volte l'esito finale possa essere quello della confisca, totale o parziale.

Il primo di questi strumenti è l'amministrazione giudiziaria prevista dall'art. 34 del Codice antimafia quando ricorrono sufficienti elementi di fatto per ritenere che il libero esercizio di attività economiche, comprese quelle imprenditoriali, agevoli l'attività delle persone nei cui confronti sia stata proposta o applicata una misura di prevenzione ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per uno dei delitti di cui agli artt. 416 bis, 629, 630, 644, 648 *bis* e 648 *ter* del codice penale; in questi casi il tribunale dispone l'amministrazione giudiziaria dei beni utilizzabili, anche indirettamente, per lo svolgimento di quelle attività.

Non rileva dunque l'origine o la disponibilità delle attività economiche, e infatti l'art. 34 prevede come condizione negativa che nei confronti dei titolari delle attività non ricorrano i presupposti per l'applicazione di una misura di prevenzione; rileva invece la condizione oggettiva di potenziale asservimento di esse ai disegni dei soggetti sopra indicati.

Emerge quindi anche in questi casi una pericolosità autonoma dei beni destinati all'attività imprenditoriale ed utilizzati in modo tale da favorire interessi di associazioni di stampo mafioso.

La finalità della misura prevista dall'art. 34 non è quella di preparare e assicurare una futura confisca, che pure rimane – come detto – uno sbocco possibile del procedimento, ma quella di interrompere le attività agevolatrici e di prevenirne altre mediante un intervento diretto sull'amministrazione che non si deve limitare alla mera gestione, ma deve tendere anche alla rimozione delle condizioni che hanno determinato il provvedimento.

Si tratta di una misura temporanea (sei mesi prorogabili fino a dodici), che si può concludere con la revoca *sic et simpliciter* del provvedimento, se ne sono venute meno le condizioni, ovvero – secondo i principi generali in materia – con la confisca "*dei beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego*" (art. 34 comma 7) ovvero, ancora, con il ripristino della gestione ordinaria affiancata però da un '*controllo giudiziario*' basato sull'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria tutta una serie di informazioni sugli atti di gestione per un periodo massimo di tre anni.

Siamo quindi fuori dalla logica preventiva-repressiva nei confronti un'impresa mafiosa o collusa e la misura mira invece a salvare, attraverso la sospensione temporanea dell'amministrazione, imprese di per sé sane, ma condizionate dalla criminalità organizzata, in modo da metterle in grado, in tempi brevi, di operare secondo le regole del libero mercato.

E' interessante notare che si tratta della stessa misura prevista con la definizione, molto più precisa e tale da non creare equivoci, di sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni, dagli artt. 3 *quater* e 3 *quinqües* legge 575/1965, introdotta dalla legge 356/1992, approvata dopo le stragi di Capaci e via d'Amelio, ma che aveva avuto poche e poco significative applicazioni probabilmente perché, nella realtà concreta delle regioni meridionali e delle organizzazioni mafiose tradizionali (Cosa nostra, 'ndrangheta, camorre e Sacra Corona Unita), cui sole si sono applicate fino a pochissimi anni fa le misure di prevenzione, era ben difficile che

³ Dell'opportunità di adottare un "*paradigma terapeutico*" in simili casi parla C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafia e imprese*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, p. 719.

⁴ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Edizioni Il Mulino, Bologna, 2010, p. 8.

si verificassero le condizioni previste dalla legge⁵.

E invero date le caratteristiche di pervasività, di capacità di condizionamento e, anche, di notorietà *in loco* delle mafie tradizionali, quella dell'art. 3 *quater* era quasi solo un'ipotesi teorica ed era invece molto più probabile che quelle attività economiche e imprenditoriali rientrassero comunque, direttamente o indirettamente, nella disponibilità dell'associato mafioso o addirittura che il loro titolare dovesse essere considerato a sua volta un associato, magari a titolo di concorso esterno, e comunque fosse in condizioni tali da dover essere egli stesso proposto per una misura di prevenzione in quanto socialmente pericoloso.

La situazione è cambiata in questi ultimissimi anni perché è diventato sempre più frequente che i giudici abbiano ritenuto sussistenti le condizioni di cui all'art. 34 in relazione – per restare ai casi di cui si sono occupati i mezzi di informazione – a multinazionali e grandi banche in rapporti economici con la 'ndrangheta presente in Lombardia; a grandi società, sia a capitale pubblico che a capitale privato, con rapporti accertati con cosche di Cosa nostra e 'ndrangheta per lavori da effettuare in Sicilia e Calabria; a consorzi di cooperative di rilevanza nazionale in rapporti con l'organizzazione mafiosa romana, Mafia capitale, (fattispecie in cui ha peraltro giocato un ruolo anche la contestazione di corruzione).

In tutti questi casi l'operato di uno o più soggetti operanti all'interno dell'impresa e disponibili a entrare in rapporti di affari con le associazioni mafiose, di regola sulla base di un calcolo di reciproca convenienza, non mette in discussione l'origine e la formazione lecita del patrimonio aziendale; ferme restando le eventuali responsabilità penali dei singoli, siamo di fronte a forme di inquinamento mafioso che non giustificano, di regola, sequestro e confisca, ma che possono essere 'curate', nel senso che si è detto, per esempio con la rimozione di amministratori e/o dirigenti collusi, cambiando fornitori e subappaltatori e così via.

Infatti, giudici di varie parti d'Italia hanno ravvisato nei casi sopra indicati proprio le condizioni dell'art. 34 escludendo, probabilmente anche per le dimensioni delle attività economiche interessate, per la loro complessità organizzativa e per l'estraneità ai territori tradizionalmente mafiosi, che i soggetti titolari di quelle attività, pur in presenza della condizione dell'"agevolazione", potessero essere essi stessi destinatari di misure di prevenzione personali o patrimoniali di carattere ablativo.

Del resto, alcuni dei casi cui ho fatto riferimento si sono già conclusi positivamente con la revoca del provvedimento di amministrazione giudiziaria e la reimmersione del titolare in tutte le sue facoltà⁶.

Una qualche analogia con la misura di cui all'art. 34 Codice antimafia si può cogliere nell'istituto del Commissario giudiziale previsto dal d.lgs. 231/2001 come misura sostitutiva dell'interdizione soltanto in relazione ad enti che svolgono un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità, o quando si tratti di evitare "rilevanti ripercussioni sull'occupazione". Non mi soffermo in questa sede su questo istituto, di applicazione ancora meno frequente rispetto ai reati di criminalità mafiosa, e che ha come condizione che si proceda per uno dei reati previsti dalla norma e che sia dimostrato un interesse o un vantaggio per l'azienda coinvolta.

La logica e la finalità dei due istituti è però la stessa: evitare il sequestro di aziende in casi in cui non si potrà poi giungere alla confisca (ma nel frattempo gli effetti sull'attività possono essere devastanti e irreversibili), e contemporaneamente evitare che, in casi in cui potrebbe essere sufficiente un tempestivo intervento giudiziario che conduca alla bonifica dell'attività, i fenomeni di contiguità fra imprese e mafie degenerino invece in modo definitivo.

Sul piano esclusivamente preventivo/interdittivo si è posta invece, almeno fino al 2014,

⁵ Per un completo esame dell'istituto si rinvia a F. LICATA, *La sospensione temporanea dell'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex art. 3 quater e 3 quinquies l. 575/1965. L'agevolazione incolpevole delle attività mafiose tra prevenzione e sanzione*, AA.VV., *La giustizia patrimoniale*, Roma, p. 1083.

⁶ Nel caso della multinazionale TNT il Tribunale di Milano (v. C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in questa Rivista, 20 gennaio 2012) ha revocato il provvedimento ex art. 34, ritenendo che "la procedura abbia raggiunto il suo scopo" e cioè quello di "sterilizzare" l'azienda e la sua attività economica dal contagio mafioso. Più in particolare, i giudici hanno rilevato che "il nuovo corso impartito dalla società al proprio metodo organizzativo possa già in questo momento comportare una tranquillizzante prospettiva sul venir meno di quelle pesanti infiltrazioni che avevano motivato l'adozione del provvedimento". Tale "nuovo corso" societario si può riassumere in due operazioni fondamentali: a) prima la sospensione e poi il licenziamento non solo dei dirigenti direttamente coinvolti nelle relazioni con i soggetti mafiosi, ma anche di quelli rimproverabili per mancato controllo, fino alla sostituzione dei vertici gestori; b) l'adozione di un nuovo modello di organizzazione ex D.Lgs. 231/01, consegnato proprio per prevenire le "intrusioni mafiose" nell'area aziendale rivelatasi più esposta. Quest'ultimo riferimento rimanda all'incrocio sempre più frequente, e in qualche misura inevitabile, tra le diverse norme in esame.

la documentazione antimafia, introdotta per la prima volta dal legislatore del 1982, ma che è stato oggetto di continui interventi⁷ fino all'attuale disciplina del Codice antimafia dopo la modifica del 2014 (artt. 82 segg.).

Quella che rileva in questa sede è l'informativa interdittiva che consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di *“eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate”* (art. 84 comma 3 Codice antimafia).

Le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa sono desunti, secondo quanto prevede il comma 4 dello stesso articolo, da una serie di provvedimenti giudiziari per gravi reati, tra cui anche quelli di cui agli artt. 353 e 353 *bis* c.p., evidentemente ritenuti di particolare rilievo sintomatico, nonché dagli accertamenti disposti dal prefetto ovvero ancora dai mutamenti nella composizione della compagine societaria o degli organi sociali.

L'effetto dell'interdittiva è, in pratica, quello di impedire al soggetto destinatario di stipulare contratti, ottenere autorizzazioni e concessioni e, in generale, avere rapporti giuridici per un valore complessivo superiore a 150.000 Euro con le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici, le aziende vigilate o comunque controllate dallo Stato o da altri Enti pubblici (art. 83 del Codice): di fatto l'interdittiva paralizza il soggetto economico che ne è destinatario in tutti i suoi rapporti con la Pubblica Amministrazione intesa nel senso più lato.

Confrontando questa norma con quella di cui all'art. 34 dello stesso Codice si nota una situazione in qualche modo paradossale:

da un lato, la situazione che giustifica l'interdittiva è oggettivamente meno grave perché essa costituisce una tutela anticipata (dagli *“eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa”*) rispetto a quella che legittima la misura di cui all'art. 34 che richiede invece l'*agevolazione* dell'attività del 'mafioso', (*rectius*: della persona cui è applicata o proposta una misura di prevenzione o che è indagato per i reati previsti dalla norma); inoltre quest'ultima è una misura giurisdizionale che prevede un livello indiziario molto maggiore rispetto a quello della misura amministrativa prevista dall'art. 84⁸;

dall'altro lato, però, gli effetti dell'interdittiva sono o possono essere, di fatto, molto più gravi e anzi devastanti per l'impresa destinataria, come si è sopra sommariamente indicato, mentre l'amministrazione giudiziaria ne consente la prosecuzione dell'attività; senza considerare il diverso livello di tutela assicurato in sede giudiziaria e in sede amministrativa.

Né si deve dimenticare che questi effetti si verificano, tanto nell'ipotesi di cui all'art. 34 quanto in quella di cui all'art. 84 del codice antimafia, nei confronti di soggetti per i quali non sussistono gli elementi per applicare loro una misura di prevenzione, né personale né patrimoniale ablativa, e che anzi in alcuni casi potrebbero essere semplicemente delle vittime delle organizzazioni mafiose.

Diventa quindi di fondamentale importanza valutare con estrema attenzione la situazione di fatto per poter decidere se essa rientri nella previsione dell'art. 34 del Codice antimafia, che consente la continuazione dell'attività sia pure con l'intervento degli amministratori giudiziari, o in quella dell'art. 84 in cui i titolari dell'impresa non vengono privati dei loro poteri di amministratori, ma vedono interrompersi i loro rapporti con la Pubblica Amministrazione nel senso ampio sopra delineato, circostanza questa che in molti casi può significare il fallimento.

L'applicazione concreta di quanto fin qui descritto si è avuta a Roma, dove il Tribunale della prevenzione ha disposto la sospensione dell'amministrazione per alcune società cooperative nei cui confronti era già stata emessa informazione interdittiva antimafia, che è stata quindi revocata dallo stesso Prefetto⁹.

E' quanto meno verosimile che il permanere dell'interdittiva avrebbe provocato nel volgere di poco tempo la cessazione dell'attività (costituita quasi esclusivamente dall'esecuzione di

⁷ Vedi, in particolare, L. 19 marzo 1990 nr. 55; D.Lgs. 8.8.1994 nr. 490 e D.P.R. 3.6.3998 nr. 252.

⁸ Il Consiglio di Stato ha ancora di recente ribadito che *“l'informativa in questione, per la sua natura cautelare e preventiva, non richiede la prova di un fatto ma solo la presenza di una serie di indizi in base ai quali non sia illogico o inattendibile ritenere la sussistenza di infiltrazioni o collegamenti con organizzazioni mafiose o di un condizionamento da parte di queste, per cui gli elementi raccolti non vanno riguardati in modo atomistico bensì nel loro insieme ed unitamente [...] non con finalità di accertamento di responsabilità, ma di massima anticipazione dell'azione di prevenzione, rispetto alla quale risultano rilevanti anche fatti e vicende solo sintomatiche o indiziarie, al di là delle individuazioni delle responsabilità penali. Ne consegue, come detto, che la valutazione relativa al pericolo di infiltrazione mafiosa si configuri quale tutela avanzata nei riguardi di tale criminalità organizzata, tanto da operare anche quando non si sono ancora concretizzati elementi certi di collusione o di cointeressenza [...] In sostanza si tratta, come detto del più avanzato livello di protezione dell'ordinamento da fenomeni particolarmente pericolosi e aggressivi per la vita della collettività [...]”* (Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2015, dep. 7 maggio 2015, Ventura spa c/ EXPO 2015 spa).

⁹ Tribunale di Roma, Sez. Mis. Prev., 27 luglio 2015 in procedimento Cooperativa di lavoro La Cascina soc.coop.spa.

contratti con la Pubblica Amministrazione e altri Enti pubblici) e il conseguente licenziamento di alcune migliaia di dipendenti.

E' chiaro che queste conseguenze negative non possano di per sé costituire un discrimine o un parametro decisivo per l'adozione di un provvedimento amministrativo o giudiziario.

E tuttavia non sono conseguenze che si possono ignorare *tout court*, ma reclamano invece – come si è detto – una particolare attenzione, specie quando l'ordinamento mette a disposizione una pluralità di strumenti diversi, tanto più che sempre più frequentemente queste tematiche hanno riguardato e riguarderanno, per le ragioni che si sono già accennate, imprese di grandi dimensioni e per le quali i 'contatti' con le associazioni mafiose hanno per oggetto solo alcuni settori, a volte addirittura marginali, della loro attività, così da rendere preferibile il 'paradigma terapeutico' a un intervento ablativo che potrebbe essere anche, con molte probabilità, distruttivo.

Del resto, la preoccupazione di non provocare una irreparabile distruzione di ricchezza e di posti di lavoro ed altresì la sospensione dell'esecuzione di appalti pubblici è ben presente al legislatore ed è alla base della peculiare disciplina dettata dall'art. 32 del d.l. 90/2014, convertito con modifiche dalla l. 11.8.2014 nr. 114 ed imperniata sulla nuova Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)¹⁰.

In estrema sintesi, la norma prevede che nell'ipotesi in cui si procede per reati di corruzione (in senso lato) ovvero *“in presenza di rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili a un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture”* e *“in presenza di fatti gravi e accertati”*, il Prefetto, su proposta del Presidente dell'ANAC, possa procedere d'autorità alla rinnovazione degli organi sociali ovvero provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione.

Dunque, anche in questo caso, uno spossamento del titolare dell'impresa o, meglio, un trasferimento alle persone designate dal Prefetto dei poteri spettanti agli amministratori limitatamente alle attività di impresa connesse a quegli specifici appalti.¹¹

A parte l'estrema vaghezza della norma laddove delinea le condizioni per l'intervento del Presidente dell'ANAC e del Prefetto, è chiaro che si tratta di una misura estremamente anticipata sia rispetto a quelle di carattere giudiziario sia rispetto ad altre, anch'esse di carattere amministrativo, quali appunto le interdittive antimafia.

Per quanto riguarda le prime, il comma 5 prevede espressamente che le misure adottate dal Prefetto siano *“revocate e cessano di produrre effetti in caso di provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali o per l'applicazione di misure di prevenzione ovvero dispone l'archiviazione del procedimento”*. Al di là delle criticità che si possono determinare in concreto, è chiaro il riferimento ai provvedimenti di prevenzione, compreso quello di cui all'art. 34, e a quelli che possono essere adottati in sede penale, compresi quelli previsti dal D.Lgs. 231/2001 (su cui, come già detto, non mi soffermo).

Per quanto riguarda invece le altre misure di natura amministrativa, il comma 10 dello stesso art. 32 dispone che le misure previste nei commi precedenti *“si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici [...]”*.

Rimane quindi confermato, dal dato testuale della norma, il rilievo attribuito a quelle esigenze di carattere generale e ne viene rafforzata la validità della tesi sulla necessità di privilegiare, quando possibile, fra i molti strumenti predisposti dal legislatore quelli che consentono di sottrarre le imprese all'inquinamento mafioso e di ripristinarne l'attività nel rispetto delle regole di mercato.

¹⁰ Al riguardo v., in chiave critica, R. Russo, *I 'grandi eventi': strategie di intervento punitivo*, in *questa Rivista*, 29 aprile 2015 che esamina congiuntamente la c.d. “interdittiva antimafia” disciplinata dal Codice antimafia e la nuova “straordinaria e temporanea gestione” prevista dall'art. 32 cit.

¹¹ Se le indagini riguardano “componenti di organi societari diversi” da quelli di cui al primo comma dell'art. 32 è disposta la misura meno afflittiva del sostegno e monitoraggio dell'impresa da parte di esperti di nomina prefettizia.

2.

Da quanto fin qui esposto risulta che oggi, e specialmente dopo gli interventi degli ultimi anni, il legislatore prevede una pluralità di strumenti per contrastare i patrimoni di origine illecita e, più in particolare, per quel che qui interessa, per contrastare le infiltrazioni mafiose (nel senso ampio di cui si è detto) nell'economia.

Questi strumenti divergono sotto molti punti di vista:

- quanto ai presupposti: alcuni richiedono l'accertamento di un reato (confische penali e interventi ex D.Lgs. 231/2001; altri un giudizio di pericolosità (le misure di prevenzione); altri ancora, come dice il Consiglio di Stato (v. nota 8) costituiscono una tutela ancora più avanzata sul fronte della prevenzione e si basano quindi su elementi che rappresentano un *minus* rispetto alle stesse misure di prevenzione (interdittiva antimafia e interventi del Prefetto su proposta del Presidente dell'ANAC);

- ancora riguardo ai presupposti, si deve rilevare il confluire sempre maggiore in una considerazione unitaria, che diventa spesso uguaglianza di disciplina, dei reati di mafia e corruzione, nell'accezione assai ampia dei due termini che si è già evidenziata in precedenza;

- quanto agli effetti: alcuni prevedono misure ablativo, cioè il sequestro e la confisca, come scopo diretto e immediato del procedimento (confisca penale, confisca di prevenzione ex art. 24 Codice antimafia); altri, invece, prevedono in prima battuta l'amministrazione giudiziaria e il commissariamento e la confisca è un risultato solo eventuale che può giungere all'esito di una fase anteriore e diversa (art. 34 Codice antimafia e D.Lgs. 231/2001). Altri ancora hanno un effetto solo interdittivo (di una parte) dei rapporti con la P.A. (art. 91 Codice antimafia);

- quanto alla natura alcuni hanno natura giurisdizionale, altri amministrativa; naturalmente questo incide anche sulle garanzie e le forme di tutela di cui può godere il soggetto destinatario delle misure.

Una prima considerazione che si può fare in esito a questa, necessariamente sommaria, ricognizione è che dopo una lunga fase, durata decenni, in cui l'obiettivo del contrasto ai patrimoni illeciti – in particolare quelli mafiosi, naturalmente – è stato innanzi tutto quello di giungere alla confisca e poi quello di contrastare il rischio di infiltrazioni mafiose senza porsi neanche troppo il problema delle conseguenze di certi provvedimenti né della concretezza degli elementi posti a base di essi¹², si avverte oggi, sia nella legislazione che in dottrina e giurisprudenza, una maggiore attenzione all'esigenza di attivare strumenti diversi per quelle aziende che, pur presentando forme di infiltrazione e di condizionamento mafioso, non ne siano però pregiudicate nella loro sostanziale integrità e siano anche intenzionate a rimuovere i presupposti di quel pericolo di infiltrazione e condizionamento. Per evitare una ingiustificata distruzione di ricchezze, e in particolare – ma non solo – la perdita di posti di lavoro, si cercano strumenti che a quelle attività imprenditoriali offrano, se ce ne sono le condizioni, l'opportunità del rientro nel mercato in condizioni di legalità.

A questo obiettivo mira, oltre che gli strumenti normativi di cui abbiamo detto, il Controllo giudiziario previsto dal Progetto di modifiche al Codice antimafia, (nuovo art. 34 bis), che pur lasciando l'amministrazione ai titolari dell'impresa consente al Tribunale di dare prescrizioni stringenti ed anche di nominare un Commissario giudiziale al quale affidare specifici compiti di controllo sulla gestione dell'attività. Particolarmente interessante in questa proposta, confluita in un disegno di legge attualmente all'esame del Parlamento¹³, è la previsione che il Controllo giudiziario può essere disposto dal Tribunale anche su istanza del soggetto colpito da interdittiva antimafia i cui effetti verrebbero in questo automaticamente sospesi proprio al fine di permettere, se possibile, il "recupero" dell'attività imprenditoriale sotto la supervisione del Tribunale e con le garanzie proprie di una procedura giudiziaria.

La seconda considerazione è che questa pluralità di strumenti presenta inoltre, a volte, zone di confine di incerta definizione e zone di sovrapposizione vera e propria, con esiti a volte paradossali, come si è messo in rilievo in precedenza. E tuttavia forse un miglior coordinamento, sempre auspicabile, non è compiutamente realizzabile in questo momento di continui cambiamenti normativi (si pensi, nel solo 2014, alle modifiche al Codice antimafia, risalente ad appena tre anni prima ed all'intervento di cui al D.L. 90/2014), che corrispondono peraltro

¹² Cfr. Cons. Stato già citato sub nota 8 a proposito delle interdittive antimafia: *"la valutazione relativa al pericolo di infiltrazione mafiosa si configuri quale tutela avanzata nei riguardi di tale criminalità organizzata, tanto da operare anche quando non si sono ancora concretizzati elementi certi di collusione o di cointeressenza"*.

¹³ Proposta di legge a firma dell'on. Bindi e altri, AC 2737.

a esigenze avvertite in modo prepotente dalla società civile e dalla politica. Non resta dunque che affidarsi, nell'attesa di tempi migliori, alla saggezza e alla sensibilità degli interpreti (dottrina e giurisprudenza) che a queste norme così complesse, e a volte contraddittorie, devono dare concreta attuazione.

OBIETTIVO SU...

268	La prova dell'alterazione alla guida: una comparazione tra Italia e Germania Roberta Del Monaco
285	«Rivoltarsi nella feccia di Romolo» Alberto Di Martino
295	La nuova disciplina eurounitaria sul <i>market abuse</i>: tra obblighi di criminalizzazione e <i>ne bis in idem</i> Francesco Mucciarelli
325	Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio Domenico Pulitanò
333	Allegria di naufragi: dove va la Corte di cassazione? Giacchino Romeo

LA PROVA DELL'ALTERAZIONE ALLA GUIDA: UNA COMPARAZIONE TRA ITALIA E GERMANIA

Roberta Del Monaco

ABSTRACT

Il presente contributo è il frutto di un lavoro di confronto tra la disciplina italiana e quella tedesca in materia di accertamento processuale dei reati di guida in stato di ebbrezza ed alterazione da droghe. Il parallelo muove dall'esame della normativa straniera, alla quale l'autrice giustappone quella interna, ravvisando man mano analogie e differenze.

La diversa visione prospettica offre numerosi spunti di riflessione su temi spesso trascurati dal giurista italiano, due dei quali toccano punti nevralgici del processo penale: l'estensione accordata alla tutela del diritto contro le autoincriminazioni rispetto alle prove non dichiarative, da un lato; le regole di esclusione e valutazione della prova c.d. scientifica, dall'altro.

SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Cenni alla disciplina sostanziale penale e amministrativa. – 3. Sulla facoltà di rifiutare l'alcoltest: applicazione del «*nemo tenetur se ipsum prodere*». – 4. L'abbrivio delle indagini: acquisizione di un concreto sospetto. – 5. Analisi dell'alcool nell'aria espirata. – 6. Il prelievo di sangue. – 7. Prospettive interne.

1.

Premessa.

Dal confronto tra ordinamenti simili nascono talvolta spunti preziosi per il giurista. Distinguere lo sguardo dalle tematiche interne, infatti, aiuta a mutare prospettiva, induce a riflettere su temi mai esaminati, suggerisce soluzioni originali a questioni annose.

La materia che qui si affronta è certamente nota ai più con riguardo alla disciplina interna; meno conosciuta la normativa tedesca. Per tale ragione, pare necessario offrire anche una sintetica ricostruzione della disciplina sostanziale, utile all'inquadramento del tema processuale che preme trattare: l'accertamento probatorio degli illeciti penali (ed amministrativi) di guida in stato di ebbrezza ed alterazione da droghe.

Come avviene anche nell'ordinamento italiano, la raccolta di questi peculiari elementi di prova può far sorgere la necessità di procedere per la punizione di un illecito di carattere penale ovvero amministrativo. Il confine tra i due diversi procedimenti, tuttavia, non appare nel sistema tedesco tanto netto quanto nel nostro.

L'iniziale contestazione del fatto come illecito amministrativo, infatti, non esclude che l'esito del processo sia una condanna penale. Lo si ricava dal § 81 *Ordnungswidrigkeitengesetz*¹, a norma del quale il giudice che ravvisi i presupposti per l'imputazione di un reato (*Straftat*) può modificare la qualificazione giuridica del fatto². Il procedimento generato dall'opposizione alla sanzione amministrativa resterà di sua competenza (§ 67 *OWiG*).

Il *Betroffene* (interessato) cambia veste e diventa *Angeklagte* (imputato). Glielo comunica il pubblico ministero (*Staatsanwaltschaft*), ridotto a mero ambasciatore nei confronti del novello imputato circa le determinazioni del giudice³, ovvero direttamente quest'ultimo, d'ufficio.

A fronte di una così rilevante modifica della condizione processuale, l'udienza viene sospesa qualora l'imputato, opportunamente avvisato di tale facoltà, ne faccia richiesta per poter adattare la difesa alla diversa qualificazione, ovvero qualora il giudice lo reputi necessario. Quasi tutto il materiale probatorio sino a quel momento acquisito dall'autorità procedente resta utilizzabile ai fini decisori⁴.

Non stupisce, dunque, che le norme del codice di procedura penale si applichino anche alle attività conoscitive della pubblica amministrazione (§ 46 *OWiG*)⁵: se il rischio che le prove formate per contestare la sanzione amministrativa migrino nel processo penale è tanto concreto, bisogna disporre di elementi acquisiti nel rispetto delle regole contenute nel codice di rito.

La doverosa estensione delle garanzie proprie del processo penale anche all'accertamento di illeciti minori evoca l'art. 220 disp. att. c.p.p. Tuttavia, nel sistema italiano la possibilità che dall'accertamento amministrativo germogli il procedimento penale sembra dover fisiologicamente passare attraverso l'iscrizione della notizia di reato ed il conseguente esercizio dell'azione penale. Volendo immaginare il verificarsi, nel nostro ordinamento, di un improbabile errore nella qualificazione del fatto come illecito amministrativo piuttosto che come contravvenzione, pare ragionevole ritenere che il giudice trasmetta gli atti in procura.

Privo di giurisdizione in materia, il giudice di pace chiamato a pronunciarsi sull'opposizione alla sanzione amministrativa non ha infatti il potere di modificare la contestazione in illecito penale.

Sembra chiusa, invece, la strada inversa: il magistrato penale procedente per un fatto con-

¹ D'ora in poi *OWiG*. Si fa riferimento alla legge del 24 maggio 1968 (in *Bundgesetzblatt*, 1968, I, 481), come revisionato dall'ultima modifica in data 23 luglio 2013 (*ivi*, 2013, I, 2586).

² Il potere non si esaurisce nel primo grado, ma si estende all'appello, dove da un *Rechtsbeschwerdeverfahren* può originare un *Revisionsverfahren* (in questo senso, *Bundesgerichtshof*, 19 maggio 1988, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, 3162). Vale anche il contrario: ai sensi del § 82 *OWiG* il giudice che ravvisi nel fatto contestato l'integrazione di una *Ordnungswidrigkeit* procede di conseguenza.

³ La disposizione in commento costituisce un particolare caso di modifica della qualificazione giuridica del fatto ad opera del giudice; il passaggio da un processo all'altro appare consentito dallo stretto collegamento tra *Bußgeldverfahren* e *Strafprozess*, del quale si sta per dire. Non sembrano ravvisabili attriti con il principio *ne procedat iudex ex officio*, che non trova tutela costituzionale e può pertanto essere superato in presenza di una norma che lo consenta.

⁴ Così dispone il § 81 comma 3 *OWiG*, che fa salve le disposizioni contenute nei §§ 77a e 78 comma 1 *OWiG*. La prima riguarda l'acquisizione di prove "semplificate" e consente la lettura di dichiarazioni rese da un testimone in una fase precedente, come anche di quelle contenute in note di polizia, solo a patto che vi consentano difesa ed accusa. La seconda permette di dare mera indicazione del contenuto dei documenti, omettendone la lettura, salvo che quest'ultima non risulti decisiva per la decisione, ovvero, anche ricorrendo tale evenienza, quando le parti vi consentano.

⁵ Per una disamina approfondita degli accertamenti della pubblica amministrazione nel processo penale germanico si rimanda a R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1992, 49 s.

testato quale reato ha la facoltà di riqualificarlo come illecito amministrativo, pronunciando il proscioglimento dell'imputato, ma non gli compete un obbligo di trasmissione degli atti all'autorità competente⁶.

2.

Cenni alla disciplina sostanziale penale ed amministrativa.

L'alterazione da alcolici e stupefacenti alla guida è sanzionata da una serie di norme del codice penale tedesco e della *Straßenverkehrsgesetz*⁷, ossia il Codice della strada, d'ora in poi *StVG*.

Il § 316 *StGB* punisce con la reclusione fino ad un anno, ovvero con una pena pecuniaria⁸, il guidatore che conduca il veicolo sotto l'influsso di alcool o sostanze di altro genere che non gli consentano di guidare in sicurezza. L'applicazione della norma è residuale; entra in scena quando il fatto non integri uno dei più gravi reati di cui ai §§ 315a e 315c *StGB*. Le due fattispecie, identiche per condotta e pena, differiscono con riguardo al soggetto agente: nel primo caso, si sanziona il guidatore di veicolo su rotaia, funivia, nave o aeroplano; nell'altro, il conducente di qualsiasi altro strumento di locomozione circolante su strada. La condotta è la medesima rispetto al § 316 *StGB*, ma la minaccia per la pubblica sicurezza aumenta: ricorre qualora l'agente metta in pericolo la vita o l'incolumità di persone o cose di particolare valore. Identica anche la sanzione: in alternativa alla pena pecuniaria, si prevede la reclusione fino a cinque anni.

Tutte e tre le fattispecie descritte integrano reati di pericolo concreto, diversamente da quanto previsto dal nostro codice della strada⁹. Duplice, quindi, l'accertamento che il giudice sarà chiamato a svolgere: da un lato, appurare lo stato di ebbrezza o intossicazione del soggetto; dall'altro, verificarne l'effettiva incapacità di condurre il mezzo in maniera sicura.

Manca un'indicazione normativa di valori minimi di concentrazione alcolemica o di droghe nel sangue, forse giudicata superflua nell'ambito di una fattispecie di pericolo concreto. La lacuna è stata tuttavia colmata dalla giurisprudenza. Sulla scorta delle conoscenze medico-legali – per cui oltre una determinata concentrazione di alcool nel sangue, nessun essere umano potrebbe guidare in sicurezza, mentre, al di sotto di tali soglie, le capacità variano in ragione di fattori individuali¹⁰ – si è stabilito che, ogniqualvolta sia accertata una concentrazione pari o superiore ad 1,1 g/l di alcool nel sangue, si presumerà in capo al guidatore una *absolute Fahrunsicherheit*, ossia un'assoluta incapacità di guidare¹¹. Contrapposta alla *relative Fahrunsicherheit*, la presunzione in discorso non integra, come lascerebbe erroneamente suggerire una traduzione letterale, una prova incontrovertibile o “legale”, ma va più correttamente inqua-

⁶ La trasmissione degli atti all'autorità amministrativa non è prevista dalle disposizioni transitorie della l. 29 luglio 2010 n. 120 (sul punto, *Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2010, n. 41564*, con nota di G. ROMEO, *Nessun obbligo di trasmissione degli atti all'Autorità amministrativa per i fatti depenalizzati di guida in stato di ebbrezza*, in *Dir. pen. cont.*, 20 dicembre 2010).

⁷ Ci si riferisce alla versione del codice penale tedesco modificata da ultimo dalla legge del 22 dicembre 2011 (in *Bundesgesetzblatt*, 2011, I, 3044).

⁸ Nel sistema tedesco, la commisurazione della pena pecuniaria è del tutto peculiare. Il § 40 *StGB* prevede un «sistema a tassi giornalieri» (*Tagessatzsystem*) nel quale, oltre alla gravità del fatto ed all'intensità della colpevolezza dell'imputato, rilevano le capacità finanziarie del condannato. Per approfondimenti sul punto, si veda K. KÜHL-M. HEGER, sub § 40, in *Strafgesetzbuch*, Beck, München, 2014; in italiano, G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Cedam, Padova, 1993, 489 s.

⁹ Sull'inquadramento degli illeciti di cui agli artt. 186 e 187 c.d.s. quali reati di pericolo astratto, *ex multis*, D. POTETTI, *La l. n. 120 del 2010 e il nuovo comma 1 dell'art. 187 c. strad.: vecchie e nuove questioni*, in *Cass. pen.*, 2011, 2705; R. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento in concreto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 981; M. ZINCANI, *I reati in materia di circolazione stradale*, in AA.VV., *I reati contro la persona*, vol. I, *Reati contro la vita e l'incolumità individuale*, a cura di S. Canestrari, Utet, Torino, 2006, 835.

¹⁰ Cfr. P. KÖNIG, sub § 316 *StGB*, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, a cura di L. EBERMAYER e H. JAGUSCH, De Gruyter, 2008, 503; H.J. KUNERT-F. LÖHRER, *Neuropsychologische Aspekte bei der Berteilung der Fahreingung*, in *Blutalkohol*, 2005, 343; più in generale, H. JANISZEWSKI, *Verkehrsstrafrecht*, Beck, München, 2004, 153 s.

¹¹ Ci si riferisce a *Bundesgerichtshof*, 28.6.1990, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* 37 (1990), 89 s.

Con questo importante arresto, la Corte di cassazione tedesca ha modificato il proprio precedente indirizzo, nel quale poneva il limite di concentrazione di alcool nel sangue idoneo ad integrare una incapacità assoluta alla guida in 1,3 g/l (*Bundesgerichtshof*, 9 dicembre 1966, in *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* 21 (1966), 157). Il valore attualmente utilizzato si riferisce alla guida di veicoli a motore quali automobili e motocicli; per altri mezzi di locomozione valgono diversi limiti di soglia. Ad esempio, per il ciclista il valore, in precedenza pari o superiore a 1,7 g/l (*Bundesgerichtshof*, 17 luglio 1986, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, 2650), è sceso a 1,6 g/l (cfr. *ex multis*, *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 28 luglio 1997, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1997, 486 s.; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 10 marzo 1993, in *Blutalkohol*, 1993, 254).

drata come *presumptio iuris tantum*. La prova contraria è ammessa, ma decisamente ardua¹².

Non si riscontra analogia inversione dell'onere probatorio quando il conducente sia colto nell'atto di guidare con una concentrazione di alcool nel sangue tra 0,3 g/l e 1,1 g/l¹³. In questi casi occorre la prova della pericolosità della guida per la sicurezza stradale. Indizi in tal senso, «necessari ed irrinunciabili»¹⁴, sono quelli che rivelano la perdita di lucidità e la lentezza nei riflessi, come l'aver il conducente proceduto con improvvisi scarti laterali sulla carreggiata¹⁵ o con una guida zigzagante¹⁶.

Allorché il tasso alcolemico riscontrato non integri il presupposto per la *absolute Fahrumsicherheit* e gli indizi addotti appaiano insufficienti ad inquadrare il fatto nell'alveo della fattispecie penale, residua la sanzione amministrativa.

Il § 24a StVG¹⁷ punisce con una multa chi guidi un veicolo con una concentrazione uguale o superiore a 0,5 g/l di alcool nel sangue ovvero 0,25 ml/l di alcool nell'aria espirata¹⁸. La disposizione, al pari dell'art. 186 c.d.s., sottintende un pericolo astratto¹⁹. Resta fuori, dunque, la fascia tra 0,3 g/l a 0,5 g/l di alcool nel sangue, destinata a rimanere irrilevante qualora al dato tecnico della misurazione non si accompagnino elementi comprovanti la concreta minaccia alla circolazione stradale.

Chiude il quadro la disciplina della guida in stato di alterazione da sostanze stupefacenti o psicotrope, punita dalle medesime fattispecie penali sopra indicate. Per lo più inapplicabile la dicotomia tra *absolute* e *relative Fahrumsicherheit* in ragione del diverso grado di attendibilità delle conoscenze scientifiche in materia²⁰, servono sempre riscontri concreti su cui fondare un giudizio di pericolosità. Valgono allo scopo elementi sintomatici riferiti dagli agenti²¹.

In caso difettino, residua ancora una volta la sanzione amministrativa (§ 24a comma 2 StVG) che punisce, senz'altro aggiungere, colui che si ponga alla guida sotto l'effetto di droghe²². In questo caso la prova richiesta è meno stringente: non la pericolosità concreta del guidatore intossicato, ma la pregressa assunzione di droghe, sotto l'influsso delle quali egli ancora si trovi al momento della guida.

L'assenza di indicazioni sulle concentrazioni minime nella fattispecie amministrativa ha

¹² In questo senso, K. GEPPERT, *Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c StGB) und Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB)*, in *Jura*, 2001, 561; H. JANKER, *Der langsame Abschied von der Blutprobe - Aktuelle Fragen zum Führen von Kraftfahrzeugen unter Alkoholeinfluss nach § 24a Abs. 1 StVG sowie § 316 StGB*, in *Deutsches Autorecht*, 2002, 49.

¹³ Secondo l'orientamento prevalente, al di sotto del valore minimo di 0,3 g/l vale l'inverso: il conducente non può costituire un pericolo nell'ambito della circolazione stradale (*Landsgericht Hamburg*, 10 settembre 2003, in *Deutsches Autorecht*, 2003, 575; *Oberlandesgericht Saarbrücken*, 4 febbraio 1999, in *Zeitschrift für Schadensrecht*, 1999, 356); la presunzione vale, comunque, sino a prova contraria (*Oberlandesgericht Hamm*, 23 settembre 2003, in *Blutalkohol*, 2004, 357; *Oberlandesgericht Koblenz*, 10 febbraio 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 371). Opinioni critiche nella letteratura rilevano, però, come il valore minimo non sia idoneo ad assicurare la sicurezza alla guida (P. HENTSCHEL, sub § 316 StGB, in *Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2013, 1756; H. JANKER, *Relative Fahrumsicherheit bei einer Blutalkoholkonzentration von weniger als 0,3‰?*, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, 197).

¹⁴ Così *Bayrisches Oberstes Landesgericht*, 24 maggio 1989, in *Deutsches Autorecht*, 1989, 427 s. Nello stesso senso, *Oberlandesgericht Zweibrücken*, 12 novembre 1990, in *Verkehrsrecht-Sammlung* 80 (1991), 347; *Oberlandesgericht Düsseldorf*, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1993, 276.

¹⁵ *Bundesgerichtshof*, 21 febbraio 1974, in *Verkehrsrecht-Sammlung* 47 (1974), 20.

¹⁶ *Oberlandesgericht Hamm*, 25 febbraio 1975, in *Verkehrsrecht-Sammlung* 49 (1975), 270.

¹⁷ All'illecito amministrativo "generale" se ne affianca uno "speciale" per i neopatentati e gli infraventunenni. Il § 24c StVG, introdotto il 19 luglio 2007 (in *Bundesgesetzblatt* 25 luglio 2007, I, 1460 s.), non indica limiti di concentrazione minima: anche una infinitesimale quantità di alcool nell'organismo innesca la sanzione. Il suo *alter-ego* italiano è l'art. 186-bis c.d.s.

¹⁸ Si noti come il legislatore tedesco ha avuto cura di menzionare entrambi i valori, indicativi della quantità di alcool nel fiato e nel sangue. La scelta muove dalle perplessità espresse dalla tossicologia nel procedere ad una conversione del dato ottenuto misurando l'alcool nell'aria espirata (detto AAK, ossia *Atemalkoholkonzentration*, o in inglese BrAC, *Breath Alcohol Concentration*) in una percentuale di alcool nel sangue (detta BAK, da *Blutalkoholkonzentration*; in inglese BAC, che sta per *Blood Alcohol Concentration*). La correttezza della trasformazione è legata ad una molteplicità di fattori che afferiscono alla persona ed ostacolano l'individuazione di un fattore standardizzato affidabile.

¹⁹ Cfr. H. JANKER, *Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht in 50 Jahren Deutscher Verkehrsgerichtstag*, in *Deutsches Autorecht*, 2012, 7.

²⁰ In tal senso, *ex multis*, B. BIALAS, *Die Rechtsprechung zur Feststellung der Fahrumsicherheit infolge des Konsum von Drogen*, in *Blutalkohol*, 1997, 129 s.; S. HARBORT, *Rauschmittelleinnahme und Fahrsicherheit*, Boorberg, Stuttgart, 1996, 80 s.; G. KAUERT, *Toxikologisch-medizinische Aspekte des Medikamenteneinflusses auf die Fahrumsicherheit*, in *Deutsches Autorecht*, 1996, 451; H. SCHÖCH, *Medikamente im Straßenverkehr*, ivi, 1996, 455 s.

²¹ Costituiscono indizi dell'insicurezza alla guida l'euforia mostrata dal conducente (indice di assunzione di sostanze quali cannabis, eroina, cocaina, morfina), l'incapacità di mantenere la concentrazione, le difficoltà di percezione (cannabis, eroina, morfina), la percezione di allucinazioni (cocaina, cannabis), il rallentamento nelle reazioni (eroina, morfina), etc. Cfr. *Bayerisches Oberlandesgericht*, 20 gennaio 2003, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2003, 252; *Oberlandesgericht Saarbrücken*, 11 aprile 2002, in *Verkehrsrechtssammlung*, 102 (2002), 458; *Oberlandesgericht Zweibrücken*, 3 maggio 2001, in *Deutsches Autorecht*, 2002, 135; *Bundesgerichtshof*, 25 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2000, 419 s.; *Bundesgerichtshof*, 3 novembre 1998, in *Entscheidungen des bundesgerichtshofes in Strafsachen*, 44 (1995), 219 s.

²² Si fa riferimento alla tabella degli stupefacenti, modificata da ultimo con decreto del 6 giugno 2007 (in *Bundesgesetzblatt*, 14 giugno 2007, n. 26, 1045), che contiene un'elencazione di droghe tra cui cannabis, eroina, morfina, cocaina, anfetamine (MDA, MDE, MDMA) e metanfetamine.

suscitato dubbi di legittimità costituzionale della disposizione, in Germania come in Italia²³. Medesima la soluzione adottata dalle Corti: la differenza di trattamento conseguente all'assenza di un limite-soglia di sostanze stupefacenti nel sangue rientra nell'alveo della discrezionalità del legislatore né può dirsi irragionevole, considerate le attuali conoscenze scientifiche in materia²⁴. Spetta al giudice, secondo il *Bundesverfassungsgericht*, il ruolo di mediatore tra norma e scienza, non essendogli comunque vietato di colmare la lacuna legislativa con le informazioni apportate dalla tossicologia forense.

È quanto accaduto in seguito alla pubblicazione dei risultati raggiunti da una commissione di esperti²⁵, che ha individuato per ciascuna sostanza drogante un valore minimo al di sotto del quale si esclude l'influsso sulle capacità fisiologiche dell'individuo. Si riscontrano infatti applicazioni di tali soglie, con riferimento alla fattispecie amministrativa²⁶. Resta comunque ferma la necessità di provare con elementi concreti l'attualità dell'alterazione e, per la fattispecie penale, l'effettiva pericolosità alla guida²⁷.

3.

Sulla facoltà di rifiutare l'alcoltest: applicazione del «*nemo tenetur se ipsum prodere*».

L'ordinamento germanico, a differenza del nostro, non prevede alcuna sanzione per il rifiuto di sottoporsi alla prova dell'etilometro: il guidatore è tutelato dal principio per cui nessuno può essere obbligato ad autoaccusarsi. Ciò trova ragione nella peculiare ampiezza accordata alla garanzia contro le autoincriminazioni²⁸, la quale copre anche le prove non dichiarative (purché richiedano una collaborazione fattiva dell'interessato²⁹), nonché quelle assunte nel

²³ Corte cost., ord. 12 luglio 2001, n. 306, in *Giur. cost.*, 2001, 2478 s., nonché Corte cost., ord. 27 luglio 2004, n. 277, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, s.m., 79. s., con nota di G. MANCA, *La precisa formulazione dell'art. 187 del codice della strada*. Brevemente, la questione sollevata dal giudice *a quo* poneva il quesito della compatibilità tra l'art. 187 c.d.s. e gli artt. 25, comma 2, e 27, comma 2, Cost., nella parte in cui la fattispecie penale non prevede alcun limite oltre il quale il soggetto possa essere considerato in stato di alterazione fisica e psichica. La Consulta ha in entrambe le pronunce citate respinto le censure mosse alla norma: l'assenza di indicazione circa valori di soglia analoghi a quanto previsto per l'ebbrezza alcolica trova ragione nelle differenti conoscenze scientifiche. La fattispecie può comunque dirsi sufficientemente determinata, in quanto alla formazione della prova del reato concorrono due fattori, lo stato di alterazione (accertabile dagli operatori di polizia mediante la constatazione di indizi sintomatici) e la presenza di tracce di sostanze stupefacenti nei liquidi fisiologici del conducente (verificabile mediante analisi di laboratorio).

²⁴ *Bundesverfassungsgericht*, 21 dicembre 2004, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 349 s. c., prima ancora, *Bundesverfassungsgericht*, 20 giugno 2002, *ivi*, 2002, 2378 s. Aspre note di dissenso in V. STIEBIG, *Commento a BVerfG 21 dicembre 2004*, in *Juristische Rundschau*, 2005, 335 s.; K.R. MAATZ, *Fahruntüchtigkeit nach Drogenkonsum*, in *Blutalkohol*, 2006, 460.

²⁵ Si tratta della *Grenzwertkommission* (Commissione per l'individuazione di valori-soglia), incaricata dal Ministero dei trasporti, delle infrastrutture e dello sviluppo cittadino, nell'ambito di un progetto di modifica del § 24a comma 2 *StVG*, di individuare concentrazioni di droghe nel sangue analoghe a quelle previste per l'ebbrezza (*Bundesrat Drucksache*, 2007, n. 124/07). I risultati della ricerca scientifica sono pubblicati in *Blutalkohol*, 2007, 311 s.

²⁶ La concentrazione di THC (principio attivo della cannabis) ritenuta sufficiente ad integrare la fattispecie di cui al § 24a comma 2 *StVG* è di 1,0 ng/ml di sostanza nel sangue (*Oberlandesgericht Bremen*, 18 giugno 2014, in *NVwZ-Rechtsprechungs-Report*, 2014, 257 s.; *Oberverwaltungsgericht Münster*, 21 marzo 2013, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2013, 2841; nonché F. KOEHL, *Cannabisconsum und Fahreignung*, in *Deutsches Autoreacht*, 2012, 186 s.). Per le altre sostanze stupefacenti non è data applicazione giurisprudenziale delle concentrazioni individuate dalla *Grenzwertkommission*.

²⁷ Cfr. per tutte *Bundesgerichtshof*, 21 dicembre 2011, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2011, 324. Nella giurisprudenza di merito si riscontra un isolato precedente secondo cui, a fronte di una concentrazione di THC (principio attivo della cannabis) pari a 20 ng/ml, sarebbe configurabile un'absolute *Fahrungsunsicherheit* (*Amtsgericht Berlin-Tiergarten*, 6 aprile 2011, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2012, 398 s.). Analogo procedimento, invece, non sarebbe attuabile con riguardo all'assunzione di altre sostanze, quali la cocaina (*Landsgericht Berlin*, 10 aprile 2012, *ivi*, 2012, 397).

²⁸ Il principio trova fondamento costituzionale nei diritti fondamentali di rispetto della dignità umana (art. 1 comma 1 *Grundgesetz*) e del libero sviluppo della personalità (art. 2 comma 1 *Grundgesetz*) e coinvolge in generale i rapporti tra cittadino e Stato. Le sue radici storiche sono tuttavia più antiche della Carta costituzionale (cfr. W. NIESE, *Narkoanalyse als doppel funktionelle Prozeßhandlung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 63 (1951), 219; W. REISS, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren*, Dr. Peter Deubner Verlag, Köln, 1987, 145 s.; M. NOTHHELFER, *Die Freiheit von Selbstbezüglichungszwang*, Dekker, Heidelberg, 1989, 3 s.; R. SCHLAURI, *Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren*, Schulthess, Zürich, 2003, 39 s.; 49 s.). In giurisprudenza è riconosciuto come uno dei pilastri dell'ordinamento; cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 7 luglio 1995, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1995, 555; *Bundesgerichtshof*, 27 febbraio 1992, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, 1463.

²⁹ In questo senso, nonostante non vi sia riconoscimento espresso a livello normativo al pari di quello previsto dai §§ 136 e 163 *StPO*, la dottrina d'oltralpe si è espressa a larga maggioranza; cfr. N. BOSCH, *Aspekte des Nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht*, Dunker & Humblot, Berlin, 1997, 277 s.; K. PETERS, *Strafprozeß*, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1985, 325; K. ROGALL, *Der Beschuldigte als beweismittel gegen sich selbst*, Dunker & Humblot, Berlin, 1977, 54.

procedimento amministrativo e capaci di entrare nel processo penale³⁰.

Esempio da manuale di mezzo di prova che necessita del contributo del sospettato (o non ancora tale) è proprio quello dell'analisi di alcool o droghe nell'organismo³¹: soffiare nell'etilometro o fornire le proprie urine per gli *screening* tossicologici sono atti non dovuti né coercibili³². Tuttavia, la facoltà di non cooperare costituisce un evidente ostacolo all'accertamento dell'illecito, giacché in mancanza di elementi di sospetto concreti e circostanziati non è consentito procedere con l'assunzione di una prova ematica, questa, sì, coercibile.

Il rischio che il soggetto resti impunito rifiutando l'*alcoltest* o gli *screening* antidroga ha suscitato un ampio dibattito nella letteratura degli anni Ottanta e Novanta³³. Taluni proposero di superare il problema limitando il diritto del guidatore di sottrarsi all'accertamento ed introducendo una sanzione amministrativa a presidio del generale obbligo di collaborazione, ciò che avrebbe agevolato l'attività di polizia e consentito un controllo capillare della sicurezza stradale³⁴. Altri si opposero a questo pensiero, denunciando che il prezzo da pagare per il *vulnus* arrecato al diritto a non autoincolparsi sarebbe stato l'illegittimità della sanzione e la conseguente inutilizzabilità della prova³⁵. Altri ancora obiettarono che l'introduzione di un illecito amministrativo (*Ordnungswidrigkeit*) in tal senso si sarebbe risolta in un premio per gli astuti e gli abienti, che avrebbero di buon grado accettato la sanzione pecuniaria per sfuggire a quella penale³⁶.

Sull'onda della polemica, si inserì il tentativo di colmare il preteso vuoto normativo da parte del *Bundesrat* (Consiglio federale), con la risoluzione del 21 aprile 1989, che suggeriva l'introduzione dell'obbligo di cooperare agli accertamenti preventivi della polizia anche in assenza di elementi di sospetto³⁷. Al medesimo scopo miravano la proposta di legge della *SPD*³⁸ e gli appelli rivolti al legislatore³⁹.

In attesa di una presa di posizione di quest'ultimo, si affermò una prassi di polizia che soleva ottenere la collaborazione "volontaria" dei conducenti sottoposti a controlli, non informandoli del proprio diritto. In mancanza di uno specifico obbligo di avvertimento sulla facoltà di rifiutare l'esame, la prova così ottenuta non sembrava viziata dalla sanzione dell'inutilizzabilità⁴⁰.

Contrariamente a quanto auspicato da alcuni, il legislatore non diede mai seguito alle proposte di introdurre un'*Ordnungswidrigkeit* quale penalità per il conducente ritroso, ma si risolse nel senso opposto: eliminare l'aporia del sistema, introducendo l'obbligo di avvisare il soggetto della facoltà di non prestarsi all'accertamento. La legislazione sul punto è tuttavia frammentaria e non perfettamente coincidente in tutta la Germania, dal momento che il "diritto di polizia" non appartiene alla competenza del legislatore federale, ma a quella dei singoli Länder (art. 70 s. *Grundgesetz*). Molti di questi sono intervenuti con regolamenti amministra-

³⁰ Già si è già detto del labile confine che separa procedimento amministrativo e penale e di come questo comporti che nel primo si applichino alcune delle regole della *StPO*. Coerentemente con tale aspetto, la gran parte degli studiosi sostiene da tempo che il baluardo contro le autoaccuse varrebbe anche nella fase dell'accertamento amministrativo (cfr. N. BOSCH, *op. loc. cit.*; M. NOTHELFER, *op. cit.*, 77 s.; K. ROGALL, *op. cit.*, 145 s.; R. SCHLAURI, *op. cit.*, 78 s.; R. TORKA, *Nachatverhalten und Nemo tenetur*, Dunker & Humboldt, Berlin, 2000, 128; H.A. WOLFF, *Selbstbelastung und Verfahrenstrennung*, Dunker & Humboldt, Berlin, 1997, 92 s.).

³¹ Si veda C. ROXIN-B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 2009, 245.

³² In questo senso, O.K.E. KRAFT, *Das nemo tenetur-Prinzip und die sich daraus ergebenden Rechte des beschuldigten in der polizeilichen Vernehmung*, Kovač, Hamburg, 2002, 177 s.; W.D. BRODAG, *Strafverfahrensrecht für Schulung und Praxis*, Booberg, Stuttgart, 2008, 117; H. GEIGER, *Die Voraussetzungen für die Erteilung und die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis*, in H. BUSCHBELL, *Müncher Anwalts Handbuch - Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2009, in *beck-online.beck.de*, num. a margine 29.

³³ Per una più completa ricostruzione della *querelle*, si rinvia a T. VERREL, *Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatz*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1997, 417 s.

³⁴ In questo senso, W. KULLIG, *Kontrollbefugnisse der Polizei im Straßenverkehr. Sind pauschale Kontrollen zulässig?*, in *Blutalkohol*, 1988, 371; U. HEIFER-F. PLUISCH, *Herabsetzung der Pönale-Grenze*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1991, 425.

³⁵ K. GEPPERT, *Zur Einführung verdachtsfreier Atemalkoholkontrollen aus rechtlicher Sicht*, in *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, De Gruyter, Berlin, New York, 1992, 660; ID., *Verdachtsfreie Atemalkoholkontrollen? Bemerkungen zu den Entschlüssen des 30. Deutschen Verkehrsgerichtstags*, in *Blutalkohol*, 1992, 289 s. Secondo l'autore, l'unica via costituzionalmente consentita sarebbe stata quella di utilizzare dei sensori passivi atti a captare la presenza di alcool nel respiro, strumenti che avvicinati al naso o alla bocca del soggetto, avrebbero potuto agevolare la ricerca di indizi di reato necessari a supportare la richiesta di autorizzazione al prelievo ematico (§ 81a *StPO*).

³⁶ H. SCHÖCH, *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen bei Alkohol- und Drogenfahrten und ihre Bedeutung für das Straf- und Bußgeldverfahren*, in *Blutalkohol*, 1997, 171.

³⁷ In *Bundesrat Drucksache* 70/89, 3.

³⁸ In *Bundestages Drucksache* 12/985, 3 s.

³⁹ Come quello che conclude l'elaborato del *Arbeitsgruppe des 30. Deutschen Verkehrsgerichtstages im Januar 1992*, in *30. Deutschen Verkehrsgerichtstag*, 1992, 14.

⁴⁰ Di questa opinione, L. SENGE, sub § 81a *StPO*, in *Karlsruher Kommentar-Strafprozessordnung*, Beck, München, 2008, 385.

tivi ministeriali (*Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums*) dagli analoghi contenuti, tra cui la previsione di un dovere di informazione⁴¹.

L'avviso precede il *test* spirometrico, come anche gli *screening* antidroga su fluidi corporei quali l'urina; non sembra invece dovuto prima del compimento dei controlli rapidi e non probanti dal funzionamento analogo a quello dell'etilometro. A corredo dell'avvertimento si accompagna la generale previsione di chiarire all'interessato il funzionamento e lo scopo dell'esame, nonché le possibili conseguenze di carattere penale ed amministrativo cui si espone collaborando.

Ulteriore informazione, secondo alcuni capace di viziare *in nuce* la libera autodeterminazione dell'individuo⁴², consiste nel renderlo edotto che, in caso di rifiuto, egli potrà essere comunque sottoposto ad un prelievo ematico.

Sulle conseguenze derivanti dalla violazione dell'obbligo di avvertimento si registra un contrasto. Secondo alcuni precedenti, la prova così formata sarebbe inutilizzabile⁴³. Ma l'assunto è parso errato ed apodittico; manca, in effetti, l'indicazione della fonte da cui si ricaverebbe la sanzione processuale. In sede di critica, si è evidenziata l'infruttuosità cui conduce la ricerca di un fondamento giuridico all'inutilizzabilità ravvisata dai giudici: esso non sarebbe rinvenibile nell'obbligo imposto dai regolamenti interministeriali (che non costituiscono legge federale e, dunque, non importano alcun obbligo di avvertimento sanzionabile), né in altre disposizioni del codice di procedura penale⁴⁴. L'omesso avvertimento, si conclude, non inficerebbe l'esito della prova.

4.

L'abbrivio delle indagini: acquisizione di un concreto sospetto.

L'indagine preliminare (*Ermittlungsverfahren*) può essere originata da un routinario controllo "a campione" nell'ambito della circolazione stradale, effettuato sulla scorta del § 36 comma 5 *StVO*, norma che consente alla polizia di esaminare chiunque circoli nel traffico stradale, anche in assenza di preventivi sospetti⁴⁵. In questo preludio all'indagine in cui le garanzie della *StPO* non sono ancora attive, la giurisprudenza ritiene che all'interessato non spetti alcun avviso circa il proprio diritto di tacere⁴⁶: Pienamente utilizzabili, dunque, le dichiarazioni rese dal conducente che, in risposta a "domande informative" (*informatiorische Befragung*), ammetta di aver assunto sostanze alcoliche o stupefacenti prima di porsi alla guida del veicolo⁴⁷.

⁴¹ Per il Baden-Württemberg, si veda il regolamento del 29 luglio 1998 (in *Gemeinsames Amtsblatt*, 1998, n. 12, 471), come modificato, da ultimo, in data 17 aprile 2014 (in *Die Justiz*, 2014, 125); lo Schleswig-Holstein si è munito del regolamento 3 novembre 1999 (in *Amtsblatt Schleswig-Holstein*, 1999, n. 41, 636), revisionato in data 15 aprile 2014 (in *Amtsblatt für Schleswig-Holstein*, 2014, 360); nella Renania-Palatinato osserviamo il provvedimento del 13 ottobre 1999, sostituito in data 12 dicembre 2009 (in *Juristische Blätter*, 2009, 150); nella Bassa Sassonia vige ancora quello del 18 ottobre 1999 (in *Niedersächsisches Ministerialblatt*, 1999, n. 38, 755); nel Mecklenburg Vorpommern troviamo quello del 31 agosto 2000 (in *Amtsblatt*, 2000, 1338); nella Renania settentrionale-Vestfalia il regolamento del 15 agosto 2000 (in *Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen*, 2000, 934); nell'Assia quello del 10 gennaio 2000 (in *Staatsanzeiger*, 2000, 455), modificato il 1 gennaio 2012 (in *Staatsanzeiger*, 2012, 1478); per la Sassonia-Anhalt il regolamento del 10 agosto 2000 (in *Sächsisches Amtsblatt*, 2000, n. 32, 645), sostituito il 12 maggio 2005 (in *Ministerialblatt für das Land Sachsen-Anhalt*, 2005, 273); nel Land di Turingen vige il regolamento del 19 settembre 2000 (in *Thüringer Staatsanzeiger*, 2000, 1959).

⁴² W. REISS, *Besteuerungsverfahren und Strafverfahren*, cit., 174 e 176; H.U. PAEFFGEN, *Vorüberlegung zu einer Dogmatik des Untersuchungsfahrs*, Heymann, Köln, 1986, 70; T. VERREL, *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren*, Beck, München, 2001, 77.

⁴³ *Landsgericht Freiburg*, 21 settembre 2009, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2009, 614; *Amtsgericht Frankfurt am Main*, 18 gennaio 2010, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2010, 266; *Amtsgericht Michelstadt*, 22 novembre 2011, *ivi*, 2012, 97. Secondo *Amtsgericht Freiburg*, 23 ottobre 2009, reperibile su *www.juris.de*, sarebbe inservibile financo la prova ematica il cui provvedimento autorizzativo si fondi sull'esito positivo di un *Vortest* non preceduto dall'avvertimento della libertà di non collaborare.

⁴⁴ In tal senso, J. CIERNIAK-G. HERB, *Pflicht zur Belehrung über die Freiwilligkeit der Teilnahme an einer Atemalkoholmessung?*, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2012, 411-412; P. KÖNIG, sub § 24a *StVG*, in P. HENTSCHEL-P. KÖNIG - P. DAUER, *Straßenverkehrsrecht*, Beck, München, 2013, 319.

⁴⁵ Sul punto, in giurisprudenza, *Kammergericht*, 5 giugno 2009, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2010, 422; *Bayerischer Verfassungsgerichtshof*, 7 febbraio 2006, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2006, 1284; *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 5 giugno 1996, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 1996, 458 s.; in letteratura, S. LEGAT, *Rechtliche Grenzen polizeilicher Atemalkoholkontrollen*, in *Blutalkohol*, 1988, 374 s.; P. HENTSCHEL, sub § 36 *StVO*, in *Straßenverkehrsrecht*, cit., 795; M. HETTENBACH-V. KALUS-M. MÖLLER-A. UHLE, *Drogen und Straßenverkehr*, cit., 44; M. LUDOVISY, *Praxis des Straßenverkehrsrecht*, Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis GmbH & Co., Recklinghausen, 2001, 530.

⁴⁶ In questo senso *Oberlandesgericht Celle*, 23 luglio 2012, in *Deutsches Autorecht*, 2012, 644 s. Per un commento alla sentenza, si veda E. TERNIG, *Allgemeine Verkehrskontrolle und konkreter Verdacht einer Ordnungswidrigkeit*, in *Deutsches Autorecht*, 2012, 730 s.

⁴⁷ *Oberlandesgericht Zweibrücken*, 16 agosto 2010, in *Zeitschrift für Schadensrecht*, 2010, 589; *Oberlandesgericht Hamm*, 7 maggio 2009, in *Strafverdingen*, 2010, 5 s.; *Kammergericht*, 5 giugno 2009, cit., 422; *Bayerisches Oberstes Landgericht*, 21 giugno 2003, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2003, 435 s.

L'indirizzo interpretativo sembrerebbe trovare riscontro in un precedente italiano, nel quale la Corte di cassazione ha giudicato utilizzabile la testimonianza *de relato* della polizia giudiziaria sulle dichiarazioni rese da un soggetto che, avendo ammesso la recente assunzione di droghe, si era poi posto alla guida del suo veicolo. Il caso tedesco e quello interno, tuttavia, divergono. Nel primo le domande sono rivolte ad un conducente fermato nella circolazione stradale, nel secondo ad un soggetto che ancora non sta guidando. Secondo i giudici di legittimità, proprio tale circostanza impedisce di definire "indizianti" le parole di quest'ultimo, in quanto formulate in un momento in cui l'accusa della contravvenzione in discorso non si trova neppure allo stato embrionale. Inoltre, si è ritenuto che la testimonianza indiretta della polizia non fosse vietata dall'art. 62 c.p.p., «in quanto dette dichiarazioni [sono] captate al di fuori del procedimento»⁴⁸.

A diversa soluzione si dovrà tuttavia pervenire almeno quando le informazioni autoaccusatorie siano fornite dal guidatore fermato al volante, secondo quell'indirizzo giurisprudenziale che, attraverso l'interpretazione combinata degli artt. 350 comma 7, 62 e 63 comma 1 c.p.p., giudica assoluto e generale il divieto di utilizzabilità (pur limitato al dibattimento) delle dichiarazioni "spontanee" o "sollecitate" rese senza garanzie difensive alla polizia giudiziaria nell'immediatezza del fatto da chi non sia ancora indagato⁴⁹. Né pare a chi scrive che il difetto d'instaurazione di un procedimento penale possa neutralizzare l'azione dell'art. 63 c.p.p., la cui portata dev'essere estesa a maggior ragione ad una fase tanto delicata come quella in cui si acquisisce la notizia di reato.

È proprio dalle incaute ammissioni del guidatore, dunque, che può ottenersi quel "sospetto concreto" che giustifica, nell'ordinamento tedesco, l'invito a sottoporsi agli accertamenti aventi dignità di prova. Altri possibili elementi da cui prende avvio l'indagine sono la percezione dei c.d. indizi sintomatici (alito vinoso, andatura barcollante, eloquio sconnesso), eventualmente dedotti sottoponendo il soggetto a prove di equilibrio (camminare in linea retta, voltarsi, toccarsi il naso, etc.), ovvero l'esito positivo dei c.d. *Vortest*.

Sono, questi, accertamenti di carattere preliminare, privi di rilevanza probatoria: consistono nell'analisi dell'aria espirata⁵⁰ o nell'esame di liquidi biologici quali saliva, sudore, urine. Quanto al *Vortest* spirometrico, si è già detto come non sia preceduto dall'avvertimento della facoltà di non collaborare. Per gli *screening* tossicologici, invece, bisogna distinguere: mentre l'esame del sudore non pone problemi di compatibilità con il principio di libertà dalle autoincriminazioni⁵¹, poiché prelevabile anche attraverso meri rilievi, l'analisi delle urine e della saliva richiede un comportamento attivo del conducente cui si domanda di fornire un campione biologico⁵².

Sul punto, rileva il § 4 delle linee guida adottate con i regolamenti amministrativi sopra citati⁵³, che prevede l'avviso del diritto a non collaborare, nonché quello della possibilità di subire comunque un prelievo ematico; la disposizione, che menziona soltanto il *test* sull'urina, tralasciando quello sulla saliva, anticipa la garanzia dell'avvertimento del diritto di non collaborare ad una fase in cui potrebbe non essere ancora emerso un indizio rilevante, forse in ragione del fatto che l'esito della prova è ritenuto utilizzabile nel giudizio amministrativo, al pari dell'*Atemalkoholtest*.

⁴⁸ Cass. pen., sez. IV, 10 novembre 2009, n. 7270, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2010, 608.

⁴⁹ Cfr. *ex multis* Cass. pen., sez. VI, 17 dicembre 2004, n. 12174, in *Cass. pen.*, 2006, 3287. Per approfondimenti sul punto, si veda per tutti M. CERESA GASTALDO, *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria*, Giappichelli, Torino, 2002, 137 s.

⁵⁰ Solitamente per questi esami preliminari vengono utilizzati il Dräger Alcotest 7410 oppure l'AlcoQuant 6020 (F. HÄCKER, *Die forensische Verwertbarkeit der Atemalkoholanalyse im Straf- und Ordnungswidrigkeitenbereich*, Driesen, Taunusstein, 2009, 23). La strumentazione ha un diverso funzionamento rispetto a quella in uso alle forze dell'ordine italiane: mentre l'esito offerto da quest'ultime è una generica indicazione di assenza, presenza o dubbio circa la presenza di alcool (mediante la colorazione verde, rossa o gialla rilasciata dall'apparecchio), quella tedesca fornisce una misurazione analoga a quella rilasciata dall'etilometro. L'esito non risulta però attendibile sotto il profilo probatorio, non essendo questi *tester* sottoposti a periodici controlli e revisioni al pari dell'etilometro. Sul punto, *Oberlandesgericht Stuttgart*, 13 gennaio 2004, in *Deutsches Autorecht*, 2004, 409; *Oberverwaltungsgericht Magdeburg (Sachsen-Anhalt)*, 12 agosto 2002, in *Blutalkohol*, 2003, 390 s.

⁵¹ H. GEIGER, *Die Voraussetzungen für die Erteilung und die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis*, loc. cit.

⁵² In tal senso, H. JANKER, *Polizeiliche Maßnahmen bei Drogendelikten im Straßenverkehr*, in *Deutsches Autorecht*, 2003, 492. Per il prelievo di urine, nulla *questio* sulla necessaria collaborazione dell'interessato. Il prelievo di saliva, invece, sembra eseguibile in astratto anche in forma coattiva (§ 81a *StPO*). Tuttavia, da un lato occorrerebbero indizi di reato al fine di autorizzare una simile invasione della sfera privata del soggetto, dall'altro, l'esigenza di tutelare la salute dell'individuo - si pensi al rischio di causare lesioni al viso o alla bocca di chi opponga resistenza - impone di ottenere sempre il consenso del soggetto (S. HARBORT, *Rauschmitteleinnahme und Fahrersicherheit*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 1996, 187).

⁵³ Cfr. *retro* nota 41.

Per l'accertamento dell'ebbrezza, l'avviso della facoltà di non prestarsi alla prova del respiro è parimenti dovuto ma, diversamente dagli *screening* tossicologici, all'esame si procede solo dopo aver acquisito il "concreto sospetto" che il guidatore stesse violando una norma penale o amministrativa. Sono, dunque, già attive le garanzie del procedimento penale.

Diversamente da quanto accade per le operazioni sin qui descritte, volte all'acquisizione di quell'indizio minimo affinché il conducente possa dirsi "indagato", infatti, i *test* tossicologici o del respiro rientrano già tra gli atti d'indagine coperti dalle garanzie della *StPO*.

Non è previsto alcun diritto di far presenziare il proprio difensore all'atto⁵⁴.

Una così rilevante difformità rispetto alla procedura applicata in Italia non sembra però riduttiva delle garanzie accordate all'indagato. Da un lato, l'accertamento etilometrico segue in Germania regole procedurali molto più dettagliate rispetto a quelle indicate nel regolamento del codice stradale italiano; dall'altro, la presenza del difensore ad atti delle indagini preliminari è istituito generalmente meno frequente nel diritto germanico, essendo assicurata soltanto con riferimento all'interrogatorio disposto dal giudice (§ 168c *StPO*) o condotto dal pubblico ministero (§ 163a comma 3 e § 168c comma 1 *StPO*)⁵⁵, nonché alle ispezioni del giudice (§ 168d *StPO*). Infine, come si vedrà a breve, l'esito della misurazione non sarà utilizzabile in sede penale.

5.

Analisi dell'alcool nell'aria espirata.

L'unico apparecchio ritenuto abbastanza affidabile da poter produrre una misurazione dotata di credito probatorio nel processo amministrativo è il Dräger Alcotest 7110 Evidential Typ MK III⁵⁶. Prima della sua introduzione, infatti, l'esperienza scientifica aveva lasciato apprezzare l'estrema fallibilità ed imprecisione dei suoi predecessori. Il rilevamento spirometrico veniva dunque utilizzato in ambito forense come mero preludio all'esame del sangue⁵⁷.

L'*alcotest* viene quasi sempre eseguito, anche qualora le misurazioni indicate dai *Vortest* indichino concentrazioni vertiginose di alcool nel respiro che giustificerebbero di per sé sole l'autorizzazione a sottoporre il soggetto al prelievo di sangue⁵⁸. L'esito di questi strumenti è infatti spesso inattendibile ed occorrono elementi certi prima di procedere con un atto tanto invasivo della sfera corporale.

In ogni caso, però, a fronte di un esito positivo dell'esame etilometrico, il prelievo ematico si rivelerà ineludibile in ambito penale. La giurisprudenza, infatti, è pacifica nell'affermare che l'*Atemalkoholtest*, per quanto affidabile nel procedimento volto all'irrogazione della sanzione di cui al § 24a *StVG*⁵⁹, non possa fondare una condanna in sede penale⁶⁰.

⁵⁴ Ciò diversamente da quanto accade in Italia, ove la giurisprudenza ha ritenuto di ricondurre l'esame etilometrico nell'alveo dell'art. 354 c.p.p., con la naturale conseguenza di accordare all'indagato sottoposto all'esame la garanzia posta a corredo della citata norma procedimentale e disciplinata dall'art. 114 disp. att. c.p.p. Cfr., *ex pluribus*, Cass. pen., sez. IV, 21 marzo 2014, n. 17810, www.iusexplorer.it; Cass. pen., sez. IV, 6 dicembre 2013, n. 1208, *ivi*; Cass. pen., sez. IV, 8 maggio 2007, n. 27736, in *C.E.D. Cass. Rv.* 236933; Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2006, n. 10135, in *C.E.D. Cass. Rv.* 233717.

⁵⁵ La facoltà viene estesa, in via interpretativa attraverso il combinato disposto tra i §§ 163a comma 4 e 135 comma 1 *StPO*, anche all'interrogatorio svolto dalla polizia giudiziaria. Per tutti, S. WERNER, *Zur Notwendigkeit der Verteidigeranwesenheit während der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung*, Lang, Frankfurt am Main, 2008, 139 s.

⁵⁶ D'ora innanzi Dräger Alcotest 7110. Si tratta dello strumento di misurazione citato nella legge di riforma del § 24a *StVG* del 27 aprile 1998 (in *Bundesgesetzblatt*, 1998, I, 795), da ultimo modificato in data 28 agosto 2013 (in *Bundesgesetzblatt*, 2013, I, 3313). Anche in Italia viene utilizzata una strumentazione analoga, secondo quanto disposto dal d.m. 196/1990 (cfr. sul punto G. PROTOSPATARO, *Etilometro: com'è fatto*, in *Polizia moderna*, 2008, n. 2; R. GIORGETTI-C. CENTOLA-I. GIACOMINI-F. BRANDIMARTI-A. TAGLIABRACCI, *Alcool etilico nell'aria espirata. Aspetti tossicologico forensi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1444), ma i modelli in uso alle forze dell'ordine sono diversi; tra i principali, oltre al Dräger Alcotest 7110, il Lion Intoxilyzer 8000.

⁵⁷ I primi strumenti quali la "prova del palloncino" (*Prüfbröhrchen*) vennero utilizzati tra gli anni Cinquanta e Ottanta (E. LIGNITZ-H.P. SCHMIEDEBACH, *Zur Entstehungsgeschichte vom »Alcotest«*, in *Blutalkohol*, 2000, 4 s.); furono abbandonati con l'avvento di macchinari elettronici come il Dräger Alcotest 7410, ancora oggi utilizzato come *Vortest*.

⁵⁸ In tal senso, W. FERNER-P. XANKE, *Alkohol und Drogen um Straßenverkehr*, Deubner, Köln, 2006, 5.

⁵⁹ Si vedano *Bundesgerichtshof*, 3 aprile 2001, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, 1952 s.; *Oberlandesgericht Hamm*, 18 giugno 2001, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 101 (2001), 53 s., secondo le quali i valori dell'*alcotest*, se ottenuti nel rispetto delle disposizioni dettate per l'acquisizione della prova, sono attendibili e non abbisognano di ulteriori riscontri per l'applicazione della sanzione amministrativa.

⁶⁰ *Oberlandesgericht Zweibrücken*, 27 settembre 2001, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 102 (2002), 117; *Amtsgericht Klötze*, 25 gennaio 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 178; *Amtsgericht Magdeburg*, 8 marzo 2000, in *Blutalkohol*, 2000, 399; *Amtsgericht Meiningen*, 10 maggio 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 485; *Landgericht Dessau*, 21 agosto 2000, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 538; *Oberlandesgericht Naumburg*, 15 dicembre 2000, in *NSStZ-Rechtsprechungs Report*, 2001, 105 s.; *Amtsgericht Cottbus*, 26 ottobre 1999, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 88.

Non sembra però di avere a che fare con una regola di esclusione paragonabile alla nostra inutilizzabilità – più simile alle *negative Beweisregeln*⁶¹ – ma con un impedimento nell'uso della prova (*Beweisverwertungsverbot*) di fattura giurisprudenziale. La regola di esclusione è parametrata sui requisiti di certezza della prova propri del processo penale e tiene conto dei risultati raggiunti dalla medicina legale, i cui studiosi evidenziano come la temperatura dell'ambiente esterno o del respiro, ovvero ancora il volume dell'aria espirata possano influire sul risultato offerto dall'apparecchio⁶².

Vano il tentativo del legislatore regionale che nel Land del Sachsen-Anhalt era intervenuto⁶³ – proprio nel periodo in cui si andava affermando l'indirizzo giurisprudenziale sopra citato – statuendo che qualora l'etilometro avesse riportato una concentrazione superiore a 0,8 mg/l di alcool nell'aria espirata (parificato ad 1,1 g/l di alcool nel sangue mediante conversione), il giudice penale avrebbe potuto avvalersi di tale dato ai fini della condanna.

Il limite individuato dalla giurisprudenza di legittimità per poter applicare la presunzione di pericolosità alla guida e ritenere accertato l'illecito penale è espresso in relazione alle concentrazioni nel sangue (1,1 g/l), non nell'aria espirata. Ne discende che la necessaria conversione da un'unità di misura all'altra, sottoposta ad inevitabile variabilità⁶⁴, preclude l'accesso alla prova del respiro nel processo penale.

Il punto richiede un breve chiarimento tecnico. Diversamente da quanto avvenuto in Italia, il legislatore tedesco, nell'introdurre la misurazione etilometrica per l'accertamento dell'illecito amministrativo, non ha stabilito un fattore di conversione⁶⁵ che trasformi il livello di alcool nell'aria in un dato analogo indicativo della quantità contenuta nel sangue, ma ha indicato entrambi i valori soglia, nel sangue e nel respiro, onde consentire che la prova possa ottenersi tanto con l'esame spirometrico, quanto con l'analisi ematica.

Per tale ragione, l'*Atemalkoholtest* è utilizzabile in sede amministrativa ma non in ambito penale, poiché apprezzarne gli esiti richiederebbe una previa conversione da un'unità di misura all'altra, la quale, avendo il *Bundesgerichtshof* stabilito la presunzione con riguardo al solo dato di concentrazione sanguigna, è caratterizzata da incertezze considerate inaccettabili nel processo penale.

Non contraddice questo orientamento il fatto che, nel processo amministrativo, il corredo delle procedure poste a presidio dell'acquisizione dell'*Atemalkoholtest* che si analizzerà di seguito ha consentito di definirlo come un "procedimento standardizzato" (*standardisiertes Messverfahren*) attendibile al punto da alleggerire l'onere motivazionale del giudice⁶⁶. Vale, sul punto, un'inversione dell'onere della prova che muove dalla presunzione di correttezza dell'esito probatorio.

L'esame dev'essere svolto nel pieno rispetto delle regole indicate nella perizia dell'Ufficio Federale della Salute (*Gutachten des Bundesgesundheitsamtes*), cui rinvia il legislatore⁶⁷, pena l'inutilizzabilità delle misurazioni in sede processuale. Oltre al già affrontato problema dell'omesso avvertimento circa la facoltà di non collaborare all'atto, si attribuisce particolare peso al rispetto di alcuni imprescindibili presupposti tecnici: una scorretta manutenzione dell'ap-

⁶¹ Per un approccio al problema riguardante le diverse forme di inutilizzabilità nel sistema probatorio tedesco, cfr. R. ORLANDI, *Atti e informazioni*, cit., 61-65. Ulteriori approfondimenti in C. ROXIN-B. SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 2009, 153 s.

⁶² S. HARBORT, *Der Beweiswert der Blutprobe*, Boorberg, Stuttgart, 1994, 195 s.; R. IFFLAND-N. BILZER, *Zweifel an dem beweissicheren Atemalkoholnachweisverfahren mit dem "Alcotest 7110 Evidential"*, in *Deutsches Autorecht*, 1999, 1; R. IFFLAND-W. EISENMENGER-N. BILZER, *Bedenken gegen die Verwertbarkeit des Atemalkoholspiegels in der forensischen Praxis*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1999, 1379 s.; Id., *Gerichtsverwertbarkeit von Atemalkoholmessung*, in *Deutsches Autorecht*, 2000, 9; J. WILKE, *Die "beweissichere Atemalkoholprobe" – Wie beweissicher ist sie?*, *ivi*, 2000, 16.

⁶³ Si veda il regolamento ministeriale del 7 giugno 1999, in *Blutalkohol*, 2000, 171 s.

⁶⁴ *Oberlandesgericht Naumburg*, 5 dicembre 2000, in *NSiZ-Rechtsprechungs Report*, 2001, 105. e *Oberlandesgericht Naumburg*, 29 novembre 2000, in *Zeitschrift für Schadensrecht*, 2001, 135 s.

⁶⁵ In Italia il rapporto di conversione è di 2300:1, ai sensi dell'art. 2.1 dell'allegato al D.M. 22 maggio 1990, n. 196.

⁶⁶ *Oberlandesgericht Dresden*, 3 gennaio 2005, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2005, 328 s.; *Bundesgerichtshof*, 3 aprile 2001, cit.; *Kammergericht Berlin*, 29 gennaio 2001, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, 388 s.; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 12 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2000, 295; *Oberlandesgericht Hamm*, 4 luglio 2000, *ivi*, 2000, 426; *Oberlandesgericht Stuttgart*, 6 luglio 2000, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 99 (2000), 286.

⁶⁷ La riforma del 19 maggio 1995, pubblicata in *Bundestag-Drucksache*, 13/1439, 4, richiama la pubblicazione di G. SCHOKNECHT, *Gutachten zur Prüfung der Beweissicherheit der Atemalkoholanalyse*, in *Unfall- und Sicherheitsforschung Straßenverkehr*, 1992, 3 s., che riporta gli esiti del lavoro redatto dal *Bundesgesundheitsamt*.

parecchio⁶⁸, come anche l'inosservanza delle modalità di espletamento dell'esame indicate nei regolamenti, sono elementi che minano l'attendibilità della prova tanto da considerarla, anche in sede amministrativa, non utilizzabile. Così, l'esito di una misurazione svolta con un apparecchio non correttamente omologato o revisionato sarà in ogni caso inservibile⁶⁹.

La regola di esclusione vale anche per risultati ottenuti in spregio alle disposizioni che presiedono all'acquisizione probatoria⁷⁰. Tre le principali scansioni temporali che connotano l'atto: tempo di attesa, periodo di controllo, intervallo tra le due misurazioni.

Il primo (*Wartezeit*) impone di aspettare almeno venti minuti dopo l'ultima ingestione accertata di alcool da parte del conducente prima di sottoporlo al *test*. La disposizione è volta a consentire l'assorbimento della sostanza nell'organismo ed evitare che il risultato della prova venga falsato da residui di alcool buccale⁷¹. A questo si sovrappone o sostituisce⁷² il secondo (*Kontrollzeit*): dieci minuti durante i quali il guidatore verrà monitorato dalla polizia prima di essere sottoposto all'*alcoltest*, per evitare che agenti esterni quali fumo di sigaretta, uso di *spray* buccali o altre sostanze inficino l'esito della misurazione.

Solo allora sarà esperibile l'accertamento: due insufflazioni consecutive ad una distanza di tempo che può variare dai due ai cinque minuti. Quest'ultima previsione è l'unica in parte analoga a quella contenuta nell'art. 379 d.p.r. 495/1992, se non fosse che la norma italiana prevede un intervallo «di cinque minuti». Diversamente, nessuna disposizione affine a quelle riguardanti i tempi di attesa e di controllo si ravvisa nell'ordinamento interno.

L'inutilizzabilità della prova formata in violazione delle previsioni suddette, ancora una volta, non integra una regola di esclusione giuridicamente stabilita, ma si fonda sul divieto, di creazione giurisprudenziale, di avvalersi, ai fini della decisione, di elementi non dotati di credibilità sufficiente⁷³. Ne costituisce riprova il fatto che qualora le circostanze del caso concreto lo consentano e ciò non interferisca sulla bontà dell'esito probatorio, anche in caso d'inosservanza del *Wartezeit* e del *Kontrollzeit*, la prova può essere apprezzata dal giudice⁷⁴. Ciò avverrà ad esempio quando i valori di concentrazione di alcool nel respiro saranno talmente alti da poter escludere che gli stessi siano stati inficiati dalla mancata osservanza delle regole procedurali.

Nell'ordinamento italiano, la giurisprudenza chiamata a fare i conti con casi d'inosservanza della regola che richiede un intervallo di cinque minuti tra le due prove ha giudicato comunque affidabili gli esiti anche qualora la distanza tra le due misurazioni superi il tempo indicato: si tratterebbe, infatti, di un periodo di attesa "minimo"⁷⁵. Nessuna perplessità suscita l'inosservanza del *Wartezeit* e del *Kontrollzeit*, pure richiesti dalle scienze positive, non essen-

⁶⁸ Come il nostro etilometro, anche quello tedesco viene sottoposto ad una procedura di omologazione e taratura, che trova disciplina nel § 3 I n. 4 della *Eichordnung* (regolamento di taratura), introdotta il 12 agosto 1988 (in *Bundesgesetzblatt*, 1988, I, 1657 s.), e modificata da ultimo in data 6 giugno 2011 (in *Bundesgesetzblatt*, 2011, I, 1035). Secondo la normativa, la revisione dello strumento dev'essere effettuata ogni sei mesi.

⁶⁹ *Oberlandesgericht Dresden*, 25 gennaio 2008, in *Neue Justiz*, 2008, 275. In dottrina, per tutti, K.R. MAATZ, *Forensische Verwertbarkeit und Konsequenzen aus der AAK-Entscheidung des BGH*, in *Blutalkohol*, 2002, 31.

⁷⁰ *Oberlandesgericht Bamberg*, 21 agosto 2009, in *Blutalkohol*, 2010, 134 s.; *Amtsgericht Plön*, 3 settembre 2007, in *Deutsches Autorecht*, 2008, 408; *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 5 maggio 2006, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 1988; *Oberlandesgericht Dresden*, 8 febbraio 2005, in *Blutalkohol*, 2006, 404 s.; *Oberlandesgericht Thüringer*, 1 settembre 2005, in *Deutsches Autorecht*, 2005, 225; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 2 novembre 2004, in *Deutsches Autorecht*, 2005, 40; *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 19 aprile 2004, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 2004, 52; *Oberlandesgericht Dresden*, 10 dicembre 2003, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, 352 s.; *Oberlandesgericht Celle*, 8 marzo 2003, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2004, 318.

⁷¹ Il tempo di attesa consente che nell'organismo si fissi un rapporto proporzionale tra la quantità di alcool nel sangue e quella nel respiro. Il funzionamento è, in estrema sintesi, il seguente: l'alcool entrato in circolo mediante ingestione viene assorbito dal sangue attraverso le pareti dello stomaco; da qui giunge ai capillari presenti negli alveoli per essere espulso attraverso i polmoni in fase di espirazione.

⁷² La sovrapposizione si avrà ogniqualvolta non sia possibile stabilire con certezza se il soggetto abbia bevuto da meno di venti minuti; in tal caso, tempo di attesa e tempo di controllo coincideranno in parte. Diversamente accadrà qualora vi sia la ragionevole certezza che il conducente non abbia assunto alcolici da oltre venti minuti; eliso il tempo di attesa - già decorso prima dell'intervento della polizia -, resta impregiudicato quello di controllo, volto ad evitare contaminazioni nell'esame alcolimetrico. In questo senso, W. FERNER-P. XANKE, *Alkohol und Drogen im Straßenverkehr*, cit., 12.

⁷³ Ritiene che l'istituto di matrice giurisprudenziale sia un diretto precipitato del principio di cui al § 261 *StPO*, che vuole il giudice libero di formare il suo convincimento P. KÖNIG, *Aktuelle obergerichtliche Rechtsprechung zum Verkehrsstraf- und -ordnungswidrigkeitenrecht*, in *Deutsches Autorecht*, 2014, 374 s.

⁷⁴ *Oberlandesgericht Saarbrücken*, 22 aprile 2013, in *Blutalkohol*, 2013, 295; *Oberlandesgericht Hamm*, 15 ottobre 2009, in *Blutalkohol*, 2010, 37 s.; *Amtsgericht Schwelm*, 23 giugno 2009, in *Blutalkohol*, 2010, 37 s.; *Oberlandesgericht Bamberg*, 27 novembre 2007, in *Blutalkohol*, 2008, 197 s.; *Oberlandesgericht Hamm*, 24 agosto 2006, in *Verkehrsrecht aktuell*, 2007, 35; *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 5 maggio 2006, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2006, 1988. Aperture alla possibilità di ritenere comunque la prova così irregolarmente formata come utilizzabile si devono a *Bayrisches Oberlandesgericht*, 2 novembre 2004, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, 232; *Oberlandesgericht Dresden*, 10 dicembre 2003, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, 352.

⁷⁵ In tal senso, Cass. pen., sez. IV, 12 giugno 2014, n. 29892, in *www.iusexplorer.it*; Cass. pen., sez. IV, 15 ottobre 2013, n. 48531, *ivi*.

dovi traduzione normativa di tali buone regole.

Concluso l'iter acquisitivo delle due misurazioni appena descritto, l'apparecchio fornisce un risultato.

Mentre lo strumento italiano rilascia tanti "scontrini" quante singole prove vengono svolte, imprimendovi i relativi valori analizzati, quello tedesco offre un'unica stampa esterna, che riporta la media aritmetica dei due valori ottenuti mediante le due espirazioni, arrotondata al terzo decimale. Gli esiti dei rilevamenti restano invece impressi su stampe che la macchina trattiene al suo interno⁷⁶.

Di fronte al quesito se, ai fini della decisione, il magistrato debba tenere conto del solo "scontrino esterno", ovvero valutare anche quelli interni, è prevalsa la prima soluzione⁷⁷. Duplica la legittimazione all'uso della prova così formata: la prima, di carattere normativo, deriva dall'introduzione di questa modalità di acquisizione della prova per l'accertamento dell'illecito di cui al § 24a StVG⁷⁸; la seconda, di natura giurisprudenziale, muove dalle considerazioni svolte nel 2001 dal *Bundesgerichtshof*, allorquando approvò l'utilizzo probatorio dell'*Atemalkoholtest* nel processo amministrativo, con piena coscienza delle modalità di funzionamento del dispositivo⁷⁹.

6. Il prelievo di sangue.

Già si è anticipato molto sulla centralità della prova offerta dall'analisi ematica, con riferimento alla verifica dell'ebbrezza. Anche per indagare la presenza attuale di droghe nell'organismo del guidatore si richiede sempre un esame del sangue⁸⁰. L'esito positivo degli *screening* tossicologici è prova monca, che dimostra soltanto l'assunzione di droghe, mentre ne tace i tempi, che potrebbero essere anche lontani giorni o settimane⁸¹. Parimenti escluse altre modalità di accertamento del fatto, dalla confessione, alla testimonianza, ai *test* immunologici⁸².

Le modalità di acquisizione del campione ematico, disciplinate dal § 81a StPO, si discostano non poco da quelle di cui agli artt. 359-bis e 224-bis c.p.p., norme che costituiscono il corrispondente italiano più simile alla fattispecie tedesca.

Lo strumento probatorio, affidato di regola al giudice, conosce modalità acquisitive di diversa estensione quando ricorrano situazioni d'urgenza investigativa. Il codice di rito italiano limita al solo pubblico ministero il potere di disporre l'atto quando l'acquisizione della pro-

⁷⁶ Gli "scontrini" interni riportano le generalità del soggetto, l'orario, i dati tecnici dell'espirazione (quali volume d'aria, tempo impiegato per il soffio, temperatura dell'aria espirata). Cfr. J. LAGOS, *Dräger Alcotest 7110 Evidential - das Meßgerät zur gerichtswertbaren Atemalkoholanalyse in Deutschland*, in *Blutalkohol*, 2000, 77 s.

⁷⁷ *Oberlandesgericht Bamberg*, 24 maggio 2012, in *Blutalkohol*, 2012, 265 s.; *Oberlandesgericht Bamberg*, 14 luglio 2006, in *Deutsches Autorecht*, 2007, 92 s.; *Oberlandesgericht Dresden*, 3 gennaio 2005, in *Deutsches Autorecht*, 2005, 224 s.; *Oberlandesgericht Hamm*, 13 settembre 2004, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 107 (2004), 386; *Oberlandesgericht Köln*, 5 gennaio 2001, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, 137; *Oberlandesgericht Stuttgart*, 6 luglio 2000, in *Verkehrsrecht-Sammlung*, 99 (2000), 286. *Contra*, *Oberlandesgericht Hamm*, 14 novembre 2005 in *Deutsches Autorecht*, 2006, 339; *Oberlandesgericht Brandenburg*, 10 marzo 2004, in *Deutsches Autorecht*, 2004, 658; *Oberlandesgericht Celle*, 24 febbraio 2004, in *Blutalkohol*, 2004, 465 s.; *Oberlandesgericht Köln*, 5 gennaio 2001, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, 137; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 5 giugno 2001, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2001, 3138; *Bayerisches Oberstes Landesgericht*, 12 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2000, 295.

⁷⁸ Peraltro, in queste pronunce si rammenta che l'introduzione normativa della possibilità di misurare il tasso alcolemico mediante strumentazione atta a captarne le tracce nell'aria espirata è avvenuta solo successivamente alla modifica del *software* dei Dräger Alcotest 7110, resasi necessaria in ragione delle considerazioni svolte dal *Bundesgerichtshof* nella pronuncia del 13 aprile 1978 (in *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen* 28 (1978), 1 s.), che non riteneva le modalità di funzionamento allora adottate dalla casa produttrice idonee a fornire un mezzo di prova processualmente utilizzabile.

⁷⁹ *Bundesgerichtshof*, 3 aprile 2001, cit.

⁸⁰ In giurisprudenza si è affermata l'ineludibilità di questo mezzo di prova per accertare tanto l'illecito penale quanto quello amministrativo. Si vedano, sul punto, *Amtsgericht Saalfeld*, 11 febbraio 2003, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004, 49; *Oberlandesgericht Hamm*, 9 maggio 2000, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2001, 484. Analogamente, in dottrina, ritengono che l'unica prova "certa" della presenza di droghe nell'organismo sia l'analisi del sangue W. FERNER-P. XANKE, *Alkohol und Drogen im Straßenverkehr*, cit., 244; P. KÖNIG, sub § 24a StVG, cit., 323; C. KRUMM, *Bußgeldverfahren nach Drogenfahrt*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2011, 1260; H. SCHÖCH, *Präventive Verkehrskontrollmaßnahmen*, cit. 175; S. SIGRIST, *Drogenschnelltest im Straßenverkehr*, in *Kriminalistik*, 1996, 676; W. SCHUBERT-W. SCHNEIDER-W. EISENMENGER-E. STEPHAN, *Begutachtungs-Leitlinien zur Kraftfahrereignung. Kommentar*, Kirschbaum Verlag, Bonn, II ed., 2005, 183.

⁸¹ L'esame delle urine si dimostra inidoneo ad accertare l'attualità dell'alterazione, in quanto può rilevare tracce di sostanza assunta giorni o settimane prima; l'analisi dei capelli, poi, individua residui vecchi di mesi. Cfr. R. FROLDI, *Lezioni di tossicologia forense*, V ed., Giappichelli, Torino, 2011, 111.

⁸² In tal senso, P. KÖNIG, sub § 24a StVG, cit., 323; C. KRUMM, *Bußgeldverfahren nach Drogenfahrt*, cit., 1259.

va non appaia rinviabile⁸³, sottomettendone la validità alla tempestiva convalida del giudice. Quello tedesco detta una procedura più snella: a fronte di un pericolo per la prosecuzione delle indagini dovuto al ritardo nell'attesa dell'intervento del giudice, la facoltà di disporre il prelievo spetta, oltre che al magistrato inquirente, anche alla polizia giudiziaria⁸⁴; non è prevista convalida⁸⁵.

Non si stenta ad immaginare in che modo le circostanze che solitamente connotano l'accertamento dei reati in discorso⁸⁶ abbiano inciso favorendo, nella prassi, un vero e proprio ribaltamento dei rapporti tra norma ed eccezione: è quasi sempre la polizia a disporre il prelievo, talvolta il magistrato inquirente, di rado il giudice⁸⁷. La sistematica anomalia, denunciata nelle aule giudiziarie, è giunta al banco dalla Corte costituzionale tedesca per ben tre volte⁸⁸.

Con le prime due pronunce di rigetto, il *Bundesverfassungsgericht*, pur non ravvisando nel § 81a *StPO* una violazione della riserva di giurisdizione⁸⁹, ha ritenuto di fornire un'interpretazione adeguatrice della norma: nessuna violazione della *Richtervorbehalt* potrà ravvisarsi allorché la polizia, prima di disporre il prelievo in via autonoma, tenti di contattare un giudice o, in subordine, un pubblico ministero. La prova così ottenuta resta utilizzabile⁹⁰.

Ma il fisiologico intensificarsi dei controlli stradali durante le ore notturne e nei fine settimana complica la ricerca di un giudice che autorizzi l'atto. Per ovviare al problema, in taluni Länder si sfrutta il "servizio di reperibilità" dei magistrati previsto anche al di fuori dell'orario lavorativo, ma il rimedio non è dato ovunque. Laddove manchi e la polizia, per ragioni di urgenza investigativa, acquisisca comunque la prova, ci si è domandati se la circostanza integri violazione della riserva di giurisdizione e possa condurre ad un divieto di utilizzo della prova formata in assenza di un ordine del giudice⁹¹.

La risposta del *Bundesverfassungsgericht* è stata ancora una volta negativa. La Corte ha infatti chiarito che, diversamente dalle perquisizioni nel domicilio e dalle limitazioni della libertà personale intese quali misure cautelari o precautelari, le intrusioni nella sfera corporale dell'individuo come il prelievo ematico non sono espressamente menzionate dal *Grundgesetz*, ma trovano tutela nel combinato disposto tra l'art. 2 comma 2 e l'art. 3 della Carta fondamentale, i quali, tuttavia, non prevedono alcuna riserva di giurisdizione⁹². Pertanto, non può imporsi ad ogni Land di dotarsi di un sistema di reperibilità dei magistrati volto a consentire alla polizia di ottenere autorizzazione da parte del giudice, ovvero in subordine del pubblico ministero, a procedere al prelievo ematico. La *Richtervorbehalt* trova previsione unicamente codicistica (§ 81a *StPO*), pertanto spetterà al magistrato procedente valutare, caso per caso, se la sua inosservanza sia idonea a determinare l'inutilizzabilità della prova.

Le tutele assicurate dalla Corte costituzionale alla riserva di giurisdizione sono parse eccessive a taluni. La diffusa insofferenza dovuta alla mancanza di una disposizione che consenta

⁸³ Più precisamente, la norma pretende la sussistenza di un «fondato motivo di ritenere che dal ritardo possa derivare grave o irreparabile pregiudizio alle indagini». Sul significato da attribuire alle due espressioni, infelicitemente separate dalla congiunzione disgiuntiva "o", si veda A. CAMON, *La disciplina delle indagini genetiche*, in *Cass. pen.*, 2014, 1439.

⁸⁴ Il codice si riferisce alle *Ermittlungspersonen*, intendendo gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria appartenenti all'ufficio dello *Staatsanwalt*, ai sensi del § 152 *Gerichtsverfassungsgesetz*.

⁸⁵ In tal senso anche R. ORLANDI-G. PAPPALARDO, *L'indagine genetica nel processo penale germanico: osservazioni sulla recente riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 764.

⁸⁶ Per lo più di notte e con stretti tempi d'azione, pena l'inattendibilità degli esiti tardivi.

⁸⁷ In tal senso, C. KRUMM, *Richtervorbehalt bei der Blutprobe: Weg damit!*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2009, 71.

⁸⁸ *Bundesverfassungsgericht*, 12 febbraio 2007, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 1345 s.; *Bundesverfassungsgericht*, 24 luglio 2010, *ivi*, 2010, 2864 s.; *Bundesverfassungsgericht*, 24 febbraio 2011, in *Fachdienst Straßenverkehrsrecht*, 2011, n. 315633.

⁸⁹ Il principio non ha natura costituzionale; la precedenza del giudice su pubblico ministero e polizia giudiziaria deriva unicamente dalla previsione codicistica del § 81a *StPO*. In questo senso, *Bundesverfassungsgericht*, 24 febbraio 2011, *cit*.

⁹⁰ Alla violazione della riserva di giurisdizione segue un *Beweisverwertungsverbot*. In questo senso, anche se con riferimento alle perquisizioni nel domicilio, *Bundesgerichtshof*, 18 aprile 2007, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 2269.

⁹¹ Risponde positivamente *Oberlandesgericht Celle*, 11 agosto 2010, in *Strafverteidiger*, 2011, 82 s. Secondo tale pronuncia, la lesione del principio di giurisdizione si ricaverebbe dall'applicazione analogica al caso del § 81a *StPO* di quanto già statuito dalla Corte costituzionale per il § 104 comma 3 *StPO*, in tema di perquisizioni notturne nel domicilio (*Bundesverfassungsgericht*, 10 dicembre 2003, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2004, 1442; *Bundesverfassungsgericht*, 28 settembre 2006, *ivi*, 2007, 1444). In quel caso, affinché fosse correttamente svolta la perquisizione, si pretendeva che la riserva di giurisdizione fosse rispettata nella prassi attraverso un servizio di reperibilità dei magistrati durante il giorno (*Tagzeit*), anche nel fine settimana e nei giorni festivi. Applicando alla lettera il principio ivi affermato, dunque, non violerebbe la riserva di giurisdizione quel prelievo disposto in via autonoma dalla polizia in orario notturno, non essendo stabilita la necessità di assicurare un servizio di reperibilità dei magistrati in quegli orari (*Oberlandesgericht Celle*, 15 luglio 2010, in *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht*, 2011, 46 s.).

⁹² *Bundesverfassungsgericht*, 24 febbraio 2011, *cit*. Nello stesso senso, in tempi più recenti, *Landsgericht Düsseldorf*, 24 luglio 2014, in *Redaktion beck-aktuell*, n. 1033728.

l'intervento autonomo e diretto della polizia ha condotto alla presentazione di un disegno di legge⁹³. La proposta di modifica del § 81a *StPO* attribuirebbe alle *Ermittlungspersonen*, qualora si proceda per illeciti che necessitino accertamenti tempestivi come quelli in argomento, la facoltà di ordinare immediatamente un prelievo ematico. La soluzione ovvierebbe all'attuale esigenza di attendere la previa autorizzazione del magistrato giudicante o inquirente, ciò che allo stato ritarda inevitabilmente l'acquisizione della prova, rendendone meno affidabili gli esiti⁹⁴.

7.

Prospettive interne.

Le riflessioni stimulate dal raffronto con il sistema tedesco possono essere svolte su due direttrici. La prima attiene alle regole di esclusione e valutazione della prova ottenuta mediante etilometro; la seconda si sviluppa dall'osservazione del diritto a non collaborare con l'autorità accordato al conducente.

Quanto alle questioni valutative, nel panorama italiano non è dato riscontrare una consapevolezza scientifica analoga a quella mostrata dai giudici tedeschi. Anche se recentemente si apprezzano timide aperture verso un più prudente apprezzamento della prova⁹⁵, nella maggioranza dei casi all'*alcoltest* viene ancora attribuito un valore rafforzato⁹⁶, analogamente a quanto avviene nel *Bußgeldverfahren*. La circostanza lascia perplessi: nel processo penale dovrebbero valere *standard* probatori più elevati rispetto a quelli ritenuti sufficienti in un rito amministrativo.

Eppure i limiti che connotano l'accertamento sul respiro svolto in Italia superano quelli dell'*Atemalkoholtest*⁹⁷. Mentre l'etilometro tedesco misura la sola concentrazione di alcool nell'aria alveolare espirata (elemento sufficiente, posto che il relativo valore di soglia è specificamente indicato nel § 24a *StVG*) quello italiano trasforma il dato direttamente nel corrispondente quantitativo di alcool nel sangue, attraverso un fattore di conversione standardizzato. Ciò appare necessario in ragione del fatto che l'art. 186 c.d.s. indica solo i livelli di presenza della sostanza nel sangue e non anche quelli nel respiro.

La scelta legislativa non ha mancato di suscitare critiche. La trasformazione massificata da un'unità di misura all'altra sarebbe arbitraria, poiché non tiene conto dell'oscillazione derivante da fattori fisiologici (come il sesso, l'età, la corporatura, il patrimonio genetico, l'utilizzo

⁹³ Presentato il 15 dicembre 2010, è pubblicato in *Deutscher Bundestag Drucksachen*, 17/4232. La modifica prospettata toccherebbe i §§81a *StPO* e 46 *OWiG*. Nel primo si introdurrebbe la disposizione per cui «un provvedimento giudiziale non occorre nei casi di cui ai §§ 315a, 315c, 316 *StGB*, quando serve un'analisi ematica per la prova della presenza nel sangue di alcool, consumo di droghe o farmaci, come anche ai sensi del § 98 comma 2 cpv» (intendendosi con il richiamo al § 98 *StPO* riferirsi alla disciplina del sequestro); nel secondo si renderebbe valida la disposizione processuale anche al fine di accertare la corrispondente fattispecie amministrativa. Sul punto, R. BAUSCH, *Vorschlag Richtervorbehalt bei der Blutproben*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2012, 79 s.; B.A.D.S.: *Blutentnahme ohne richtliche Anordnung der richtige Weg*, in *Blutalkohol*, 2013, 286; J. KONRAD, *Plädoyer für einen beschränkten Verzicht auf den Richtervorbehalt bzgl. der Entscheidung, ob eine Blutentnahmen gemäß § 81a StPO erfolgen darf*, *ivi*, 2014, 58 s.

⁹⁴ Sulla necessità che il prelievo ematico sia effettuato nel più breve termine rispetto alla commissione del fatto, *ex multis*, G- ROCHHOLZ-H.J. KAATSCH, *Gefahr im Verzug! Notwendigkeit einer zeitnahen Blutentnahme bei Straßenverkehrsdelikten*, in *Blutalkohol*, 2011, 129 s.

⁹⁵ Attualmente constano isolati interventi nella giurisprudenza di merito che hanno messo in discussione l'attendibilità della prova raggiunta tramite l'accertamento spirometrico, rilevando come sia talvolta auspicabile l'acquisizione di una perizia medico-legale che guidi il giudice nella sua valutazione (Trib. Terni, 1 giugno 2012, in www.iusexplorer.it; C. App. Trieste, 2 febbraio 2011, in www.leggiditalia.it; Trib. Rovigo, 22 ottobre 2009, *ivi*; Giudice di pace Ancona, 25 settembre 2009, *inedita*). Anche in letteratura si è espressa perplessità circa l'attendibilità del test spirometrico; cfr. R. DIES, *La nuova disciplina della guida in stato di ebbrezza. Problemi interpretativi e di accertamento in concreto*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 987, secondo cui «la misurazione dell'etilometro [non] è una prova, come troppo spesso si ritiene in ambienti giudiziari, irrefutabile»; D. POTETTI, *Procedure per l'accertamento dell'ebbrezza (art. 186 c. strad.)*, *ivi*, 2008, 3839-3840; P. RIVELLO, *Tecniche scientifiche e processo penale*, in *Cass. pen.*, 2013, 1701.

⁹⁶ Vale una sorta di presunzione di affidabilità all'etilometro. Spetta infatti alla difesa dell'imputato l'onere di provare difetti nella strumentazione o altri elementi capaci di compromettere il buon esito della prova: *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 27 novembre 2013, n. 4967, in *Dir. e giust.*, 31 gennaio 2014; Cass. pen., sez. IV, 10 maggio 2012, n. 22048, in *Guida al dir.*, 2012, 33-34, 78 (s.m.); Cass. pen., sez. IV, 4 ottobre 2011, n. 42084, in *Cass. pen.*, 2012, 3542; Cass. pen., sez. IV, 29 settembre 2009, n. 41846, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2010, 538; Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio 2008, n. 8591, in *Cass. pen.*, 2008, 3831 (s.m.); Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2004, n. 45070, in *Arch. giur. circ. e sin.*, 2006, 279.

⁹⁷ Molteplici gli scritti di medicina-legale che denunciano le criticità della prova in questione. Si vedano R. GIORGETTI-M. MONTISCI-F. CASTAGNA-M. GENNARI-S.D. FERRARA, *op. cit.*, 1481; P. FRATI-R. FROLDI-G. TASSONI-M. ZAMPI, *Considerazioni medico-legali sulle modifiche apportate all'art. 186 C.d.S.*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 235; M. CINGOLANI-P. FRATI-R. FROLDI, *Qualche ulteriore considerazione giuridica e tecnico-applicativa in tema di accertamenti previsti per alcool e stupefacenti dagli artt. 186 e 187 del codice della strada*, in *Zacchia*, 2000, n. 18, 75; O. CRIPPA-A. GROPPA-P. PAPA, *In tema di alcool nell'espirato: possibili problemi derivanti dall'impiego di calibratori commerciali*, in *Arch. med. leg. ass.*, 1990, 107 s.; M. BERNINI, F. DE FERRARI-R. FROLDI-V. GAMBARO-S. PEDROTTI-R. NEDROTTI, *Alcoolimetria nel sangue e nell'aria espirata: confronto tra diverse metodiche*, in *Arch. med. leg. ass.*, 1988, 380; L. COSTAMAGNA-S. DEZZI-N. VOCI, *Alcool e idoneità alla guida: comparazione tra valori ematici reali e valori teorici desunti dall'esame dell'aria espirata*, in *Zacchia*, 1989, 91.

abituale o saltuario) e patologici (quali ipotermia, ipertermia, diabete, reflusso gastro-esofageo) che richiederebbero un indice di trasformazione personalizzato per ciascun individuo⁹⁸.

Trascurando tale fondamentale aspetto dell'accertamento, si finisce per delegare ad una scienza dichiaratamente imperfetta il compito di valutare la prova, che dovrebbe essere proprio del giudicante. Sembra, questa, una delle circostanze in cui la «deferenza»⁹⁹ dei magistrati di fronte a metodologie basate sul sapere scientifico rischia di aprire la strada ad elementi probatori dall'attendibilità dubbia¹⁰⁰.

Quali, allora, le possibili soluzioni?

Non v'è dubbio che l'ordinamento interno precluda la possibilità di creare una generale regola di esclusione della prova, in assenza di una precipua indicazione legislativa¹⁰¹, ma le criticità poste dall'esame spirometrico non possono essere ignorate ed impongono al giudice un preliminare vaglio circa la sua idoneità ad assicurare l'accertamento del fatto.

Sarebbe sufficiente, invero, attribuire all'esito del *test* la natura che maggiormente gli si confà, quella di prova critica¹⁰²: basata su una doppia presunzione¹⁰³, la verifica in discorso non fornisce infatti una rappresentazione diretta del fatto da accertare – il tasso alcolemico nel sangue – ma lo ricostruisce per deduzione, attraverso un elemento – il quantitativo nell'aria espirata – da cui la prova dell'ebbrezza è ricavabile soltanto in via indiretta¹⁰⁴. Ne segue che, al pari di quanto già avviene in tema di intossicazione da droghe¹⁰⁵, anche per ritenere accertata l'ebbrezza l'esito probatorio scientifico dovrebbe accompagnarsi al conforto della verifica sintomatica, ovvero di un parere peritale che getti luce sul margine di errore della misurazione nel caso concreto¹⁰⁶.

Conclusioni analoghe valgono a maggior ragione quando alla formazione della prova si sia proceduto con modalità non ortodosse, intervallando le due acquisizioni con tempi che si discostino parecchio rispetto a quelli previsti dalla norma o non prestando attenzione alla necessità di attendere dai dieci ai venti minuti prima di sottoporre il guidatore al *test*. Sono, queste, regole di fondamentale importanza ai fini dell'attendibilità dell'esame, ancorché non previste dall'art. 379 d.p.r. 495/92, e delle quali sarebbe auspicabile l'introduzione.

Quanto al riconoscimento del diritto contro le autoincriminazioni nei confronti del conducente sottoposto ai controlli stradali, l'esempio tedesco induce a chiedersi se sia consentito sanzionare l'atteggiamento autodifensivo di chi rifiuti di cooperare con l'autorità nella forma-

⁹⁸ P. FRATI-R. FROLDI-G. TASSONI-M. ZAMPI, *op. cit.*, 235, secondo i quali «aver standardizzato il rapporto di conversione, uniformandolo ad ogni soggetto, indistintamente dalle caratteristiche individuali e dalle possibili variabili soggettive, potrebbe non apparire in linea con il limite, necessariamente tassativo, indicato dal legislatore per la guida in stato di ebbrezza da alcool»; s'impone la necessità, secondo gli autori, di adottare «una riserva di legge che risolva, una volta per tutte, il problema del prelievo ematico coattivo, così da poter utilizzare il sangue come campione di elezione, anche in virtù del fatto che le attuali indagini hanno solo valenza presuntiva e quindi una limitata utilizzabilità probatoria» (*ibidem*, 239).

⁹⁹ In questi termini, con riferimento, *mutatis mutandi*, all'atteggiamento dei giudici nella valutazione della prova genetica, B. GALGANI, *Un test di elevata "scientificità" e un inedito banco di prova per la "civiltà" del processo*, in M. CHIAVARIO (a cura di), *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi diversi a confronto*, Giappichelli, Torino, 2006, 43.

¹⁰⁰ Sul punto, *ex multis*, G. UBERTIS, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in *Ind. pen.*, 2006, 504.

¹⁰¹ In questo senso, M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, Torino, 2009, 21.

¹⁰² Sono critiche, come noto, le prove che pretendono una valutazione inferenziale da parte del giudice. Il fatto da accertare sarà così provato «solo attraverso un'operazione mentale di tipo induttivo, fondata sulle regole della logica o su massime di esperienza» (così, V. GREVI (agg. curato da G. ILLUMINATI), *Prove*, in AA.VV., *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO-V. GREVI, V ed., Cedam, Padova, 2012, 311).

¹⁰³ Cfr. P. FRATI-R. FROLDI-G. TASSONI-M. ZAMPI, *op. loc. cit.*, secondo cui «l'accertamento strumentale previsto dall'art. 186 è legato ad una doppia presunzione, la prima basata sul presupposto che esista una correlazione tra l'alcool contenuto nel sangue e quello presente nel campione di aria alveolare espirata, la seconda sul fatto che la concentrazione rilevata sia idonea a provocare uno stato di ebbrezza».

¹⁰⁴ In questo senso anche A. ALIBRANDI, *Cenni sul reato di guida in stato di ebbrezza*, in *Arch. giur. circ.*, 1991, 450, secondo cui il reato di guida in stato di ebbrezza conosce una metodologia di accertamento diretta ed altre indirette: «la prima è costituita dai dosaggi analitici sul sangue a seguito di prelievo ematico; le seconde si basano sul dosaggio dell'alcool presente nell'aria alveolare espirata».

¹⁰⁵ Secondo un costante orientamento della giurisprudenza di legittimità, oltre alla presenza di sostanze stupefacenti nei fluidi biologici accertata mediante analisi tossicologiche, per la prova del reato di cui all'art. 187 c.d.s. occorrono elementi ulteriori dai quali dedurre l'attualità dell'alterazione del conducente. Cfr., *ex pluribus*, Cass. pen., sez. IV, 15 maggio 2013, n. 39160, in *Cass. pen.*, 2014, 2296; Cass. pen., sez. IV, 10 aprile 2012, n. 2762, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2013, 371.

¹⁰⁶ Allarmante, infatti, il dato emerso in alcune pubblicazioni scientifiche, secondo cui il livello di fallibilità raggiungerebbe, nella misurazione dei valori più bassi, oltre il 27%. Si vedano R. GIORGETTI-M. MONTISCI-F. CASTAGNA-M. GENNARI-S.D. FERRARA, *Alcol etilico nell'aria espirata. Comparazione BrAC/BAC in una popolazione di conducenti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2002, 1493 s.; R. GIORGETTI-C. CENTOLA-I. GIACOMINI-F. BRANDIMARTI-A. TAGLIABRACCI, *op. loc. cit.*

zione di una prova *contra se*¹⁰⁷ e se nel nostro ordinamento siano attuabili soluzioni simili a quelle adottate in Germania.

Indubbiamente l'eliminazione della sanzione contro il rifiuto offrirebbe piena garanzia alla più ampia tutela del diritto a non autoincriminarsi, estendendolo non solo alle prove dichiarative ma anche alla libertà di non collaborare attraverso comportamenti e azioni alla raccolta di prove a proprio carico¹⁰⁸. Tuttavia, la scelta legislativa non appare formalmente illegittima: giustificata della vaghezza dei confini che sconta il *nemo tenetur se detegere*¹⁰⁹, essa sembra destinata a trovare futuro avallo nella recente proposta di direttiva europea in tema di presunzione d'innocenza¹¹⁰.

La questione è stata affrontata superficialmente nella giurisprudenza domestica¹¹¹. L'unico precedente che consta sul punto non offre spunti per un'approfondita riflessione sul tema. «L'asserita violazione del diritto di difesa» sarebbe «una petizione di principio», afferma la Corte; si ravvisa, infatti, «una vera e propria contraddizione» nel «dedurre di sentirsi obbligato ad opporre il rifiuto, perché non si è alla guida di un veicolo sotto l'effetto di sostanze stupefacenti, non sussistendo in tal caso l'addotta necessità di contravvenire all'invito legittimamente rivolto dall'autorità»¹¹².

Il ragionamento sembra pericolosamente trasferibile alla sfera delle prove dichiarative: *mutatis mutandi*, potremmo dire che nessun diritto al silenzio va concesso a chi si professi innocente; la collaborazione con l'autorità inquirente, infatti, non può che giovargli. Hanno toni da sistema inquisitorio le parole dei supremi giudici, i quali concludono affermando che la collaborazione all'accertamento conviene in ogni caso allo stesso indagato: egli in tal modo fornisce al giudice gli elementi necessari ai fini della quantificazione della pena.

Ad avviso di chi scrive, relegare l'operatività del principio alle sole prove partorite dall'intimità dell'imputato, quali dichiarazioni o scritti suoi propri, come sembra suggerire la proposta di direttiva sulla presunzione d'innocenza, rischia di comprimere sensibilmente la sfera difensiva. Si apre la via ad obblighi di cooperazione potenzialmente illimitati, che potrebbero prevedere sanzioni per l'imputato che, ad esempio, rifiuti di compiere gesti o produrre suoni necessari a fini ricognitivi o nell'ambito di un esperimento giudiziale, ovvero non intenda fornire un proprio campione grafologico o vocale¹¹³.

Ipotizzando dunque un'estensione delle garanzie, resta da vedere se la libertà di rifiutare il test etilometrico ovvero gli *screening* tossicologici che richiedono un *facere* del sospettato sia soluzione processualmente praticabile.

De iure condito, la risposta appare negativa. L'assenza di un'esplicita previsione nell'art. 359-bis c.p.p. che consenta alla polizia giudiziaria di disporre il prelievo ematico, in situazioni d'emergenza e pericolo per le indagini, esclude di poter ottenere per tale via la prova dello

¹⁰⁷ Sul punto, tra gli altri, G. BUTTARELLI, *Le nuove modalità di accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza tra prove legali e diritto di difesa*, in *Cass. pen.*, 1990, 2240; A. ZORZI GIUSTINIANI, *Droga ed alcool nella circolazione stradale. Aspetti di diritto costituzionale*, in *Giur. it.*, IV, 1992, 471 e, con particolare riguardo al caso di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti clinici, P. SCIPPA, *Le problematiche di accertamento sanitario a fini di prova negli artt. 186 e 187 c.d.s. (II parte)*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1361.

¹⁰⁸ Ritengono che la tutela del privilegio comprenda ogni contributo alla propria autoincriminazione, anche non meramente dichiarativo, tra gli altri, M. SCAPARONE, *Commento all'art. 24 comma 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Rapporti civili – Art. 24-26*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1981, 91; G. UBERTIS, *Attività investigativa e prelievo di campioni biologici*, in *Cass. pen.*, 2008, 9 s.

¹⁰⁹ Sulle difficoltà nell'individuazione dei contenuti del principio in parola nella letteratura italiana, tra gli altri, D. TASSINARI, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, BUP, Bologna, 2012, 274 s.

¹¹⁰ Ci si riferisce al testo presentato dalla Commissione europea (*Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio*, Bruxelles, 27 novembre 2013, COM 2013, 821 def.) che, all'art. 6 prevede un generale «diritto di non autoincriminarsi e di non cooperare» distinto dal diritto al silenzio, menzionato dall'art. 7. La genericità non inganni: tra le considerazioni preliminari al testo si auspica espressamente che «il diritto di non incriminarsi e di non cooperare non si estenda all'utilizzo in un procedimento penale del materiale probatorio [...] per il quale sussista l'obbligo per legge di conservarlo e fornirlo su richiesta, o l'analisi dell'aria alveolare espirata, o del sangue e delle urine, o dei tessuti corporei per la prova del DNA». La ragione dell'esclusione sembra fondata sull'esistenza del materiale di prova indipendentemente dalla volontà del soggetto.

¹¹¹ *Cass. pen.*, sez. IV, 23 ottobre 2009, Rosito, in *Arch. giur. circ.*, 2010, 636.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ Sul punto, si segnala C. eur. dir. uomo, sez. III, sent. 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito, § 80, in www.echr.coe.int, secondo cui i campioni vocali sono assimilabili a quelli di sangue o capelli e, pertanto, non sarebbero ricompresi nel raggio d'azione del *nemo tenetur* che trova tutela nel § 6 CEDU. Nel caso di specie, tuttavia, gli indagati non erano stati obbligati a fornire un proprio saggio fonico, ottenuto registrandone occultamente le voci mediante un agente attrezzato per il suono.

stato di ebbrezza o intossicazione del soggetto¹¹⁴. L'estrema celerità che connota l'acquisizione probatoria in discorso non pare soddisfatta dall'attribuzione al solo pubblico ministero del potere di provvedere d'urgenza. Pur ipotizzando che un magistrato reperibile nottetempo o nei giorni festivi autorizzi l'atto, l'eventualità che non si riesca a contattarlo e l'impossibilità che questi provveda oralmente¹¹⁵ sono circostanze destinate a minare l'efficienza dell'indagine¹¹⁶.

Anche ponendosi in una prospettiva *de iure condendo*, se da un lato si risolverebbe il problema derivante dalla minore attendibilità di etilometro ed analisi su fluidi corporei "minori" rispetto all'esame del sangue, dall'altro si andrebbe verso un'inevitabile ipocrisia. La naturale esigenza di non far dipendere dal capriccio del sospettato la possibilità di collezionare la prova della sua alterazione alla guida imporrebbe, a fronte dell'eliminazione del reato di cui agli artt. 186 comma 7 e 187 comma 8 c.d.s., l'estensione della facoltà di disporre prelievi coattivi ad opera della polizia. Con ciò, tuttavia, si finirebbe per mascherare sotto forma di eccezione una norma destinata ad operare, nella prassi, quale regola. L'esperienza tedesca ne costituisce utile banco di prova.

Posti sul piatto di un'ideologica bilancia, i costi sembrano pesare più dei benefici. Il rischio di una generale limitazione della libertà personale ad opera di soggetti diversi dall'autorità giudiziaria è forse da temere maggiormente rispetto all'attuale erosione del baluardo contro le autoincriminazioni.

In un futuro forse non troppo lontano, la soluzione al problema potrebbe risiedere nell'uso di strumenti di verifica dello stato di alterazione alcolica di ultima generazione, che operano mediante sensori passivi¹¹⁷, richiedenti un mero *paci* da parte di chi li subisca e dunque idonei a garantire il più ampio rispetto del diritto di non collaborare all'indagine, come anche quello di non subire intrusioni nella propria sfera corporale. Ma l'attendibilità di questi apparecchi è tutta ancora da dimostrare sul piano scientifico.

¹¹⁴ Neppure può ritenersi consentito il prelievo ad opera della polizia per il tramite degli artt. 186 comma 5 e 187 comma 3 c.d.s. L'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità ha infatti chiarito che dette disposizioni non accordano alla polizia giudiziaria il potere di richiedere un esame del sangue, ma soltanto la facoltà di pretendere verifiche circa la presenza di alcool e droghe su campioni ematici che siano già stati prelevati per ragioni terapeutiche. In caso contrario, si verificherebbe una lesione della libertà personale (art. 13 Cost.) tale da determinare l'inutilizzabilità della prova. Si vedano, *ex multis*, Cass. pen., sez. IV, 5 novembre 2013, n. 10136, in *Dir. e giust.*, 4 marzo 2014; Cass. pen., sez. IV, 15 novembre 2012, n. 10605, in *Cass. pen.*, 2014, 1788; Cass. pen., sez. IV, 16 maggio 2012, n. 26108, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 1746, con nota di L. ROMANO; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2009, n. 1827, in *Arch. giur. circ. sin.*, 2010, 538; Cass. pen., sez. IV, 9 dicembre 2008, n. 4118, in *Cass. pen.*, 2009, 4409.

¹¹⁵ L'art. 359-bis c.p.p. non sembra accordare tale potere, non essendo previsto in maniera espressa. Laddove il legislatore ha voluto attribuire simile facoltà, infatti, ne ha fatto esplicita menzione. Si pensi all'art. 103 comma 3 del d.p.r. n. 309 del 1990, in materia di perquisizioni volte alla ricerca di sostanze stupefacenti.

¹¹⁶ La rapida modificabilità della concentrazione alcolemica nell'organismo impone, infatti, di provvedere con estrema solerzia alla raccolta di un campione biologico. L'eccessivo indugio può produrre misurazioni inaffidabili (cfr. Tribunale di Rovigo, sez. Adria, 22 ottobre 2009, in *www.altalex.it*; Tribunale di Genova, 11 luglio 2013 n. 3392, inedita).

¹¹⁷ R. GIORGETTI-C. CENTOLA-I. GIACOMINI-F. BRANDIMARTI-A. TAGLIABRACCI, *op. cit.*, 1447, che tra le innovazioni tecnico-scientifiche descrivono «un metodo alternativo non invasivo di misura spettroscopica in vivo» che «non richiede raccolta di fluidi biologici, dal momento che necessita solo di un contatto passivo del soggetto testato con lo strumento [...] mediante applicazione alla cute della regione volare dell'avambraccio». Lo strumento è in fase sperimentale, ma dai primi dati sembrerebbe idoneo ad assicurare esiti di accuratezza tale da paragonarli alle misurazioni nell'aria espirata o nel sangue. Per approfondimenti, si rimanda a T.D. RIDDLER-B.J. VER STEEG-B.D. LAAKSONEN, *Comparison of Spectroscopically Misured Tissue Alcohol Concentration to Blood and Breath Alcohol Measurements*, in *Journal of Biomedical Optics*, 14, 2009.

«RIVOLTARSI NELLA FECCIA DI ROMOLO»

Lessico di legge, situazioni di stallo, aporie del “trattamento”*

Alberto di Martino

ABSTRACT

Il contributo discute della rilevanza di alcune situazioni-limite che si verificano nella realtà pratica dell'esecuzione penitenziaria (in particolare, in tema di incompatibilità carceraria, di rapporti genitoriali, di aiuto ai fini del definitivo reinserimento nella realtà sociale), come spia di *deficit* fondamentali dell'attuale regime di ordinamento penitenziario e dello stesso concetto di 'trattamento' che ne sta alla base. Si denuncia in proposito la mancanza di saperi nomologici in materia di 'trattamento' ed il sostanziale disinteresse per questa lacuna, che finisce con il rimettere alla discrezionalità dell'amministrazione in senso lato (comprensiva dell'area trattamentale) l'intera fase esecutiva. Infine, auspicando almeno la perdita di centralità dell'esecuzione carceraria, si segnala un diverso ruolo che dovrebbe competere alla legalità dell'esecuzione (ed ai saperi giuridici): se, rispetto ad un carcere inteso come residuale, ciò che diviene centrale è definire le condizioni della legalità, si tratterà di studiare in che cosa può essere tutelata e valorizzata la persona in un'istituzione di questo tipo; ma certamente non potranno essere i giuristi a farlo. Il loro compito sarà quello di esplicitare tutte le condizioni di tutela normativa della persona a chi possa studiare, alle condizioni normative date, cosa può essere scientificamente plausibile in termini di promozione dell'individuo.

SOMMARIO

1. Premessa: di quale postura non convenga quando si parla di pena carceraria. – 2. Situazioni di stallo. – 2.0. Una cornice concettuale preliminare: teorie sulla pena; diritto della pena; diritto nella pena. – 2.1. Primo esempio. – 2.2. Secondo esempio. – 2.3. Terzo esempio (molto generale). – 3. A proposito di trattamento.

*Testo dell'intervento al Seminario di studi su “Utopia e carcere” promosso dal Centro di ricerca interdipartimentale sull'utopia dell'Università di Milano, tenutosi a Ventotene, 27-28 settembre 2014 (destinato agli atti del Seminario).

1.

Premessa: di quale postura non convenga quando si parla di pena carceraria.

Queste note brevi sono scritte in nessuna veste, perché questa sembra l'attitudine appropriata o almeno non disdicevole per chi, da un lato, appartiene senza meriti reali al campo degli accademici di diritto penale (con l'iniziale minuscola ed in senso puramente amministrativo), dall'altro, come Garante dei detenuti in ambito comunale, ha accettato – per usare l'espressione molto colorita di Giambattista Vico – di rivoltarsi nella feccia di Romolo¹, cioè nella realtà effettuale, pur se non proviene, disdicevolmente, da una storia personale d'impegno in questo specifico "universo" (concentrazionario). Dalla prima dimensione traggio la fondazione, che in questa sede non mette conto di documentare, di alcune valutazioni delle quali pure si deve portare una responsabilità "scientifica"; dalla seconda dimensione traggio il sollievo per una libera conversazione, che muove da una prospettiva particolare e forse in controtendenza, anche se non solitaria, che ho mutuato – genesi culturale che è d'obbligo dichiarare – da Tullio Padovani²; e che, dichiarando una sfiducia irretrattabile nei confronti del "trattamento *nel* carcere", può irritare molti di quanti appartengano alla prima dimensione, come del resto al contesto della seconda (magistrati di sorveglianza compresi).

Quando ci si occupa di pena carceraria, si è tentati subito – parlo a titolo personale – di "deporre la penna", assaliti, come scriveva Alessandro Margara, da un «dubbio atroce: quello di parlare di nulla e per nulla»³. In realtà, Margara poteva aver ragione sulla seconda parte dell'emistichio (il parlare per nulla, cioè invano); è invece riuscita involontariamente infelice la prima parte, perché quando si assume ad oggetto del discorso il carcere ed il senso della pena che si esegue dentro il carcere, ci si riferisce ad un universo totale, che se del caso ha la vocazione a nullificare ma in sé è l'opposto del nulla – è, se si vuol dir così, l'essente totale. Se si parla e si scrive di carcere, allora, il dubbio è superabile con facilità assumendo innanzi tutto l'unico atteggiamento possibile e legittimo, quello di: *a*) abbandonare la metafisica; *b*) abbandonare ideologie sistematicamente smentite dalla realtà; *c*) sostituire l'idea del diritto dell'esecuzione penale come disciplina umanistica con quella del diritto come disciplina empirica (architettura sociale, che *deve* coniugarsi con variegate altre discipline scientifiche, come la scienza economica, l'architettura, l'antropologia, la psichiatria eccetera); *d*) soprattutto, adottare quell'attitudine di cui ha scritto non a caso un architetto ed urbanista, Leonardo Benevolo, ricordando Le Corbusier e i tre doveri di un architetto: «il faut se battre contre des moulins. Il faut renverser Troie. Il faut être cheval de frappe, tous les jours» (bisogna battersi contro i mulini a vento; abbattere Troia; esser come cavallo da tiro, tutti i santi giorni).

2.

Situazioni di stallo.

Con questo spirito, e con l'implicito retroterra della consapevolezza dell'attuale situazione carceraria italiana, s'intende brevemente riflettere – a partire da alcuni problemi almeno apparentemente 'minori' (le chiameremo "situazioni di stallo") che si pongono per i soggetti in esecuzione penitenziaria – sul lessico della nostra attuale legge di ordinamento penitenziario (OP), sulla sua sintassi (leggi: la sistematica in cui traluce l'ideologia), sulle prospettive. Uno sguardo, dunque, interamente e consapevolmente fisso sulla realtà nazionale.

¹ G.B. Vico, *Principj di scienza nuova*, 3^a rist., Napoli, 1744, Libro I, Cap. "Degli Elementi", VI, p. 74): «La Filosofia considera l'uomo quale dev'essere, e si non può fruttare, cha pochissimi, che vogliono vivere nella Repubblica di Platone, non rovesciarsi nella feccia di Romolo»; Vico riprende invero quasi testualmente un'immagine di Cicerone, *Lettere ad Attico*, II, 1.8 (con *faex Romuli* l'oratore si riferiva al primitivo gruppo di seguaci di Romolo: similitudine d'ogni accozzaglia di vizi ed egoismi, che però seppe dare origine al popolo romano).

² Cfr. il fondamentale lavoro, del quale ci si può solo rammaricare che non vi sia stata una traduzione in lingue veicolari, su *L'utopia punitiva*, Milano, 1981. Sono state edite di recente le (trascrizioni delle) lezioni sulla pena carceraria: cfr. T. PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014.

³ A. MARGARA, *Quale giustizia? Repetita non iuvant: ancora sulla pena e sul carcere*, in *Questione giustizia*, 2002, 1032.

2.0.

Una cornice concettuale preliminare: teorie sulla pena; diritto della pena; diritto nella pena.

Quando ci si riferisce a problemi ‘minori’ sul piano concettuale e pratico, occorre peraltro un chiarimento concettuale preliminare. Il rapporto fra diritto e pena si disloca in effetti su almeno tre livelli concettuali.

Il primo, tipico della filosofia del diritto penale, si occupa delle teorie *sulla* pena; storicamente, si è arrivati a sostenere anche il diritto alla pena (è la notissima posizione di Hegel)⁴, ragionando bensì in generale ma a partire da un assunto implicito di base, rappresentato dal riferimento se non esclusivo, almeno preponderante, alla pena carceraria. Per queste teorie, ancora Alessandro Margara ha parole dure: la riflessione sulla pena e sulla sua funzione «si muove sopra la realtà: penso, sostanzialmente ignorandola». Più modernamente, per fortuna, a partire dalla realtà sono poste le domande sul perché punire, se punire, come punire⁵.

Il secondo livello è quello del diritto *della* pena: il complesso delle regole che l'ordinamento detta per quella particolare fase che si apre dopo la sentenza di condanna. Materia che i penalisti⁶ – intendo qui il termine secondo la divisione accademica delle discipline – hanno di regola snobbato almeno per larga parte della sua estensione. In effetti, a partire dalla stagione del celebrato ritorno dell'idea della certezza della pena, davanti allo sfacelo del sistema sanzionatorio, le cure sono state attratte pressoché interamente dalle misure *lato sensu* alternative, fino alla svolta, meritoria, che in anni recenti ha virato l'attenzione penalistica verso le risposte conciliativo-riparative⁷. Ma il diritto dell'esecuzione carceraria della pena è rimasto dominio dei cultori del diritto penitenziario, vagamente attratti, sempre nell'ottica delle ripartizioni accademiche, nell'area processualpenalistica; forse c'è la sotterranea convinzione che il diritto penale ‘alto’ abbia esaurito il suo ruolo con la pronuncia della sentenza (anche quando questa sia di condanna)⁸; il resto è arnese tecnico, procedura (certo, assistita dal diritto: per questo ci vuole un processualista), “fatticità”.

Infine, c'è il livello del diritto *nella* pena: è il livello più basso, nel senso che è quello più vicino alla realtà dell'esecuzione e rispetto al quale l'immagine della frammentarietà del diritto penale si traduce paradossalmente in pratica: paradossalmente, cioè con significato capovolto rispetto a quello ad essa assegnato nella teoria del reato: nel mare dell'esecuzione come fatto (casamai normato in via potentemente amministrativa), il diritto coglie la realtà in modo del tutto puntiforme. È proprio su questo livello che si collocano le questioncelle alle quali accennerò in questa sede ed al quale si gioca la partita della legalità *nella* pena.

Situazioni di stallo: nelle quali, cioè, la realtà paralizza la norma, la fatticità sovrasta la validità, il diritto sembra impotente, è bloccata l'amministrazione. Sono bensì situazioni-limite, ma nella realtà ben ricorrenti; a ben vedere, aiutano a decifrare le strutture mentali, esattamente come quei test sui materiali (o su certe categorie di umani: ad esempio, i candidati astronauti), appositamente fatti in condizioni estreme per comprendere come si comporterebbero in situazioni normali.

⁴ Posizione ipocritamente irridente; opportunamente chiosa M.A. CATTANEO, *Sulla filosofia penale di Kant e di Hegel*, in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano, 1989, 136: «una prima caratteristica del diritto deve essere la sincerità, il rispetto per la verità».

⁵ Fondamentale, per tutti, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989; di recente v. l'antologia di brani in Id., *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2014. Si possono ascrivere a questo livello “alto” i lavori sulle diverse prospettive di superamento della vicenda del reato e dell'esecuzione carceraria: mi limito a ricordare, semplicemente come avvio ad ulteriori letture, G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; C. MAZZUCATO, I. MARCHETTI, *La pena in castigo. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, 2006; S. CECCHI, G. DI ROSA, P. BONETTI, M. DELLA DORA, *Sulla pena*, Macerata, 2013 (prefazione di G. Fiandaca).

⁶ Il riferimento è alla realtà italiana; non ho dati per una comparazione. In Germania l'attenzione allo *Strafvollzugsrecht* sembra maggiore, almeno a giudicare fuggacemente dal numero di manuali disponibili, di provenienza accademica; ma potrebbe essere impressione infondata.

⁷ Solo come espressivi di orizzonti e come avvio ad ulteriori letture, rinvio per tutti a: E. DOLCINI, C.E. PALIERO, *Il carcere ha alternative?*, Milano, 1990. Cfr. anche la nota 4.

⁸ Convinzione peraltro ben radicata nella tradizione: cfr. le osservazioni di H. VON HENTIG, *The Clinical Method in Teaching Criminal Law*, 24 *Journ. of Crim. L. and Criminology* 1081 (1934), 1086 (=24 *Am. Inst. Crim. L. & Criminology* 1081 (1933-1934); anche online: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc>.

2.1.

Primo esempio.

Un provvedimento del giudice civile in sede di separazione o divorzio accorda ad uno dei genitori il diritto di visita ai figli minori. Accade che questo sia detenuto, e diventa estremamente problematico concordare un calendario: perché l'altro genitore oppone resistenza; perché non starebbe scritto da nessuna parte che il minore debba essere obbligato a visitare il genitore in carcere; perché il carcere non ha un'adeguata sala colloqui per i minori; perché anche in considerazione di questa complessiva situazione le preferenze culturali degli operatori sociali sono nel senso di tutelare in questo, al massimo grado, il minore, ecc. Si ricerca una soluzione, e magari questa è felicemente trovata – dopo molto tempo – nel senso di far svolgere incontri protetti presso un “centro affidi” esterno al carcere. Per gli incontri esterni però il detenuto deve poter beneficiare di un permesso e ben può accadere che egli non abbia diritto al permesso premio (introdotto nell'ordinamento solo alla metà degli anni Ottanta)⁹, perché non rientra nelle relative categorie (art. 30-ter co. 4 OP). Qualche magistrato di sorveglianza aveva fatto leva sulla norma (quella originaria) in tema di permessi per ragioni eccezionali (art. 30), valorizzandone il secondo comma: «analoghi permessi possono essere concessi eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità». Ma è interpretazione (comprensibilmente) rientrata presto nei ranghi, ravvisandosi nel solo permesso premio lo strumento congruo per questo tipo di esigenze¹⁰. Interpretazione restrittiva, quest'ultima, che però si basa su un assunto la cui paradossalità sistematica è pari alla sua (apparente) stringenza logica: quello secondo il quale il permesso *ex* art. 30 – riservato a situazioni eccezionali e non destinate a durare nel tempo – non sarebbe strumento di trattamento penitenziario. Affermazione paradossale, perché, da un lato, comprensibile in sé, dall'altro finisce con il porsi in frontale contrasto con la collocazione sistematica della disposizione, collocata appunto fra le modalità del trattamento: l'atteggiamento ermeneutico irrita al pari (se si vuole) della costruzione legislativa, tanto più in quanto ripetuto con inesorabile *refrain*¹¹. Si potrebbe replicare a quanto qui rilevato, nel senso che il trattamento non avrebbe *contours*, se vi s'inglobasse anche quel tipo di permessi; ma questo è appunto il tema: il trattamento, o comprende voracemente tutto, o non è (se ne riparerà più avanti).

L'esito della situazione è la sostanziale disapplicazione, magari solo temporanea, ma cospicua, del provvedimento del giudice civile; nonché la quiescenza della prescrizione dell'art. 388, co. 2 c.p. nei confronti di chi eluda dolosamente le prescrizioni del giudice civile, per l'appunto, in tema di affidamento dei minori.

Per incidens, nei principali commentari di diritto penitenziario l'impatto della questione non sembra avere particolare risalto, e le parole spese sul tema si attestano, asciutte, su linee scrupolosamente quanto essenzialmente esegetiche¹².

La soluzione può essere trovata in via empirica, come alcune volte accade. Potrebbe non essere sufficiente; ed allora v'è da chiedersi, da un lato, se le norme di riferimento non possano essere riguardate diversamente; dall'altro lato, quale sia la reale portata di prescrizioni a maglie larghe e dalla bell'ispirazione, declamatorie ma dal contenuto normativo in fin dei conti evanescente.

A) Nel primo senso, si potrebbe ragionare proiettando sulle disposizioni pertinenti una logica “spinta” d'interpretazione sistematica e costituzionalmente orientata. Se ne delineano qui i tratti ipotetici, declinando quasi per *divertissement* la cadenza di un'immaginaria, disperata istanza:

posto che in sede di separazione coniugale il giudice civile ha stabilito il diritto di incon-

⁹ Con la l. n. 663/1986, variamente modificata in seguito.

¹⁰ Cfr. perentoriamente da ultimi, nella manualistica, S. ARDITA, L. DEGL'INNOCENTI, F. FALDI, *Diritto penitenziario*, Roma, 2014², 160. Lo strumento dei colloqui (artt. 37, 61 Reg. O.P.) non risolve in realtà il problema di fondo sottostante al mantenimento dei rapporti familiari *sub specie* di “genitorialità”, che è quello del rapporto fra i minori ed il penitenziario.

¹¹ Cfr. ad es. la giurisprudenza riportata in F. PERONI, A. SCALFATI, *Codice dell'esecuzione penitenziaria – annotato con la giurisprudenza*, Milano, 2006, 233.

¹² Cfr. sull'art. 30, ad es., G. LA GRECA, Art. 30, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *Ordinamento penitenziario. Commento articolo per articolo*, 3^a ed. a cura di F. Della Casa, Padova, 2006 (nonché dello stesso Autore il commento all'art. 30 *bis*). L'edizione citata non è l'ultima, ma nel merito la conclusione non muta.

trare il proprio figlio, «se libero», nei termini stabiliti dal relativo provvedimento;
 che rientra nei diritti di genitore, riconosciuti dagli artt. 4 e 28 OP, quello di incontrare i propri figli;
 che la richiesta di incontrarli in ambiente esterno all'ambiente carcerario altro non è se non la specificazione di una pretesa, espressa direttamente dalla legge, di «particolare cura» nel mantenere e migliorare le relazioni familiari (art. 28);
 che i servizi sociali sono senz'altro favorevoli agli incontri, da svolgere in forma assistita;
 che non ostante pertanto ragioni di tutela del figlio, che anzi sarebbero molto meglio preservate se gli incontri potessero avvenire, come richiesto, in un luogo diverso dall'ambiente carcerario;
 che l'interpretazione rigorosa dell'art. 30, co. 2, OP, nella parte in cui stabilisce che i permessi «possono essere concessi eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità», priverebbe il richiedente dell'unico strumento previsto dalla legge che gli consenta l'esercizio del proprio diritto per come è stato riconosciuto dal giudice civile;
 che dunque, quanto al requisito della *eccezionalità*, esso deve essere inteso nel senso che consenta il permesso nei casi nei quali sarebbe impossibile l'esercizio altrimenti di un diritto fondamentale: la situazione sarebbe, per l'appunto, eccezionale ogni qualvolta non vi sarebbero altri strumenti per consentire l'esercizio del predetto diritto fondamentale;
 che quanto all'*evento familiare di particolare gravità*, esso deve essere riferito non soltanto alla «causa» della concessione del permesso, ma anche all'effetto di pregiudizio che si determinerebbe qualora il permesso non possa essere accordato; in questo caso, una separazione del padre dai figli, non prevista dal giudice civile né imposta dalle stesse norme di ordinamento penitenziario (il che accadrebbe comunque, del resto, se i servizi sociali escludano la opportunità di incontri in carcere: ciò potrebbe ben accadere); l'evento di particolare gravità è dunque un provvedimento del giudice civile che consenta al padre di vedere i figli «se libero»;
 che ove non si acceda a tale interpretazione l'art. 30 O.P. sarebbe incostituzionale per violazione degli artt. 3, 27 co. 3, 30 co. 1, 31 co. 1, 117 Cost. in rel. art. 8 CEDU, nella parte in cui non prevede che il permesso possa essere concesso al fine di esercitare un diritto fondamentale altrimenti non esercitabile.

B) A questo punto, ed è il secondo aspetto, il vero problema è rappresentato proprio dal contenuto dei diritti familiari previsti dall'OP.

Il riferimento è infatti, nello specifico, all'art. 28, inserito ad un certo punto, piuttosto casuale, del capo III del Titolo I, dedicato alle «modalità del trattamento». Tale norma, come si sa, afferma che «particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie». Ora, se ci si voglia soffermare un poco impietosamente sul contenuto normativo di questa previsione di legge, si nota in prima battuta che non sono identificati i destinatari specifici della prescrizione (e dobbiamo pertanto scivolare al piano del regolamento, che vedremo subito); quanto al contenuto della prestazione richiesta, la legge si limita ad un'enunciazione empatica: «particolare cura». Andiamo dunque al piano regolamentare¹³: l'art. 61 prevede più specificamente che la «particolare cura» si specifichi nella predisposizione di programmi d'intervento, concertata fra direzione dell'istituto e centri di servizio sociale; e si riproduce nella «particolare attenzione» ad affrontare la crisi conseguente all'allontanamento del soggetto dal nucleo familiare, a rendere possibile il mantenimento di un valido rapporto con i figli, specie in età minore, e a preparare la famiglia, gli ambienti prossimi di vita e il soggetto stesso al rientro nel contesto sociale (ad es., aumentando la frequenza dei colloqui, o la durata delle visite).

Ora, queste prescrizioni sono inserite bensì come elemento del trattamento, ma si tratta nella sostanza di direttive di politica sociale rivolte prevalentemente ad un'azione esterna. Quanto alla posizione del condannato, per un verso egli non partecipa istituzionalmente alla predisposizione del programma che lo riguarda, ma ne è allo stesso tempo presupposto (in quanto osservato)¹⁴ e semplice destinatario; per altro verso, è decisiva la valutazione – insindacabile – del gruppo di osservazione, in base alla quale si orienta il direttore nell'allargare le

¹³ D.P.R. 30.6.2000, n. 230.

¹⁴ Il tipo di «specifiche indicazioni» (art. 61.2 Reg.) date dal gruppo di osservazione dipenderà infatti dal tipo e dal grado di risposte (comportamentali) fornite dal detenuto.

maglie dei colloqui. Discrezionalità guidata, quella di quest'ultimo; per il resto, *tutto è nelle mani di un sapere tecnico* (della cui natura sarebbe necessario discutere, anche alla luce della prorompente evoluzione delle conoscenze neuroscientifiche)¹⁵ ipotizzare un controllo sul quale, che non sia di mera verifica della coerenza motivazionale dei provvedimenti da parte del magistrato di sorveglianza, sembra davvero velleitario. Su questo aspetto avremo modo di tornare in chiusura (§ 3).

Non si vuole qui sostenere che un sistema così congegnato sia in assoluto inopportuno; ma di *diritto ai rapporti familiari*, che rilevi come concretizzazione dell'art. 4 OP, qui non si vede francamente traccia: a meno di non voler affermare che, insomma, in penitenziario i concetti altrimenti usati come giuridici sono inevitabilmente impressionistici.

Mutatis mutandis, e forse con ancora maggiore perentorietà, queste considerazioni valgono per le disposizioni degli artt. 45 e 46 OP (nonché 94), delle quali è possibile dire, *tout court*, che non sono applicate (§ 2.3).

2.2.

Secondo esempio.

Può accadere (accade) che le condizioni di salute di un detenuto siano tali da determinare una dichiarazione d'incompatibilità carceraria. Tuttavia, la persona non dispone di un alloggio idoneo in cui eseguire una misura domiciliare, né le autorità sanitarie locali sono in grado di garantire la disponibilità d'un luogo pubblico di cura, e dunque non può essere liberato.

L'art. 47-ter, co. 1 (cioè, ora, il secondo comma), lett. c) OP prevede che la pena della reclusione non superiore ad una data misura possa essere espiata «nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza» quando la persona sia «in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedono costanti contatti con i presidi sanitari territoriali». L'art. 47-ter, co. 1-ter prevede inoltre che «quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare, stabilendo un termine di durata di tale applicazione». Fra le disposizioni del codice penale in tema di differimento obbligatorio o facoltativo della pena e norme dell'ordinamento penitenziario in tema di presupposto per la detenzione domiciliare, finisce con il determinarsi un intreccio poco decifrabile od un gioco di specchi in cui il ruolo decisivo è giocato, per un verso, dalle autorità di p.s. che vagliano l'idoneità del domicilio (che non lo sarà mai se si trova, ad esempio, in «zona di spaccio»; sarà raro che l'abitazione indicata si trovi in un «quartiere-bene»); per altro verso, dalle condizioni esistenziali del detenuto: tanto peggiori esse appaiono (es., indisponibilità di idonea abitazione, come pure di pubblici luoghi di cura), tanto meno garantito sarà il diritto alla salute, od alle cure.

Ci si potrebbe chiedere, pertanto, se non sia il caso di modificare gli atteggiamenti della prassi circa le disposizioni di riferimento ed i loro reciproci rapporti. Così, i presupposti per il rinvio obbligatorio *ex art. 146 c.p.* sono particolarmente rigorosi ed espressi in un tenore letterale che sembra insormontabile¹⁶, e per la verità esprimono un rigore francamente ai limiti del parossismo: su di esso non sarebbe inopportuno riflettere già nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente conforme (o prospettare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 27, nella parte in cui si riferisce al senso di umanità); quelli dell'art. 147 («condizioni di grave infermità fisica») sembrano intrecciarsi e sovrapporsi a quelli della detenzione domiciliare («persona in condizioni di salute particolarmente gravi, che richiedano costanti contatti con i presidi sanitari territoriali»). L'apparente eterogeneità delle formulazioni sembra piuttosto l'effetto di un'inavvertita confusione lessicale che il presupposto esegetico di una necessaria differenziazione.

Esito: la persona incompatibile resta in carcere.

¹⁵ Il campo dell'esecuzione penitenziaria sarebbe sterminato e minato (alcune prime applicazioni ai fini della concessione di misure alternative si sono già registrate: *infra*, § 3). Delle neuroscienze si parla di regola, per ora, principalmente con riferimento ai criteri di responsabilità.

¹⁶ Dà luogo al differimento obbligatorio, fra l'altro, una «malattia particolarmente grave per effetto della quale le (...) condizioni di salute risultano incompatibili con lo stato di detenzione, quando la persona si trova in una fase della malattia così avanzata da non rispondere più, secondo le certificazioni del servizio sanitario penitenziario o esterno, ai trattamenti disponibili e alle terapie curative».

2.3.

Terzo esempio (molto generale).

Il detenuto proviene da un'area di marginalità sociale, non aveva un lavoro o non lo aveva regolare, non ha una famiglia, ecc.; magari è anche straniero, non ha documenti e/o non ha permesso di soggiorno. Straniero o no, può anche aver avuto una vita familiare, eventualmente un lavoro, ma tutto ciò si è comunque interrotto in concomitanza od a causa della detenzione. L'esecuzione si avvicina al termine: che ne sarà della persona? Soccorrono opportunamente alcune previsioni.

L'art. 46 OP (ancora Titolo I, in tema di trattamento; Capo V dedicato all'assistenza) prevede che «i detenuti e gli internati ricevono un particolare aiuto nel periodo di tempo che immediatamente precede la loro dimissione e per un congruo periodo a questa successivo. Il definitivo reinserimento nella vita sociale è agevolato da interventi di servizio sociale (...)». Inoltre, nel Titolo II (organizzazione penitenziaria), Capo III (esecuzione penale esterna), l'art. 76 OP prevede l'istituzione dei consigli di aiuto sociale, i cui membri prestano la loro opera gratuitamente ed il cui funzionamento è finanziato con assegnazioni della cassa delle ammende, con uno stanziamento stabilito da una legge del 1956, con i proventi delle manufatti carcerarie nella misura indicata da co. 5; con fondi ordinari di bilancio ed altri fondi costituenti il patrimonio dell'ente. I compiti dei Consigli sono indicati in una lunga lista dall'art. 75 (e dal successivo per quanto concerne il soccorso e l'assistenza alle vittime); l'art. 77 affianca al consiglio di aiuto sociale il «comitato per l'occupazione degli assistiti dal consiglio di aiuto sociale», il cui scopo, come si può intuire, è quello di «favorire l'avviamento al lavoro dei dimessi dagli istituti di prevenzione e pena».

A condizioni economico-finanziarie date, sembrerebbe il migliore dei mondi possibili.

Infatti, il grado di attuazione di queste disposizioni è (stato) pressoché nullo, come sembra dimostrare una ricerca del Gruppo Consiliare Radicale della Regione Piemonte¹⁷. Quando il Consiglio sia (stato) attivo, esso ha svolto «attività limitata alla trasmissione agli enti locali delle richieste di assistenza» (passacarte, insomma).

D'altronde, il luminoso progresso della legislazione sociale ha presto divorato i suoi figli¹⁸, e di queste entità non è rimasto che qualche brandello di competenze, la cui fisionomia francamente non è per nulla chiara (lo sarà forse ai pratici nonché al Ministero della Giustizia, il quale infatti inviò a tutti i tribunali due circolari, dando disposizioni precise sulla prosecuzione delle attività non trasferite e sulla chiusura dei C/C: Circolare n. 524740/11.4.C. del 28.11.77 e Circolare 2481/4934 del 12.12.77).

La situazione è infine così riassunta nella ricerca dei radicali: «i servizi sociali territoriali, a cui sono state trasferite parte delle competenze dei C.A.S., non effettuano alcuna assistenza, né a detenuti e liberandi, né alle loro famiglie»¹⁹.

Eppure, queste disposizioni riguardano un ambito nient'affatto secondario, se si assume come centrale la logica del «trattamento» penitenziario. Non è per amor d'iperbole a tutti i costi se – anzi – si osa sostenere che si tratta di disposizioni particolarmente qualificanti dell'intero programma di risocializzazione nel quale si dovrebbe tradurre un «trattamento» (qualunque cosa voglia dire questa parola). Perché altrimenti lo stesso trattamento non avrebbe senso se non come adattamento all'esistenza nella comunità dei ristretti. E poiché lo spazio riservato a quest'intervento impedisce di entrare in dettaglio, sia sufficiente accennare al fatto che questo punto era perfettamente chiaro a chi ebbe decennale esperienza di detenzione e, con gli entusiasmi del dopoguerra, non intese far cadere il tema del carcere: Altiero Spinelli.

Nella notissima lettera a Calamandrei poi pubblicata *invito auctore* come intervento sulla rivista il Ponte del 1949 (fascicolo di recente ristampato)²⁰, egli afferma che il detenuto del carcere penale, dopo l'iniziale smarrimento per l'interruzione dei rapporti, in quanto «tutto

¹⁷ La [ricerca del Gruppo Consiliare Radicale della Regione Piemonte](http://www.ristretti.it) è consultabile online su www.ristretti.it.

¹⁸ I consigli hanno cessato la loro attività al 31.12.1977, limitatamente alle attività per le quali la competenza è passata ai servizi sociali territoriali (D.P.R. 24.7.1977, n. 616). Sull'organizzazione del servizio sanitario penitenziario ed i problemi relativi cfr. in prospettiva comparata, B. TAG. T. HILLENKAMP (Hrsg.), *Intramurale Medizin im internationalen Vergleich*, Heidelberg et al., 2008 (ove, per la rappresentazione della situazione italiana, il contributo di M. PALMA, *Report on the intramural medicine in Italy*, 161 ss.).

¹⁹ Si veda anche l'indagine della Corte dei conti su «La gestione della Cassa delle Ammende» (2008), specific. p. 21. Tale indagine è opportunamente ricordata da D. VERRINA, Art. 74, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA, *op. cit.*, 4^a ed., 1228.

²⁰ Cfr. i [saggi a commento dell'iniziativa](http://www.museocriminologico.it), disponibili online sul sito www.museocriminologico.it. I riferimenti citati qui nel testo sono tratti dalla riproduzione microfilmata dell'originale dattiloscritto, con correzioni a mano dell'autore.

teso verso la libertà che gli manca», dopo pochi anni vi si adatta: «col passare del tempo infatti i rapporti con il mondo esteriore diventano qualcosa di evanescente... In poche parole, il carcere diventa una piccola comunità cenobitica... in cui si vive come in tutte le società» (l'espressione sollevò una polemica con Francesco Carnelutti; bisogna avere il coraggio di riconoscere che l'altrimenti grande giurista vi espresse sesquipedali sciocchezze). E Spinelli trae le somme: «è ben strana maniera di rieducare, quella che consiste nello staccarlo [il delinquente] completamente da tutta la rete dei rapporti sociali, e nel metterlo in un insieme di regole nuove, per rispettare le quali egli non ha più bisogno di alcun senso di responsabilità... Accade perciò che, riacquistata la libertà, il delinquente si trova in una società in cui non ha più legami, tenuto in sospetto per il suo passato, con una ancor minore capacità di autodisciplina, con una educazione a delinquere e...con il miraggio ambivalente di tornare in quel luogo sicuro che è il carcere».

Anche con l'ausilio di queste parole di folgorante lucidità, ci si può forse convincere del fatto che il mantenere i rapporti con la famiglia e la società (in termini reali e non artificiali) costituisce elemento tutt'altro che estrinseco e trascurabile dell'esecuzione penitenziaria – così come peraltro suggerisce la collocazione sistematica nella legge di OP delle norme poco sopra ricordate; anzi, ne rappresenta in realtà il nucleo addirittura fondante, perché *presupposto inaggirabile dello stesso "trattamento"*. Né si può replicare che proprio a ciò servono le misure alternative, perché esse stesse sono possibili, ed efficaci, solo se e soltanto se esiste una rete di protezione ed assistenza distesa fra carcere, famiglia e società²¹.

E questo, sia pure con uno scarto logico imposto dai limiti di questo intervento, porta al cuore del problema.

3.

A proposito di trattamento.

Si tratta a questo punto non certo di trarre conclusioni, ma solo di evidenziare in poche righe il filo rosso delle considerazioni fin qui rapsodicamente svolte.

È nelle situazioni limite che emerge la capacità di tenuta e, in fin dei conti, l'identità vera del sistema normativo approntato dalla legge di ordinamento penitenziario. Il modo indicativo (il trattamento «è integrato» dall'assistenza; il definitivo reinserimento «è agevolato» da interventi di servizio sociale; eccetera) e il fraseggio empatico («particolare aiuto»; «particolare cura») finiscono con l'esprimere la realtà esattamente come la produce il gioco di un illusionista.

La disciplina di ordinamento penitenziario manca di normatività in gangli fondamentali del suo ambito operativo, ed in particolare (per restare nel limitato ambito degli esempi qui discussi) rispetto ai ponti di collegamento fra istituzione totale e società, prima, durante e dopo l'esecuzione. Eppure quei ponti costituiscono, a ben guardare, la precondizione essenziale per la praticabilità di ogni idea di trattamento che si colleghi al reinserimento sociale e non alla "normalizzazione" nel contesto e per le esigenze della vita nella (e della) istituzione.

La precarietà della precondizione essenziale si salda con il problema dei contenuti del trattamento. Quali saperi, fondamentali per le decisioni concrete dell'amministrazione e della magistratura di sorveglianza, lo sorreggono? O, più precisamente, quali indicazioni dà la legge sui saperi che lo devono sorreggere? Quale controllo è realmente possibile su questi saperi?

La dottrina si è occupata del tema dei saperi essenzialmente con riferimento al giudizio di cognizione, nel quale si decide circa i meccanismi di imputazione del reato ed in particolare dell'imputazione oggettiva (è il tema, come si sa, della cd. sentenza Franzese delle Sezioni Unite). Ma la discussione sui "saperi del giudice" sembra avere completamente dimenticato che il sistema penale non finisce con la sentenza, anzi essa apre (quando la apre) quella parte della vicenda penale che qualifica teleologicamente l'intero percorso: l'apprensione del corpo, la "disciplina dell'anima".

Detto in poche parole: *è necessaria una "Franzese" dell'esecuzione penitenziaria.*

Recenti vicende, documentate dalla stampa, l'hanno posto all'attenzione collettiva²²: e le difficoltà del giudice sono prospettate in modo chiarissimo in una attenta pronuncia del

²¹ Su questo si basa, ad esempio, la proposta di S. FERRARO, *La pena visibile (o della fine del carcere)*, Soveria Mannelli, 2013.

²² Il riferimento è alla richiesta di detenzione domiciliare di Anna Maria Franzoni, la madre condannata per l'uccisione del figlio.

Tribunale di sorveglianza di Bologna, resa proprio su quella vicenda²³. Scrive il Tribunale che «nulla o quasi viene detto [nella relazione ex art. 13 co. 2 OP] che possa supportare il giudizio prognostico» necessario per l'ammissione alla misura alternativa, nulla sui «profili attuali della personalità e sulla progressione trattamentale in relazione, anche approssimativa, con condotte future».

Orbene, il giudizio del Tribunale esprime in realtà ben più di quanto non dica: a ben vedere, le lacune lamentate non sono da ascrivere ad omissioni contingenti degli operatori, ma il punto di emersione d'un problema strutturale, epistemologico e normativo, consustanziale allo stesso concetto di "trattamento penitenziario". Un problema epistemologico, perché non si può eludere la domanda: su quali basi e con quali finalità si può edificare un trattamento penitenziario, se esso non si radica su conoscenze scientificamente argomentabili? E, più radicalmente, qual è il parametro di scientificità della «osservazione scientifica della personalità» condotta in carcere «per rilevare le carenze fisiopsichiche e le altre cause del disadattamento sociale» (art. 13, cit.)? L'unica indicazione indiretta, del tutto deludente, che si ricava dalla legge è desumibile, da un lato, dall'indicazione delle materie di concorso per l'accesso al ruolo della carriera di concetto degli assistenti sociali per adulti ex art. 74 OP²⁴; dall'altro lato, dalle competenze richieste nel personale incaricato giornaliero, il cui supporto peraltro è solo eventuale (art. 80)²⁵. Un problema normativo (ed organizzativo), perché le conoscenze realmente decisive per l'impostazione di un "trattamento" non si rinvergono all'interno dell'istituzione.

Su queste basi, è velleitario immaginare riforme del sistema che, con opportuni spostamenti e razionalizzazioni topografiche, mettano al centro il trattamento (magari in esordio della disciplina), se cosa sia il trattamento nessun lo sa – peggio, si pretenda di saperlo e praticarlo. Se potrà anche decidere di edificare nuove e belle carceri a partire dal trattamento, intorno ad esso, ma ruoteranno intorno al nulla, o meglio a loro stesse perpetuando la propria stessa logica.

La questione non è dunque normativa, è in primo luogo scientifica: cosa si intende per trattamento? Se s'intende l'idea di una *correctional community*²⁶, si dovrà pensare un certo tipo di strutture, ma soprattutto ad una certa misura di investimenti in immobili, personale e competenze che necessita di una rigorosa scienza delle conseguenze normative (*Gesetzesfolgenabwägung*) la quale al momento non pare essere patrimonio dei giuristi di professione, nemmeno di quelli impiegati come funzionari ministeriali (a meno che non siano anche economisti o matematici). Se s'intende l'idea di una terapia sociale in senso ampio²⁷ (discutibile o no che sia la prospettiva implicita in questa scelta), allora si dovranno pensare altre strutture; e così pure se si intenda l'una e l'altra cosa; come pure, infine, se si intende che non è possibile nessuna delle due²⁸ e ci si attesti su una visione minimale (ma pur sempre basata su un presupposto scientifico dichiarato e falsificabile).

Nei limiti in cui sia chiarita la premessa, potrà seguire una strategia "edilizia", se si vuole "architetonica", ma anche d'investimento su personale, competenze ecc.: essenzialmente, una

²³ Si tratta dell'ordinanza che dispone la perizia personologica sulla Franzoni, per insufficienza della relazione di osservazione, [Trib. Bologna, ord. 12 dicembre 2013, n. 2838](#), in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2014, pag. 3 ss. della motivazione («La relazione di osservazione (...) non appare assolutamente illuminante sul punto dell'analisi della personalità della condannata, tanto che vi si afferma esplicitamente come sia stato privilegiato l'aspetto trattamentale rispetto a quello dell'osservazione personologica. Il lavoro dell'esperto (...) viene delimitato "al cercare di adattare la donna... alla realtà detentiva ed alla nuova realtà personale e familiare"»). Che è né più né meno il compito che cercavano di fare i confortatori fra Medioevo ed età moderna (A. PROSPERI, *Misericordie. Conversioni sotto il patibolo tra Medioevo ed età moderna*, Pisa, 2008; Id., *Delitto e perdono. La pena di morte nell'orizzonte mentale dell'Europa cristiana*, Torino, 2013). Il che non deve stupire; anche la figura del garante dei detenuti ha ascendenze lontanissime nella pratica della visita delle carceri, che val la pena richiamare anche per la letteratura che ha generato: cfr. ad es. T. CERDÁN DE TALLADA, *Visita de la cárcel y de los presos*, Valencia, 1574; G. B. SCANAROLI, *De visitatione carceratorum*, Roma, 1655.

²⁴ Materie: teoria e pratica del servizio sociale; psicologia; nozioni di diritto e procedura penale; regolamenti per gli istituti di prevenzione e pena.

²⁵ Cfr. il comma 4: «Per lo svolgimento delle attività di osservazione e di trattamento, l'amministrazione penitenziaria può avvalersi di professionisti esperti in psicologia, servizio sociale, pedagogia, psichiatria e criminologia clinica».

²⁶ N. FENTON, E. REIMER, H. WILMER, *The Correctional Community – An Introduction and Guide*, Berkeley 1967.

²⁷ Si pensi ad es. alle dieci pratiche cognitive di tipo comportamentale indicate dal Lösel: F. LÖSEL, *Erziehen – Strafen – Helfen*, in A. Karrer (Hrsg.), *Einmal verknackt – für immer vermauert?* (Evangelische Akademie), Tutzing, 1993, 6 ss., 15 (training di autocontrollo nell'agire, avviamento alla riflessione su se stessi ed al pensiero (auto)critico, attivazione di abilità sociali, esercizio delle capacità di soluzione di problemi interpersonali, incoraggiamento del pensiero creativo; e altro ancora).

²⁸ Lo si riconosce ad esempio, in Germania, dove la risocializzazione come terapia sociale viene praticata, per ragioni di ristrettezze economiche e di inidoneità degli istituti, soltanto nelle *sozialtherapeutische Anstalten* (una ventina, con non molti posti ciascuna). Cfr. sul punto, per tutti, K. LAUBENTHAL, *Strafvollzug*, 7 Aufl., Heidelberg et al., 2015, 417 ss nr. marg. 585 ss.

scelta economico-finanziaria (o scelta politica, o di politica del diritto, pesantemente condizionata da questa prospettiva).

Come che sia, c'è un punto inaggirabile: se il "trattamento" è scientificamente inteso come terapia comportamentale, o nel senso pur minimale della terapia sociale, la realtà (non solo in Italia) è che non può essere realizzato *in nessun carcere*, sia – in superficie – per ragioni di realtà economica ed organizzativa; sia – alla radice – perché esso è irrealizzabile in una istituzione totale, come Erving Goffman si è incaricato di mostrare in modo definitivo²⁹. (Non a caso Spinelli utopicamente prospettava l'idea di una "colonia").

Realisticamente, d'altra parte, il carcere non potrà essere abolito almeno nel breve-medio periodo³⁰; ma allora il sistema dovrà limitarlo al minimo³¹, limitando al minimo i reati punibili con pena detentiva e, anche per questi reati, la concreta irrogazione di essa quando gli autori siano soggetti per i quali sia prospettabile un "orizzonte correzionale" secondo i principi individuati in via generale sulla base dell'osservazione scientifica. Va dunque radicalmente modificato già il momento finale del giudizio di cognizione (la fase commisurativa); così come la mentalità del giudice in quella fase (lo sapeva bene von Hentig)³². Il che, peraltro, per via dell'impiego di tempo e di energie processuali, impone di ripensare a ritroso *tutto* il processo, nell'ottica dei criteri di esercizio dell'azione penale.

In ogni caso, la disciplina normativa della materia penitenziaria deve arrivare per ultima (i giuristi di professione si consoleranno con Hegel: arriva come nottola sul far della sera): si tratterà di definire prima l'identità delle istituzioni di esecuzione (carcere e non-carcere: ad es., stabilimenti socio-terapeutici), le regole della loro organizzazione e del loro funzionamento, stabilite *a partire da una fisionomia materiale già orientata dagli scopi che sono stati identificati in precedenza*. Prima si deve definire l'istituzione e le sue regole: il detenuto deve primariamente sapere dove sta, e con quali diritti. Poi, potrà apprendere che viene "trattato", e come.

Rispetto ad un carcere ridotto all'osso di una funzione di contenimento, ciò che diviene centrale è definire le condizioni della legalità. Si tratterà allora di studiare in che cosa può essere tutelata e valorizzata la persona in un'istituzione di questo tipo; ma certamente non potranno essere i giuristi a farlo: il loro compito sarà quello di esplicitare tutte le condizioni di *tutela* normativa della persona a chi possa studiare, alle condizioni normative date, cosa può essere scientificamente plausibile in termini di *promozione* dell'individuo.

Ciò equivale ad osservare che nel carcere minimo e residuale sarà il trattamento a ruotare intorno alla legalità, e non la legalità intorno al trattamento.

Fino a quando non ci si convincerà che, come scrisse Spinelli, «non c'è che una riforma carceraria da effettuare: l'abolizione del carcere penale», costringendo così a pensare alternative reali per le quali servono competenze multidisciplinari, non si riuscirà a squarciare il velo di Maya del pensiero metafisico, o peggio, la coriacea tenacia del pensiero magico.

²⁹ E. GOFFMAN, *Asylums. Le istituzioni totali: i meccanismi dell'esclusione e della violenza*, Torino, 2001 (ed. orig. 1961).

³⁰ Diversamente, e meritoriamente, L. MANCONI, S. ANASTASIA, V. CALDERONE, F. RESTA, *Abolire il carcere. Una ragionevole proposta per la sicurezza dei cittadini*, Milano, 2015.

³¹ Cfr. l'intera produzione "penalistica" di Luigi Ferrajoli.

³² H. von HENTIG, *op. cit.*, 1087: far vedere allo studente cosa sia realmente la fase esecutiva è un «attempt to train a new type of judge».

LA NUOVA DISCIPLINA EUROUNITARIA SUL *MARKET ABUSE*: TRA OBBLIGHI DI CRIMINALIZZAZIONE E *NE BIS IN IDEM* *

Francesco Mucciarelli

ABSTRACT

Il Regolamento (UE) 596/2014 e la Direttiva 2014/57/UE intervengono incisivamente sul comparto degli abusi di mercato, attraverso scelte politico-criminali nette che risentono delle elaborazioni sovranazionali sulla “materia penale” e disegnano un sistema sanzionatorio unitario rispettoso del principio del *ne bis in idem*. Direttiva e Regolamento sono dunque destinati a conformare il diritto punitivo interno sia per quanto concerne la fattispecie di abuso di informazioni privilegiate, sia con riguardo all’ipotesi di manipolazione del mercato. Il legislatore nazionale sarà dunque chiamato a un non facile compito di adeguamento del vigente assetto del *market abuse* al fine di ottemperare alle prescrizioni eurounitarie.

SOMMARIO

1. La “svolta” penalistica della UE nella repressione degli abusi di mercato. – 2. Paradigmi punitivi a confronto. – 2.1. L’ampia nozione di “materia penale”. – 3. Verso un sistema sanzionatorio unitario. – 3.1. Il ruolo del *ne bis in idem* nell’ammagliamenti normativa sovranazionale. – 4. Le coordinate del *ne bis in idem* sostanziale. – 4.1. Fattispecie astratta e fatto concreto. – 4.1.1. I parametri indicati dalla disciplina eurounitaria. – 5. Effetti diretti e indiretti della normativa sovranazionale sul diritto penale domestico. – 5.1. Rapporti tra Regolamento e Direttiva in tema di *market abuse*. – 5.2. Abuso di informazioni privilegiate. – 5.2.1. La criminalizzazione del c.d. *insider* secondario. – 5.3. La comunicazione illecita di informazioni privilegiate. – 5.3.1. Le possibili modifiche normative interne. – 5.4. La manipolazione del mercato. – 5.4.1. Le necessarie modifiche normative interne. – 5.5. Verso la “pan-penalizzazione” nella repressione degli abusi di mercato? – 5.5.1. La differenziazione tra le fattispecie fondata sull’offensività del comportamento. – 5.5.2. Gli altri indici discretivi nella disciplina eurounitaria. – 6. Osservazioni conclusive.

* Il presente contributo è il testo, ampliato e integrato, della relazione sul tema “*Il doppio binario sanzionatorio nel settore del market abuse*” al Convegno “*Il ne bis in idem fra diritto penale e processo*” – Università degli Studi di Milano – Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”, Milano, 15 maggio 2015, in corso di pubblicazione negli atti del Convegno. Si ringraziano l’editore e i curatori dell’opera per avere consentito ad anticiparne la pubblicazione sulla nostra Rivista.

1.

La “svolta” penalistica della UE nella repressione degli abusi di mercato.

Fortemente innovativi si presentano, anche a una prima lettura, gli scenari configurati dal Regolamento (UE) 596/2014¹ (d'ora innanzi Reg. 596/2014) e dalla Direttiva 2014/57/UE² (d'ora innanzi Dir. 57/2014).

Spicca in primo luogo l'opzione netta a favore della sanzione criminale, reputata indispensabile a fronte della dimostrata inadeguatezza delle sanzioni amministrative, tanto sul versante preventivo quanto su quello repressivo³, rispetto all'esigenza di presidiare l'integrità del mercato, la sua efficienza e il suo carattere integrato, nella prospettiva di rafforzare la fiducia degli investitori, elementi, questi ultimi, colti come fattori essenziali di crescita e di benessere economico⁴.

Al cospetto di gravi e diffusi comportamenti riconducibili alla generale categoria degli abusi di mercato e dei danni che ne possono derivare⁵, «la irrogazione di sanzioni penali» viene individuata come strumento necessitato in quanto «avrà un effetto dissuasivo maggiore»⁶; ma anche sulla portata stigmatizzante e simbolica della comminatoria penale fa affidamento il legislatore eurounitario, affermando esplicitamente che la sanzione criminale trasmette al pubblico e ai potenziali contravventori il messaggio che i comportamenti per tal modo sanzionati sono considerati particolarmente gravi dalle autorità competenti⁷, posto che tal genere di sanzione dimostra «una forma più forte di disapprovazione sociale rispetto alle sanzioni amministrative»⁸.

Ribadita l'essenzialità del ricorso alla pena criminale per il perseguimento della politica dell'Unione in materia di tutela del mercato⁹, un altro profilo merita d'essere posto in risalto: la reiteratamente segnalata esigenza di dare uniformità all'ammagliatura del sistema, tanto nelle fasi della identificazione e della tipizzazione delle condotte illecite, quanto nel momento della reazione punitiva.

Esigenza che impone di «stabilire un quadro più uniforme e più rigoroso per tutelare l'integrità del mercato ed evitare il rischio di potenziale arbitraggio normativo, garantire l'assunzione di responsabilità in caso di tentata manipolazione e offrire maggiore certezza del diritto e ridurre la complessità normativa per i partecipanti al mercato»¹⁰, eliminando «le notevoli distorsioni della concorrenza derivanti dalle divergenze tra le normative nazionali»¹¹.

Detto in parole semplici: al cospetto di un'operatività che fisiologicamente travalica i confini nazionali, la necessità di una normativa uniforme diviene requisito imprescindibile per evitare che operatori spregiudicati si avvalgano opportunisticamente delle differenze di disciplina, approfittando di quelle meno severe e comunque facendo leva sulle incertezze applicative e sulle lacune legislative, destinate, le une non meno delle altre, a creare i presupposti per perniciose quanto «notevoli distorsioni della concorrenza»¹², riprendendo così, a distanza di quasi quarant'anni e in forma pressoché testuale, l'insegnamento antiveggente e il monito del-

¹ Regolamento (UE) 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativo agli abusi di mercato e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72 della Commissione. Obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile, il Regolamento «si applica dal 3 luglio 2016» (v. art. 39, § 2, Reg. 596/2014), con le eccezioni indicate dal medesimo art. 39, § 2, la cui applicazione principia dal 3 luglio 2014.

² Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato), il termine di recepimento della quale è fissato al 3 luglio 2016 (v. art. 13, § 1, Dir. 57/2014).

³ Cfr. *Considerando* (5) Dir. 57/2014, per il quale: «l'adozione di sanzioni amministrative da parte degli Stati membri si è finora rivelata insufficiente a garantire il rispetto delle norme intese a prevenire gli abusi di mercato».

⁴ Cfr. *Considerando* (1) Dir. 57/2014.

⁵ Cfr. *Considerando* (7) Dir. 57/2014, per il quale: «alla luce della crisi finanziaria (...) la manipolazione del mercato può comportare danni significativi per la vita di milioni di persone (...) Lo scandalo del Libor, relativo a un grave caso di manipolazione di un indice di riferimento (benchmark), ha dimostrato che problemi e carenze importanti si ripercuotono seriamente sulla fiducia nei mercati e possono determinare perdite consistenti per gli investitori, nonché distorsioni sull'economia reale».

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. *Considerando* (6) Dir. 57/2014.

⁸ Così *Considerando* (6) Dir. 57/2014.

⁹ Cfr. *Considerando* (8) Dir. 57/2014. In senso analogo – e con riferimento anche alle sanzioni amministrative, si vedano anche il *Considerando* (72) e l'art. 30, § 2, lett. c) Reg. 596/2014.

¹⁰ *Considerando* (4) Reg. 596/2014.

¹¹ *Considerando* (5) Reg. 596/2014.

¹² *Ibidem*. Nel medesimo senso il *Considerando* (4) Reg. 596/2014.

la più autorevole delle dottrine, secondo cui l'«imposition de limites pénalement sanctionnées est compatible avec la liberté d'initiative, à la condition qu'elle soient clairement et précisément établies. L'incertitude sur la vigueur d'une loi pénale en raison d'un possible conflit avec le droit communautaire ne fait que favoriser les entrepreneurs les moins scrupuleux, prêts à prendre le risque d'une condamnation. La concurrence en est évidemment faussée»¹³.

In questa prospettiva va inteso anche lo straordinario livello di dettaglio analitico che caratterizza la Dir. 57/2014, espressamente volta a «garantire l'effettiva attuazione del regolamento (UE) n. 596/2014»¹⁴, nonché «all'interno dell'Unione l'esistenza di sanzioni penali almeno per le condotte più gravi di abuso di mercato»¹⁵.

Anche se è difficile fare a meno di sottolineare la nota in questa partitura dissonante di cui informa il Considerando (29) della Direttiva in discorso, segnalando che: «non partecipa all'adozione della presente direttiva, né è da essa vincolato, né è soggetto alla sua applicazione» il Regno Unito, vale a dire la più importante (e di gran lunga) piazza finanziaria europea (Londra).

2.

Paradigmi punitivi a confronto.

Se la prevalenza del “penale” non appare dubitabile, rimane tuttavia aperto il problema dell'eventuale spazio da assegnare alla sanzione amministrativa, esplicitamente raccomandata, ma non imposta, dal combinato disposto dei Considerando (71) e (72) Reg. 596/2014.

La questione consiste all'evidenza nel regolare i rapporti fra i due sistemi sanzionatori, sebbene la lettura complessiva del Regolamento e della Direttiva sembri suggerire una prospettiva diversa: più che due universi punitivi in qualche misura paralleli e necessariamente separati, potenzialmente concorrenti sullo stesso fatto (sulla stessa fattispecie?), il legislatore eurounitario pare aver riguardo a un modello unitario chiamato a disciplinare il settore dell'abuso di mercato, univocamente definito dal Considerando 7 Reg. 596/2014 («Abuso di mercato è il concetto che comprende le condotte illecite nei mercati finanziari e ai fini del presente regolamento dovrebbe essere inteso come abuso di informazioni privilegiate, comunicazione illecita di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato. Tali condotte impediscono una piena ed effettiva trasparenza del mercato, che è un requisito fondamentale affinché tutti gli attori economici siano in grado di operare su mercati finanziari integrati»).

Appena il caso di notare come il riferimento alle «condotte illecite» non sia qualificato in modo ulteriore, sì da non potersene inferire la caratterizzazione nel senso dell'illecito penale, ovvero di quello amministrativo.

Le scenario di fondo sembra dunque prefigurare un paradigma sanzionatorio sostanzialmente unitario, che rimanda alla risalente e tuttavia ancor oggi valida e insuperata lettura¹⁶ che vide – orsono trent'anni – nel finalismo della sanzione irrogata il nucleo essenziale nel quale consiste la “materia penale” oltre ogni formalistica caratterizzazione.

Sicché, come di recente è stato correttamente notato, nel novero delle sanzioni punitive (appartenenti dunque alla “materia penale”) vanno ascritte «tutte le sanzioni che manifestano ed esprimono una finalità intimidativa, deterrente, con funzioni di prevenzione generale o speciale. Restano di conseguenza escluse le sanzioni che hanno efficacia meramente riparatrice o ripristinatoria, che contengono, cioè, un obbligo di contenuto inverso a quello violato e a quello omogeneo: mentre nessuna corrispondenza vi è tra il contenuto della sanzione e la natura dell'obbligo violato nel caso di sanzioni punitive»¹⁷.

Indice eloquente e rimarchevole di questa visione unitaria si ricava dall'impiego – nella traduzione in italiano degli atti normativi in esame – del termine «reato», che ben può dirsi utilizzato in modo atecnico, tanto se lo si misura sulla scorta dei principi dell'ordinamento

¹³ C. PEDRAZZI, *Droit Communautaire et droit pénal des Etats Membres*, in AA.Vv., *Droit Communautaire et droit pénal. Colloque du 25 octobre 1979*, Milano, 1981, 49 ss., ora in Id., *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 417 ss. (da qui la citazione, 441).

¹⁴ Considerando (23) Dir. 57/2014.

¹⁵ Considerando (25) Dir. 57/2014.

¹⁶ C.E. PALIERO, “Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica e una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894.

¹⁷ A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, 855, in particolare 869.

penale domestico, quanto rispetto alla formulazione del Regolamento e della Direttiva in altre lingue ufficiali dell'UE¹⁸. Indipendentemente dalla correttezza lessicale della versione italiana, è interessante osservare che, a mente del Considerando (8) Dir. 57/2014, per i fatti qualificati come «reati gravi» l'introduzione di sanzioni penali è essenziale, sicché per implicazione necessaria si deduce che si devono ammettere fatti (o, tecnicamente, «reati») meno gravi, che potrebbero trovare nella sanzione amministrativa la concreta risposta punitiva.

Anticipando qui l'esito di questa notazione (cfr infra, § 2.1.), si osservi che, stando al legislatore eurounitario, le sanzioni penali dovranno essere obbligatoriamente previste dagli Stati membri per «i casi gravi (...) se commessi con dolo»¹⁹ e dovranno consistere nella detenzione²⁰ (della quale viene addirittura indicata la misura minima del massimo editale), mentre per i fatti meno gravi potranno essere contemplate sanzioni e misure amministrative (tipologie, queste ultime, peraltro dettagliatamente elencate dall'art. 30 Reg. 596/2014).

Ben oltre il dato linguistico, è il profilo sostanziale che riconduce a un dato di fondo primario e fondante: il territorio dell'abuso di mercato – così come concettualmente definito – merita nella prospettiva del legislatore eurounitario una reazione sanzionatoria punitiva, che dovrà articolarsi, sempre secondo la cogente indicazione del Regolamento e della Direttiva, secondo un paradigma all'apparenza semplice e lineare: ai fatti illeciti (i «reati» come vengono univocamente chiamati nella versione italiana degli atti ora ricordati) caratterizzati da una maggior gravità (e commessi con dolo²¹) dovrà applicarsi la sanzione penale intesa come pena detentiva, mentre alle altre violazioni potrà essere riservata la sanzione amministrativa (pur sempre di natura punitiva e, in quanto tale, rientrante nella comune «materia penale» secondo l'insegnamento delle Corti europee²², che sembra peraltro accolto anche dal Giudice delle leggi italiano²³).

Senza scadere in un nominalismo dal diverso oggetto, è ben chiaro che il dualismo è destinato a riemergere di fronte all'alternativa sanzione penale/sanzione amministrativa, cop-

¹⁸ Si considerino le versioni inglese, francese e tedesca degli atti legislativi in esame, ove sono impiegate locuzioni non univocamente connotate in chiave penalistica, ma piuttosto allusive all'illecito in senso ampio, che soltanto se caratterizzato da gravità impone l'adozione di sanzioni penali: il testo del Considerando (8) in lingua inglese contiene l'espressione «serious market abuse offences», mentre in francese si parla di «*formes graves d'abus de marché*» e in tedesco di «*schweren Verstößen im Bereich des Marktmissbrauchs*». I termini «*offences*» e «*Verstößen*» rientrano per vero nel campo semantico di «violazioni» non ulteriormente qualificate, laddove il vocabolo francese «*formes*» ha portata ancor più generica, colorandosi di illiceità (non necessariamente penale) per effetto dell'attributo «*graves*» e del riferimento all'«*abus de marché*». Come ognuno vede, nessuna delle varianti linguistiche considerate è riportabile a quella italiana, atteso che la parola «reato» ha univoca valenza penalistica e nel contesto in esame – per rendere in modo adeguato la *ratio* del provvedimento – si sarebbe dovuto impiegare il lemma «*illecito*» (analogamente ai modelli inglese e tedesco), ovvero un'espressione più generica come «*ipotesi*» (sulla scia della variante francese), ciò che avrebbe consentito di cogliere il *dictum* normativo in tutta la sua portata. La questione – che a ben vedere non determina problemi sistematici insormontabili – può essere risolta solo in via interpretativa, in quanto per l'ordinamento domestico fa fede il testo pubblicato in Gazzetta Ufficiale UE nella rispettiva lingua nazionale (ai sensi del combinato disposto degli artt. 297 TFEU e 5 Reg. 1/1958), attesa la pluralità di lingue ufficiali dell'UE (*id est* quelle di tutti gli Stati membri). Non resta che prendere atto della sciatteria e della superficialità dei redattori del testo italiano, ai quali è evidentemente ignoto il lessico giuridico-penale.

¹⁹ Esplicito in questo senso il dettato del Considerando (10) Dir. 57/2014, che impone agli Stati membri «*di considerare come reati almeno i casi gravi di abuso di informazioni privilegiate, di manipolazione del mercato e di comunicazione illecita di informazioni privilegiate*», disposizione fra l'altro suggestiva anche della differenziazione secondo il canone della gravità delle condotte da sottoporre alle diverse tipologie di sanzione.

²⁰ Dal Considerando (16) Dir. 57/2014 si ricava agevolmente che la pena detentiva è obbligatoriamente richiesta dal legislatore eurounitario come sanzione per i «reati gravi» in materia di abusi di mercato.

²¹ Da segnalare, tuttavia, che, alla luce del Considerando (21) Dir. 57/2014, agli Stati membri è concessa facoltà di prevedere sanzioni penali (*id est*: la pena detentiva) anche nel caso di manipolazione del mercato «*commessa con colpa grave o negligenza*».

²² Sul concetto di «*matière pénale*» in ambito CEDU si veda, per tutte, Corte EDU, II sez., sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia* (ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010); per la medesima nozione nel contesto eurounitario cfr invece Corte Giust. UE (gr. sez.), 26 febbraio 2013, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson* (C-617/10).

Tali decisioni concernono l'osservanza del principio del *ne bis in idem* – sancito tanto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 4 prot. 7), quanto dall'art. 50 CDFUE – in casi nei quali un dato ordinamento giuridico contempla per il medesimo fatto una duplice risposta sanzionatoria (penale *stricto sensu* e amministrativa): l'approccio comune alle due giurisdizioni sovranazionali consiste in una valutazione concreta delle misure afflittive, del tutto sganciata dalle «etichette» assegnate dal legislatore nazionale. Le implicazioni del «dialogo» tra le Corti e le ricadute in ambito domestico sono tuttavia controverse, non solo nella prospettiva *de iure condendo*, ma anche *de iure condito*: in argomento v. F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta?*, in questa Rivista, 3-4/2014, 219 ss.; G.M. FLICK, *Il principio di legalità: variazioni sul dialogo fra Corte di Giustizia, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte costituzionale italiana*, in Riv. AIC, 4/2014; nonché, da ultimo, A. MASSARO, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei «doppi binari» nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della «materia penale»*, in questa Dir. pen. cont., 15 luglio 2015.

²³ Si veda in questo senso Corte cost., sent. 14-18 aprile 2014, n. 104, pres. Silvestri, red. Napolitano, in *Giur. cost.*, 2014, 1847, che conferma il principio già espresso dalla stessa Corte costituzionale (sent. n. 196/2010) secondo il quale «*tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto*».

pia foriera di molteplici dubbi e incertezze²⁴ e che proprio una visione unitaria dell'apparato sanzionatorio (almeno nel settore dell'abuso di mercato) potrebbe permettere di sciogliere definitivamente, ammettendo – pianamente e semplicemente – che al cospetto di sanzioni di portata afflittiva e intimidativa si è sempre in presenza (quanto alle dovute garanzie) di “materia penale”.

2.1.

L'ampia nozione di “materia penale”.

Prima di procedere nell'esame della ventura disciplina dell'abuso di mercato e del (forse inesistente) doppio binario sanzionatorio, conviene una breve divagazione di carattere generale.

In principio sta il rilievo che, vertendosi in un ambito convenzionale, ai termini vengono assegnati significati che dipendono dal (sono funzione del) contesto di riferimento. Sicché il loro valore denotativo (ovvero: il campo semantico al quale ciascuno d'essi rimanda) muta al variare del contesto di riferimento.

Così nell'ordinamento italiano (e, in genere, nei sistemi di civil law) il termine reato ha una denotazione rigida e la sua definizione concettuale ha carattere eminentemente formale, dipendendo da una precisa disposizione del codice penale, esclusivamente polarizzata sulla tipologia delle sanzioni previste (anch'esse formalmente definite secondo una precisa tassonomia). Da tale rigida classificazione dipende poi, in modo non equivoco, la connotazione di quanto – stando al vigente assetto ordinamentale – si definisce “materia penale”²⁵.

Ben diversamente si atteggia il legislatore eurounitario, nelle disposizioni del quale – almeno in materia di market abuse – riecheggiano i principi fondamentali²⁶ e l'interpretazione della Corte europea dei Diritti dell'Uomo (già a partire dalla risalente e fondativa decisione della Corte EDU in re Öztürk²⁷): la “materia penale” non è quella designata sulla base di un dato formale (ovviamente variabile da ordinamento a ordinamento, a seconda degli indici assunti per la caratterizzazione), ma, piuttosto, quella che si identifica per il carattere afflittivo/intimidativo della sanzione.

Soltanto per le più gravi fra le condotte illecite (comunque tutte appartenenti alla comune “materia penale”), il legislatore eurounitario stabilisce che i singoli legislatori nazionali debbano prevedere la pena detentiva, considerata suggello proprio delle violazioni connotate da un maggior disvalore (e commesse con dolo).

Stabilisce infatti in modo non equivoco il Considerando (16) Dir. 57/2014: «affinché le sanzioni previste per i reati di cui alla presente direttiva [id est: per le condotte più gravi, stando alle indicazioni altrove esplicitamente espresse dal Reg. 596/2014 e dalla Direttiva medesima] siano effettive e dissuasive, è opportuno che la presente direttiva preveda un livello minimo per la pena detentiva massima».

Ancora anticipando le conclusioni cui si perverrà in conclusione del corrente paragrafo, alla detenzione il legislatore eurounitario affida il ruolo di sanzione elettiva in relazione ai fatti «gravi», tipologia sanzionatoria bensì imposta, ma la cui specifica previsione all'interno dei singoli ordinamenti nazionali viene demandata – per così dire fisiologicamente – ai legislatori di ciascuno Stato membro, senza che ciò faccia smarrire l'unitarietà del sistema punitivo e la comune qualificazione di “materia penale” da riconoscersi anche alle sanzioni “amministrative”

²⁴ Si pensi, soltanto per esemplificare, al dibattito conseguito alla decisione della Corte EDU in re Grande Stevens, cit.: cfr, oltre ai lavori richiamati in nota 22, G.M. FLICK, V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? (“Materia penale”, giusto processo e “ne bis in idem” nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul “market abuse”)*, in *Riv. soc.*, 2014, 953 ss.; A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni*, cit., 855 ss.; A.F. TRIPODI, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell'ordinamento italiano*, in questa Rivista, 3-4/2014, 201 ss.

²⁵ Sugli incerti confini della materia penale in Italia v. le insuperate considerazioni di C. PEDRAZZI, (voce) *Diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, pp. 64 ss., ora in *Id.*, *Diritto penale*, I, cit., 147 ss. Nella manualistica è tuttora dominante il criterio “nominalistico”, in base al quale è reato il fatto cui la legge ricollega una “pena”, salvo dibattere sull'accezione di quest'ultimo lemma: nel senso di riconoscere funzione “identificativa” alle sole sanzioni principali v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 4ª ed., Milano, 2012, 159; *contra* G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, P.G., 7ª ed., Bologna, 2014, 3, secondo cui anche le misure di sicurezza costituiscono sanzioni “penali”.

²⁶ Espressamente il Considerando (77) Reg. 596/2014 afferma il rispetto dei «diritti fondamentali» e l'osservanza dei «principi riconosciuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

²⁷ Corte EDU, sent. 21 febbraio 1985, Öztürk c. Germania, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894, con nota di C.E. PALIERO, “Materia penale”, cit.

(ivi comprese quelle stabilite in modo analitico e dettagliato dal Regolamento 596/2014²⁸).

Il semplice raffronto degli insiemi, che vengono a costituirsi a partire dalle due differenti accezioni nelle quali la nozione di “materia penale” può essere intesa (assegnando all’aggettivo penale, rispettivamente, una portata denotativa in senso formale e rigido, ovvero in senso sostanziale e ampio), mostra all’evidenza come sia il contesto di riferimento a determinare non soltanto il significato del medesimo termine linguistico impiegato, ma anche a condizionare – conseguentemente e ineluttabilmente – l’ambito dimensionale di ciascun insieme sotteso al termine linguistico stesso (manifesto essendo che quello designato dall’aggettivo pregnante penale secondo il valore che gli è proprio per l’ordinamento italiano è minore e comunque integralmente compreso nel maggior insieme che si forma attribuendo al medesimo termine – penale – la valenza conferitagli dalla giurisprudenza delle Corti europee).

La tentazione – forte – è quella di dire che, al fondo, si è in presenza di un problema linguistico, oltre il quale stanno senz’altro componenti assiologiche e storiche bensì rilevanti, ma che probabilmente meriterebbero oggi d’essere riconsiderate: l’economia del presente intervento non autorizza altro che un’ulteriore rapida notazione.

La caratterizzazione formale e rigida della nozione di (materia) penale propria dell’ordinamento italiano reca con sé indubbiamente una maggiore precisione e determinatezza e assicura che tutte le garanzie proprie del ius terribile assistano il cittadino nel momento dell’applicazione di sanzioni fortemente afflittive e (anche solo potenzialmente) limitative della libertà personale. Ciò che ha una precisa spiegazione storica e che al contempo segna (e ha segnato) l’evoluzione delle discipline penalistiche.

Ma a una riflessione forse meno ortodossa e meno tradizionale, il vincolo formale nel quale consiste la designazione della “materia penale” secondo l’ordinamento italiano (e quelli consimili) rischia di diventare troppo angusta e, per qualche verso, persino contraddittoria con quell’esigenza di garanzia che ne constitui il fondamento e la scaturigine.

Si pensi dapprima alla coppia sanzione pecuniaria amministrativa/multa o ammenda: la difficoltà di spiegarne la differenza sostanziale ben può essere contenutisticamente fronteggiata facendo appello, da un lato, alle conseguenze derivanti dal mancato pagamento di queste ultime rispetto all’omologa sanzione amministrativa e, dall’altro, alla circostanza che la condanna alla multa o all’ammenda dà luogo a un precedente comunque rilevante.

Ma se si guarda al profilo dell’efficienza affittiva/intimidativa di un tal genere di sanzione (penale o amministrativa che sia), la questione sembra porsi in modo affatto diverso.

Si tralasci pure il rilievo, meramente teorico, che, a seguito della fondamentale legge di depenalizzazione n. 689 del 1981, il legislatore nazionale non avrebbe più dovuto – per ragioni di coerenza logico-sistematica – comminare in via esclusiva le pene della multa e dell’ammenda e si assegni peraltro peso marginale alla circostanza che, in forza dell’istituto dell’oblazione, l’ammenda si traduce in concreto in una sanzione amministrativa di egual specie (posto che l’effetto estintivo sul reato elimina le conseguenze cui s’è fatto appena sopra cenno): anche indipendentemente dall’influenza che le notazioni ora sintetizzate potrebbero avere sul discorso che si vien facendo, è difficile negare che l’efficienza della sanzione pecuniaria (comunque denominata) dipende dal dato intrinseco costituito dalla sua misura, la cui entità non può non essere determinata (o dovrebbe esserlo) anche (e soprattutto) in funzione del reddito/condizioni economiche del reo.

Come ognun vede, un dato dimensionale, quantitativo, del tutto indifferente rispetto al nomen della sanzione e alle ascendenze d’essa. Tanto più che uno dei problemi (forse: il problema) della sanzione pecuniaria e dell’efficienza (retributiva e preventiva) della stessa²⁹ sta proprio nella sua configurazione editale e nella sua concreta commisurazione, in modo che

²⁸ Esemplari e illuminanti in proposito le previsioni dell’art. 30 Reg. 596/2014 (*Sanzioni amministrative e altre misure amministrative*), che recano un dettagliato e particolareggiato catalogo di sanzioni pecuniarie stabilite in relazione a specifiche e determinate violazioni a precetti del Regolamento stesso (cfr § 1), nonché un altrettanto dettagliato elenco di sanzioni per la più parte interdittive, egualmente riferite – seppur in modo meno preciso – a infrazioni al Regolamento (cfr § 2).

²⁹ La dottrina italiana denuncia da tempo le inefficienze e l’incoerenza della vigente disciplina della pena pecuniaria, auspicandone un’incisiva riforma per effetto della quale eliminare in primo luogo la disparità di trattamento connessa a cornici editali “a somma complessiva”, indifferenziate per la totalità dei consociati, risultando invece preferibile l’adozione di modelli a “tassi giornalieri”, secondo l’impostazione di altri ordinamenti (in particolare quello tedesco) e già applicata nel sotto-sistema punitivo degli enti ex d. lgs n. 231/2001. Cfr E. DOLCINI, *Riforma della parte generale del codice e rifondazione del sistema sanzionatorio penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 823 ss.; G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano, 1985, p. 358; C. DE MAGLIE, *Ha un futuro l’attuale modello di pena pecuniaria?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 665.

possa risultare effettivamente affittiva³⁰ in necessario rapporto alle condizioni economiche del condannato (ciò che contribuirebbe a togliere alla sanzione pecuniaria l'altrimenti inaccettabile marchio "classista").

Ma v'è di più, ben di più, se si trasferisce l'attenzione alle sanzioni interdittive (le «misure amministrative», come le chiama il Regolamento³¹). Che l'interdizione, temporanea o permanente³², ovvero qualsiasi altra forma di limitazione dell'esercizio di una attività o della possibilità di ricoprire determinate funzioni, incarichi o ruoli non si risolva in una compressione della libertà personale, appare affermazione a dir poco azzardata.

Comunque la si chiami (pena criminale in senso proprio, accessoria o principale, sanzione o misura amministrativa), essa si traduce in un vincolo potente di uno dei momenti (l'attività lavorativa) nei quali si estrinseca il più generale diritto di libertà della persona umana. A meno di non ritenere che il diritto di libertà si sostanzi (e si riduca) alla libertà "fisica", intesa come assenza di barriere agli spostamenti nello spazio, in una prospettiva coerente con una visione custodiale del diritto penale.

Che nessuno possa sensatamente dubitare del diverso grado di affittività della reclusione carceraria, o anche soltanto domiciliare, rispetto a qualsivoglia forma di inibizione (temporanea o permanente) da attività lato sensu lavorative, non sembra tuttavia argomento bastevole a privare quest'ultima tipologia di sanzioni della caratteristica d'essere limitative della libertà personale, quand'anche in grado minore di quelle detentive.

Sicché, ragionando da quest'ultimo punto di vista (e, segnatamente, con riguardo alle sanzioni interdittive), la denotazione formale della "materia penale" non sembra assicurare – e non lo assicura per certo nella ormai consolidata interpretazione delle Corti europee – un criterio soddisfacente con riguardo al versante delle garanzie che debbono presiedere al (e presidiare il) momento della irrogazione di una sanzione dal contenuto affittivo/intimidativo (e qualche dubbio finisce con l'apparire legittimo anche rispetto all'ordinamento interno, considerando, fra l'altro, recenti arresti della Corte costituzionale³³).

Né al legislatore eurounitario sembra essere sfuggito un profilo ulteriore, che pure inerisce per essenza alla "materia penale", costituendo – a ben vedere – l'estremo sostanziale della funzione di garanzia del principio di legalità, tipico, per l'appunto, della "materia penale": colto nel profilo della precisione e della determinatezza della fattispecie, tale fondante estremo viene richiamato dal Considerando (6) Dir. 57/2014, quando sottolinea che «introducendo sanzioni penali (...) si stabiliscono confini chiari per i tipi di comportamenti che sono ritenuti particolarmente inaccettabili» (sottolineatura aggiunta).

In sintesi: la formula "materia penale" designa nella prospettiva sovranazionale un insieme più ampio di quello che, secondo l'ordinamento domestico, è riconducibile alla medesima locuzione, perché i due ordinamenti (quello eurounitario e quello italiano) attribuiscono all'estremo qualificante (l'aggettivo penale) il diverso valore denotativo che s'è cercato di illustrare.

Ma nel presente contesto la prevalenza della normativa eurounitaria non sembra generare problemi: l'ampliamento (rectius: l'estensione) delle garanzie proprie della "materia penale" (intesa in senso ampio e sostanziale) anche ad ambiti che a tale nozione non sarebbero riconducibili secondo la caratterizzazione formale e rigida dell'ordinamento nazionale non importa infatti, posta la comunemente riconosciuta prevalenza del diritto eurounitario in senso favorevole al reo³⁴, il prodursi di situazioni deteriori per il cittadino (ma, al contrario, una espansione, un aumento dei suoi diritti di libertà).

Diversamente – come in alcuni casi prefigurati dalla Dir. 57/2014 – quando il legislatore eurounitario intende prescrivere l'adozione di norme che implicano la creazione di nuove fattispecie per le quali sia da comminare la pena detentiva³⁵ (ovvero l'allargamento dell'ambito

³⁰ Adempiendo così anche alle altre funzioni che di una pena sono proprie.

³¹ Cfr Reg. 596/2014, *Considerando* (71) e art. 30, §§ 1 e 2 (quest'ultimo enumera dettagliatamente le misure "amministrative").

³² Si vedano, ad esempio, le previsioni dell'art. 30, § 2, lett. e), f) e g) Reg. 596/2014.

³³ V. ancora Corte cost., sentt. nn. 196/2010 e 104/2014, cit.

³⁴ Per l'incondizionata operatività e prevalenza del diritto eurounitario e dell'interpretazione "sovranazionalmente orientata" sulle disposizioni penali interne, allorché si determinino effetti *in bonam partem* v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 75; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 46.

³⁵ Ai sensi dell'art. 3, § 3, Dir. 57/2014 gli Stati membri sono ad esempio tenuti a criminalizzare anche le condotte del c.d. *insider* secondario (*id est* chi ottiene informazioni privilegiate dall'*"insider* primario", cui i divieti penalmente sanzionati sono rivolti in prima battuta): v. *infra*, § 5.2.1..

di applicabilità di figure di reato già esistenti³⁶ o un aggravamento sanzionatorio), è lo stesso legislatore eurounitario a operare attraverso lo strumento della direttiva, che – come ognun sa – importa un atto legislativo di recepimento, indispensabile in quanto si è al cospetto di disposizioni destinate a limitare ambiti di libertà del cittadino (limitazione che può avvenire nel rispetto del principio di riserva di legge, costituzionalmente presidiato).

Illuminante nel contesto appare – soprattutto in relazione alle considerazioni svolte in tema di sanzioni interdittive – la ben netta e percepibile differente struttura del precetto contenuto nell'art. 30 Reg. 596/2014, a proposito delle sanzioni e misure amministrative previste per le infrazioni al Regolamento.

Ricordato che si verte in materia di condotte bensì illecite, ma meno gravi (i “reati meno gravi” per seguire la terminologia dei Considerando tanto del Regolamento quanto della Direttiva nella versione italiana) e che il Regolamento è self-executing, mentre il § 1 del menzionato art. 30 stabilisce le sanzioni pecuniarie per ciascuna specifica violazione, dettandone la misura massima [§ 2 lett. i) per le persone fisiche, lett. j) per quelle giuridiche], altrettanto dettaglio non si riscontra per le sanzioni interdittive (le «misure amministrative», sempre per dirla secondo il Regolamento), che sono elencate nel medesimo § 2 [lett. da d) a g)], ma la cui entità (la durata) è affidata all'intervento del legislatore del singolo Stato membro.

Sicché nell'eventuale inerzia di quest'ultimo, in violazione del disposto dell'art. 39, § 3, Reg. 596/2014, le sanzioni pecuniarie potrebbero trovare applicazione diretta a partire dal 3 luglio 2016 (data che il Regolamento – «obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri» – stabilisce per la propria applicazione) posta la sufficiente specificità della previsione, mentre altrettanto non potrebbe certamente dirsi con riguardo alle misure interdittive.

Quasi che il legislatore eurounitario, di fronte alla indiscutibile maggior incidenza di quest'ultima tipologia sanzionatoria sulla libertà del cittadino, abbia preferito affidare all'intervento normativo del singolo Stato membro il compito di provvedere a tale completamento dell'assetto punitivo in una prudente prospettiva di self-restraint al cospetto di una nozione di “materia penale” che inevitabilmente soffre della segnalata ambivalenza di significato, cui conseguono differenti contesti di riferimento per la disciplina applicabile.

Pur con le opportune e per certi versi doverose attenzioni e cautele cui s'è fatto cenno, alla nozione ampia e sostanziale di “materia penale”, atta a comprendere i fatti puniti con sanzioni afflittive con finalità intimidative e in funzione di prevenzione generale e speciale, sembrano conformarsi tanto il Regolamento 596/2014 quanto la Direttiva 57/2014.

Proprio la disciplina dettata per i «reati gravi» da un lato conferma l'unitarietà del sistema prefigurato dal legislatore eurounitario e, dall'altro, mostra l'attenzione con la quale lo stesso si è mosso, tenendo conto ad un tempo della ampiezza della nozione di “materia penale” e dei riflessi che essa nelle specificità dei singoli ordinamenti nazionali.

Per i «reati gravi» (almeno per essi), qualora commessi con dolo, gli Stati membri dovranno infatti prevedere sanzioni penali in senso stretto (tali denominate secondo la qualificazione propria di ciascuno Stato), comunque consistenti (anche) nella pena detentiva (della quale la Direttiva indica pesino la misura minima del massimo edittale), mentre per quelli “meno gravi” dovranno/potranno essere contemplate sanzioni e misure amministrative, fermo restando che – come s'è visto – per una serie di infrazioni al Regolamento, lo stesso prevede già una articolata tabella punitiva che fornisce ai legislatori nazionali un paradigma di riferimento segnatamente stringente (con l'eventualità di una possibile, quantunque problematica, applicazione diretta delle sole sanzioni pecuniarie amministrative stabilite dal Regolamento in caso di inosservanza dell'art. 39, § 3, da parte di uno Stato membro).

³⁶ L'art. 5, § 2 Dir. 57/2014 considera manipolazione del mercato: «a) la conclusione di un'operazione, immissione di un ordine di compravendita, o qualsiasi altra condotta che: i) fornisce segnali falsi o fuorvianti relativi all'offerta, alla domanda o al prezzo di uno strumento finanziario o di un contratto a pronti su merci collegato». In senso del tutto analogo – e per vero con una serie di specificazioni che ulteriormente approfondiscono la rilevanza della componente comunicazionale dell'operazione – si esprime l'art. 12, § 1, Reg. 596/2014. Evidente l'ampliamento della sfera del penalmente rilevante sotteso alle richiamate previsioni: nella vigente disciplina italiana in materia di abusi di mercato un'informazione “fuorviante” integra l'illecito amministrativo previsto dall'art. 187-ter d. lgs n. 58/1998, non potendo – in mancanza di adeguata attitudine ingannatoria – dare vita alla figura delittuosa di *Manipolazione del mercato* (art. 185 d. lgs cit.), neppure nell'ipotesi “di chiusura” di quest'ultima disposizione incriminatrice (*id est* “altri artifici”). Sul punto sia consentito rinviare a F. MUCCIARELLI, *Gli illeciti di abuso di mercato, la responsabilità dell'ente e l'informazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 823 ss.; nonché Id., (sub) Art. 185, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini, G. Gasparri, Torino, 2012, 2403 ss.

3.

Verso un sistema sanzionatorio unitario.

Invece che di un impianto a “doppio binario”, dove il medesimo fatto (la medesima fattispecie?) è assoggettata a due diverse sanzioni (una penale e l'altra amministrativa, secondo una nomenclatura tradizionale e legata allo schema definitorio formale e rigido, tuttavia entrambe rientranti nella “materia penale” in base a una definizione sostanziale e ampia), l'assetto che sembra emergere dal complesso integrato costituito dal Regolamento 596/2014 e dalla Direttiva 57/2014 suggerisce l'idea di un sistema unitario, improntato a una sorta di gradualismo, nel quale le sanzioni massime (quelle per le condotte maggiormente offensive: cioè per i «reati gravi» se commessi con dolo³⁷) debbono consistere necessariamente (anche) nella detenzione e debbono essere classificate come penali secondo i singoli ordinamenti nazionali (in relazione alla portata stigmatizzante riconosciuta a tal genere di comminatoria³⁸).

I comportamenti caratterizzati da un minor grado di pericolosità o di lesività (per differenza, mantenendo il linguaggio della versione italiana della legislazione eurolunitaria, i “reati meno gravi”), fra i quali vanno compresi quelli tipizzati dal Regolamento e non connotati in termini di gravità, potranno invece trovare reazione adeguata in sanzioni pecuniarie e misure interdittive, invariabilmente ricomprese nella comune “materia penale”, indipendentemente dall'etichetta stricto sensu penalistica o amministrativa applicata dal legislatore nazionale.

Il sistema unitario improntato a un gradualismo sanzionatorio collegato alla gravità del fatto/fattispecie sembra, almeno a prima vista e sul versante della sua astratta configurazione, efficiente rispetto alla doverosa osservanza del superiore principio del ne bis in idem, soprattutto alla luce della ormai consolidata interpretazione delle Corti in tema di “materia penale”.

Nella prospettiva di evitare che per il medesimo fatto vengano in concreto congiuntamente irrogate sanzioni afflittivo/intimidative con funzione di prevenzione (generale o speciale) – per ciò rientranti nella “matière pénale”, cui accede il vincolo del ne bis in idem –, risulterebbe idoneo un sistema che assegni la pena criminale (detentiva ed eventualmente altre così formalmente denominate dai legislatori degli Stati membri) soltanto per alcune condotte e sanzioni amministrative (tipologicamente riconducibili, ad esempio, a quelle pecuniarie, interdittive e di altro genere contemplate dall'art. 30 Reg. 596/2014) per altri comportamenti.

Come s'è anticipato tale canone potrebbe consistere nella gravità del fatto, accompagnato dalla tinta dolosa dell'atteggiamento psicologico che deve colorare le condotte integranti i «reati gravi» di cui discorre il Considerando (8) Dir. 57/2014, con la conseguente assegnazione della sanzione penale ovvero amministrativa (nel senso sopra precisato) rispettivamente ai fatti tipici in ragione del loro maggiore o minore disvalore, ferma restando la comune appartenenza delle sanzioni in discorso alla “materia penale”.

Depone univocamente in tal senso il Considerando 23 Dir. 57/2014, che, ribadendo la “prevalenza” della reazione penale³⁹ per le «condotte illecite commesse con dolo (...) almeno nei casi gravi»⁴⁰, segnala che per le violazioni del Regolamento (si ricordi: direttamente applicabile) le sanzioni potranno essere irrogate «senza che sia comprovato il dolo o che gli illeciti siano qualificati come gravi»⁴¹.

³⁷ Ferma la possibile eccezione per le manipolazioni di mercato, eventualmente punibili come «reati gravi» anche se commesse per colpa: cfr *Considerando* (21) Dir. 57/2014.

³⁸ V. in proposito l'esplicita indicazione del *Considerando* (6) Dir. 57/2014, che connette alla comminatoria della sanzione penale (nel caso: della pena detentiva, secondo l'espressa previsione dell'art. 7, §§ 2 e 3, Dir.) la funzione di trasmettere «al pubblico e ai potenziali contravventori il messaggio che tali comportamenti [id est: “le forme gravi di abusi di mercato”] sono considerati molto seriamente dalle autorità competenti».

³⁹ Il *Considerando* (23) Dir. 57/2014 precisamente dispone che le condotte gravi commesse con dolo debbano essere «punte conformemente alla presente direttiva», che per tali ipotesi prevede appunto sempre la pena detentiva, indicandone persino il minimo della misura massima che deve essere comminata (cfr art. 7 Dir. 57/2014). In termini egualmente espliciti il *Considerando* (10) della medesima Direttiva, che impone agli Stati membri l'obbligo di «considerare come reati almeno i casi gravi di abuso di informazioni privilegiate, di manipolazione del mercato e di comunicazione illecita di informazioni privilegiate, quando sono commessi con dolo».

⁴⁰ *Considerando* (23) Dir. 57/2014.

⁴¹ *Ibidem*.

3.1.

Il ruolo del ne bis in idem nell'ammagliamentamento normativo sovrannazionale.

Proprio dal richiamato Considerando (23) emerge l'attenzione del legislatore eurounitario al rispetto del principio del ne bis in idem: la struttura della parte ora riassunta della disposizione mette in chiara evidenza che fra gli illeciti in considerazione e le sanzioni per gli stessi previste (comunque denominati – illeciti e sanzioni – sul piano meramente formale) può determinarsi un rapporto di identità del fatto, potenzialmente foriero della violazione del ricordato superiore principio nel momento della applicazione delle sanzioni.

Lo sviluppo del dettato normativo è sul punto non equivoco: «nell'applicare la normativa nazionale di recepimento della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero garantire che l'irrogazione delle sanzioni penali per i reati ai sensi della presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) n. 596/2014 non violi il principio del ne bis in idem»⁴².

Né deve meravigliare che l'onere di tale doverosa osservanza venga in sostanza spostato sul legislatore nazionale: se si pone mente alla circostanza che la direttiva necessita comunque di un atto legislativo di recepimento, è in tale fase che deve essere data concreta attuazione al canone ribadito dal Considerando (23).

In altri termini, tocca al legislatore di ciascuno Stato membro recepire le indicazioni della Direttiva concernenti le singole fattispecie punibili con la reclusione, in modo tale che le condotte integratrici di tali ipotesi non contemplino il medesimo fatto previsto da quelle costitutive degli illeciti riprovati dal Regolamento e per le quali quest'ultimo prevede sanzioni e misure amministrative, garantendo per tal modo che l'assetto normativo risultante dal recepimento della Direttiva e dalle disposizioni del Regolamento (oltre che, ovviamente, da quelle amministrative interne preesistenti) «non violi il principio del ne bis in idem».

Come si cercherà di mostrare, la Direttiva per vero s'incarica di individuare elementi suggestivi del criterio discrezionale polarizzato sulla gravità⁴³, cercando così di fornire ai legislatori nazionali un parametro univoco per tale differenziazione, sebbene il risultato non sembri – almeno a prima vista – perspicuo e particolarmente efficiente rispetto allo scopo: ma tale pur ridotta attitudine dei “suggerimenti” alla bisogna (che è giudizio sul merito) non incrina il valore e la portata di ordine sistematico deducibili dalla prescrizione di carattere metodologico cui s'è fatto riferimento.

Retrostante alla distinzione fondata sulla diversa gravità sta il canone informatore costituito dall'esigenza di rispettare il superiore precetto del ne bis in idem, che circolarmente può trovare soddisfacente attuazione nella comminatoria di sanzioni diversificate in ragione della modulazione dei tipi descrittivi dei fatti illeciti secondo il grado della rispettiva offensività.

In questo contesto si colloca il dettato dell'art. 30, § 1, co. 2, Reg. 596/2014, che esplicitamente dispone che «gli Stati membri possono decidere di non stabilire norme relative alle sanzioni amministrative» previste al comma 1 del medesimo art. 30, § 1, per le violazioni al Regolamento (si badi: si tratta di tutte le violazioni al Regolamento), se dette violazioni «sono già soggette a sanzioni penali, nel rispettivo diritto nazionale entro il 3 luglio 2016».

Al di là dell'ennesima conferma della precedenza accordata al penale da parte del legislatore eurounitario in materia di abusi di mercato, la regola sembra esprimere una ulteriore indubbia indicazione: qualora gli ordinamenti nazionali già prevedano sanzioni penali per condotte illecite corrispondenti a quelle contemplate dal Regolamento, le sanzioni e le misure amministrative, pur tassativamente stabilite come cogenti dal Regolamento, perdono il carattere dell'obbligatoria introduzione negli ordinamenti interni.

Si badi: ciò vale anche nel caso nel quale disposizioni di tale genere vengano introdotte prima della data di applicazione del Regolamento medesimo (cioè prima del 3 luglio 2016). Stando allo specifico dato normativo e all'assetto complessivo (che impone come minimale l'opzione “penalistica” dettagliata nella Direttiva, lasciando ai singoli legislatori la facoltà di estendere una eventuale più severa reazione anche a casi meno gravi), ben si può infatti ipotizzare che uno Stato membro decida di comminare pene detentive (id est: sanzioni penali in

⁴² Così il Considerando (23) Dir. 57/2014.

⁴³ Si vedano, in proposito, i Considerando (10), (11) e (12) Dir. 57/2014.

senso stretto anche nell'ottica della Direttiva) per alcune (o anche per tutte) le infrazioni al Regolamento, nel tempo intercorrente fra l'entrata in vigore di quest'ultimo (2 luglio 2014⁴⁴) e la sua applicabilità (3 luglio 2016⁴⁵), data entro la quale gli Stati membri devono adottare le misure necessarie a conformarsi, fra gli altri, al ricordato art. 30 Reg. 596/2014⁴⁶.

In siffatta ipotesi le eventuali nuove fattispecie avrebbero come paradigma di riferimento proprio i precetti del Regolamento, puniti non già con le sanzioni e con le misure amministrative stabilite dal più volte rammentato art. 30, § 1, Reg. 596/2014, bensì con quelle più gravi (eventualmente anche detentive) decise dallo Stato membro all'interno della facoltà ammessa di irrogare sanzioni anche maggiormente severe di quelle indicate (comunque come minime) in modo vincolante dal legislatore eurounitario.

Preme notare come, in siffatta prospettiva, l'esigenza di preservare il rispetto del principio del *ne bis in idem* abbia indotto alla rinuncia della altrimenti cogente comminatoria delle conseguenze afflittive stabilite dal Regolamento: nel caso da ultimo congetturato la duplicazione delle sanzioni (comunque partecipi della "materia penale") per il medesimo fatto (e, magari, per una molteplicità di medesimi fatti) avrebbe finito con il presentarsi come esito pressoché inevitabile.

Letto in trasparenza [o, più esattamente, tenendo conto dell'esplicita avvertenza conclusiva del Considerando (23) della Direttiva⁴⁷], il complesso delle indicazioni deducibili dalle richiamate disposizioni della Direttiva e del Regolamento mira a scongiurare un rischio ben preciso, che consiste propriamente in ciò: evitare che gli ordinamenti degli Stati membri, riportandosi senza sufficiente vaglio critico alle articolate e fra loro strettamente interconnesse disposizioni della Direttiva e del Regolamento descrittive di condotte illecite, finiscano con il dar vita – ciascuno al loro interno – a sotto-sistemi paralleli in materia di abusi di mercato, con duplicazione delle sanzioni (variamente denominate, ma tutte riportabili alla nozione sostanziale di "materia penale") da applicare a fatti illeciti fra loro identici, con conseguente violazione del principio del *ne bis in idem*.

Distonico rispetto al quadro che fin qui sembra plausibilmente emergere il Considerando (72) Reg. 596/2014, che non preclude in modo tassativo agli Stati membri la possibilità di prevedere «regole per sanzioni amministrative oltre che sanzioni penali per le stesse infrazioni» (il riferimento è alle infrazioni al Regolamento stesso). Esaminata però nel suo complesso la disposizione, la dissonanza è assai minore di quanto appaia a una lettura d'acchito.

La struttura sintattica della frase (che esordisce con la concessiva introdotta da «anche se», per concludersi con la proposizione che esprime l'alternativa preferita) rende agevole la conclusione che la soluzione verso la quale si indirizza il legislatore eurounitario è nel senso che «gli Stati membri non dovrebbero essere tenuti» a prevedere sanzioni amministrative per le «violazioni riguardanti il presente Regolamento» quando tali violazioni «sono già soggette al diritto penale nazionale, entro il 3 luglio 2016».

Non può sfuggire che la formulazione del Considerando in discorso rimanda significativamente al già illustrato art. 30, § 1, co. 3, Reg. 596/2014, che esprime un concetto del tutto analogo in una fattura linguistica diversa (e per questo meno equivoca): la disposizione da ultimo ricordata stabilisce infatti il venir meno della sua stessa portata cogente per il legislatore nazionale, in ordine all'obbligo di adeguare l'ordinamento interno in modo da garantire l'applicabilità delle sanzioni e delle misure amministrative sancite per le infrazioni al Regolamento, quando per tali infrazioni siano già comminate sanzioni penali in vigore prima del 3 luglio 2016.

Le assonanze concettuali fra le due regole [dettate rispettivamente dalla prima parte del Considerando (72) e dal secondo comma del § 1 dell'art. 30 del medesimo Regolamento] lasciano supporre una propensione comunque evidente a favore di assetti normativi scevri da duplicazioni sanzionatorie (e quindi immuni dal rischio di violare il canone del *ne bis in idem*), anche se il nitore della scelta si offusca per una formula espressiva sicuramente dubbia.

Rimane ovviamente la questione posta dalla concessiva iniziale, secondo cui «nulla osta»

⁴⁴ Il Regolamento entra in vigore il ventesimo giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (12 giugno 2014): così art. 39, § 1, Reg. 596/2014.

⁴⁵ Cfr art. 39, § 2, Reg. 596/2014.

⁴⁶ Cfr art. 39, § 3, Reg. 596/2014.

⁴⁷ Espressamente il Considerando (23) Dir. 57/2014 prescrive che Stati membri garantiscano che «l'irrogazione di sanzioni penali per i reati di cui alla presente direttiva e di sanzioni amministrative ai sensi del regolamento (UE) 596/2014 non violi il principio del *ne bis in idem*».

alla previsione di «regole per sanzioni amministrative oltre che penali per le stesse infrazioni»: un «nulla osta» che, quantunque attenuato dalla esplicita indicazione verso l'opzione di segno opposto, sembra smentire l'altrove ripetutamente ribadita esigenza di garantire il rispetto del superiore principio del *ne bis in idem*, la valenza del quale non trova per vero limitazione alcuna all'interno della «materia penale» così come ormai definita dalla giurisprudenza delle Corti europee (e non soltanto, se si ha riguardo ai ricordati precedenti della Corte costituzionale⁴⁸).

In via di congettura, si può forse avanzare l'ipotesi che ancora una volta il legislatore eurounitario abbia preferito un prudente self-restraint rispetto alla complessità variegata degli ordinamenti nazionali (soprattutto in relazione alla disciplina penale in senso stretto, secondo la qualificazione propria di ciascuno d'essi). Ne è elemento sicuramente suggestivo la clausola che immediatamente segue la prima parte del Considerando (72), che s'è fin qui commentata. Dispone infatti tale successiva clausola che «conformemente al diritto nazionale, gli Stati membri non sono tenuti a imporre sanzioni sia amministrative che penali per lo stesso reato, ma possono farlo se il loro diritto nazionale lo consente»⁴⁹.

Detto che ancora una volta la frase d'esordio ribadisce la non obbligatorietà della previsione congiunta di sanzioni amministrative e penali (ovviamente per il medesimo illecito), una simile possibilità è consentita a condizione che ciò sia ammesso dall'ordinamento interno: come dire che, ferma l'opzione eurounitaria per la non duplicazione delle sanzioni, qualora l'ordinamento nazionale renda praticabile un simile assetto, lo Stato membro può darvi corso, restando ovviamente a carico di quel legislatore nazionale trovare una sistemazione dei rapporti reciproci fra gli illeciti così variamente sanzionati, in modo e foggia tali che «non violi il principio del *ne bis in idem*», come espressamente richiede il Considerando (23) Dir. 57/2014.

Di interesse non marginale la parte conclusiva del Considerando (72) Reg. 596/2014 che, per qualche verso, può dar conto della non lineare tessitura dell'intera disposizione.

Prescrive infatti tale tratto dell'enunciato normativo che l'eventuale previsione di sanzioni penali in luogo di quelle amministrative non debba comunque «ridurre o incidere altrimenti sulle capacità delle autorità competenti di cooperare, di avere accesso a informazioni o di scambiare informazioni tempestivamente con le autorità competenti di altri Stati membri (...) anche dopo che le autorità giudiziarie competenti per l'azione penale siano state adite per le violazioni in causa»⁵⁰. Chiara l'esigenza manifestata: garantire comunque che il più agevole scambio informativo e la diretta collaborazione fra autorità amministrative (di controllo e vigilanza), certamente consentanei al regime dell'illecito amministrativo non assistito dalle garanzie piene della giurisdizione, non vengano meno (o siano anche soltanto limitati) per le guarentigie a presidio dell'accertamento giudiziario di fatti penalmente rilevanti.

Ma a leggere quest'ultima raccomandazione del Regolamento in modo congruente con quelle che immediatamente la precedono e con la più volte ribadita necessità di assicurare la massima collaborazione fra autorità competenti (alla quale viene assegnato un ruolo fondamentale nel contrasto ai fatti di market abuse)⁵¹, non è certo azzardato concludere che ancora una volta – seppur per diversa ragione – il legislatore eurounitario suggerisce (qui in modo indiretto e implicito) l'adozione di assetti normativi che escludano la sovrapposizione di sanzioni per «le stesse infrazioni», manifestando tuttavia qui una preferenza per quelle amministrative.

4.

Le coordinate del *ne bis in idem* sostanziale.

Al di là della enunciazione in termini generali, l'efficienza di un assetto unitario improntato a un gradualismo sanzionatorio con riferimento al problema posto dal più volte ricordato divieto di *ne bis in idem* va misurata e controllata nella concretezza dei riferimenti normativi, fra i quali assumono speciale rilievo – nell'economia del criterio selettivo in discorso – quelli sui quali dovrebbe fondarsi la differente tipizzazione dei casi in funzione della loro gravità e

⁴⁸ V. Corte cost., sentt. n. 196/2010 e 104/2014, cit.

⁴⁹ Così il Considerando (72) Reg. 596/2014.

⁵⁰ *Ibidem*, ultima parte.

⁵¹ Tanto il Regolamento, quanto la Direttiva sottolineano l'importanza del coordinamento tra le «autorità competenti» dei vari Stati membri: cfr Considerando (62) e (64)–(70), nonché artt. 30 ss. Reg. 596/2014; Considerando (19) Dir. 57/2014.

dunque i criteri in proposito indicati a livello sovranazionale.

Ma forse, prima ancora di affrontare un tal genere di verifica, occorre porsi una domanda diversa e, in qualche misura, preliminare: i richiami e i rinvii che si leggono nella Direttiva e nel Regolamento hanno riguardo alla fattispecie astratta descrittiva di ciascuna singola condotta punibile, ovvero al fatto concreto sussumibile sotto ciascuna singola fattispecie astratta? E, più esattamente (anche al di là di una comunque non ben definita opzione del legislatore eurounitario), quale dei due paradigmi dovrà fungere da criterio di ragguaglio per il disegno dei tipi vietati in modo tale che le articolazioni sanzionatorie, differenziate secondo l'indicazione eurounitaria, non determinino la violazione del principio del *ne bis in idem*?

4.1.

Fattispecie astratta e fatto concreto.

Il presente intervento non autorizza in proposito altro che qualche notazione fugace rispetto a uno snodo problematico che sembra consistere essenzialmente nel ruolo da assegnare, rispettivamente, alle nozioni di fattispecie astratta e di fatto concreto (o storico) da sottoporre a sanzione, nel contesto del canone del *ne bis in idem* (in particolare alla luce della Direttiva e del Regolamento in materia di abusi di mercato).

Per un verso si può ritenere sostanzialmente acquisito che l'operatività del richiamato superiore principio è legata all'identità del fatto, inteso come fatto storico concreto posto in essere dall'agente, indipendentemente dalla qualificazione giuridica che al fatto medesimo viene impressa secondo le categorie (convenzionali) proprie di ciascun ordinamento, identico fatto per il quale vengono irrogate distinte pene di analoga natura come conseguenza della sussunzione di quell'unico (e identico) fatto sotto differenti norme sanzionatorie.

In tale prospettiva viene così ad avere centrale rilievo una nozione legata in modo essenziale al riferimento alla realtà fenomenica, al dato storico colto nella sua materialità (il comportamento *hic et nunc* realizzato dal reo).

Per altro riguardo è invece alla definizione tassativa della fattispecie astratta che si rivolge l'attività del legislatore, intesa propriamente come descrizione della condotta proibita e degli altri elementi costitutivi del c.d. fatto tipico, che rimane ancora e necessariamente un "fatto astratto". Fatto astratto in quanto consiste in una rappresentazione (mediante un codice linguistico) di uno schema/modello di comportamento meramente postulato, rispetto al quale viene poi compiuto l'accertamento (giudiziale) per verificare la sussumibilità del fatto concreto (quello *hic et nunc* posto in essere dall'agente) sotto lo schema/modello tipizzato.

Accanto alla descrizione del fatto, tocca al legislatore l'indicazione (egualmente tassativa e indispensabile) degli ulteriori estremi che complessivamente compongono il reato, fra i quali ultimi assume particolare rilievo nel presente discorso quello concernente l'elemento soggettivo (inteso come l'atteggiamento psicologico che deve sostenere la condotta dell'agente, illuminando il fatto tipico).

Detto che un simile procedimento presiede anche alla determinazione dell'illecito amministrativo (sebbene con vincoli meno stringenti in ordine al rispetto del principio di legalità), è certo ben agevole notare che la fattispecie astratta (colta come elemento costitutivo dell'illecito proscritto, irrilevante qui che sia punito con sanzione penale o amministrativa) si colloca su un piano affatto diverso da quello proprio del fatto concreto (il fatto storico), cui ha riguardo il principio del *ne bis in idem* nella ormai consolidata interpretazione (anche) delle Corti europee.

Confermativa della differenza degli ambiti cui appartengono le due nozioni, una notazione ulteriore è suscettibile di fornire qualche indicazione in ordine alla questione ora in discorso.

Si considerino i modi attraverso i quali può essere rispettivamente compiuta la comparazione tra fattispecie astratte da un lato e, dall'altro, tra fatti concreti.

All'interno della prima categoria (fattispecie astratte) l'operazione ha natura eminentemente logica e viene svolta attraverso il rapporto fra enunciati, comparando direttamente gli elementi descrittivi astratti contenuti in ciascuno degli stessi enunciati che costituiscono le fattispecie fra le quali sia necessario istituire un raffronto. Semplificando (e considerando soltanto quanto d'interesse), da un simile raffronto è possibile dedurre: i) l'ampiezza di ciascuno degli insiemi riportabili a ciascun complesso di enunciati (*id est*: a ciascuna fattispecie astratta); ii) i reciproci rapporti d'interferenza (completa, parziale, nulla) fra ciascun insieme

(cui corrisponde una fattispecie astratta).

Con riguardo alla categoria dei fatti concreti (storici), la unicità di ciascuno d'essi (non foss'altro che per la singolarità spazio-temporale che li caratterizza) preclude in maniera insuperabile l'idea stessa di una comparazione condotta in modo diretto.

Alla ricordata unicità del fatto storico accede dunque la diversa possibilità di parlare di simiglianza (analogia?) tra due o più fatti concreti/storici: anche per poter formulare un giudizio di tal genere è però necessario un processo di "formalizzazione": in altri termini un processo di "traduzione" del dato storico in enunciati descrittivi dello stesso, come tali necessariamente "astratti".

Per tal modo è poi possibile, estrapolando dalla completa (e formalizzata) descrizione del fatto concreto gli elementi d'interesse (che corrispondono ai tratti salienti del fatto concreto medesimo), costruire una sorta di schema/modello da comparare con quello tratto (con analogia metodologica) da altri fatti concreti che si abbia interesse a confrontare per deciderne il grado di simiglianza.

Agevole dunque constatare che per parlare di "identità" tra fatti concreti occorre riferirsi pur sempre a una descrizione del fatto medesimo, condotta attraverso il paradigma di enunciati astratti rappresentativi dei suoi tratti essenziali.

Si osservi ora il procedimento sottostante (che precede) il giudizio in ordine alla eventuale sussistenza di un caso di bis in idem: tale procedimento muove necessariamente dalla individuazione del fatto concreto d'interesse (il comportamento concreto posto in essere dall'agente) a partire dall'esistenza di (almeno) due fattispecie astratte che descrivono la condotta proscriita (e oggetto di distinte incolpazioni, cui consegue l'irrogazione di plurime sanzioni). Diversamente, in assenza di una qualsiasi indicazione di carattere normativo, il fatto concreto giacerebbe nell'indifferenziata oggettività dei fatti storici. In altri termini: è la fattispecie astratta a illuminare il fatto storico, appartenente alla realtà fenomenica, di per sé altrimenti indifferente alle categorie del diritto.

Di conseguenza, perché sia possibile fondare un giudizio di identità del fatto concreto/storico rispetto al superiore principio che ne vieta la duplice punizione, occorre inevitabilmente comparare il fatto concreto (bensì unico e singolare, ma tradotto in un enunciato descrittivo che ne raccolga i tratti salienti) con le fattispecie astratte (le norme che contemplan gli illeciti punibili), pur esse consistenti in enunciati descrittivi.

Ma, ragionando in senso inverso, è non difficile avvedersi che circolarmente soltanto muovendo da almeno una fattispecie astratta è possibile selezionare tra gli infiniti fatti concreti quello d'interesse (anche nella prospettiva del ne bis in idem).

Il nesso che connette fatto concreto e fattispecie astratte e, segnatamente, il modo necessario attraverso il quale può essere istituito il giudizio sulla (eventuale) identità del fatto concreto stesso rispetto a plurime fattispecie, suggerisce una notazione in ordine alle opzioni che il legislatore potrebbe seguire per scongiurare (o ridurre al minimo) il rischio di violazioni del divieto del ne bis in idem.

A ben vedere il paventato pericolo sarebbe destinato a non presentarsi se le singole fattispecie astratte designassero condotte punibili (irrilevante il nomen della sanzione: penale o amministrativa) fra loro differenziate in modo tale che il fatto concreto all'una riconducibile non fosse ad un tempo riportabile anche all'altra fattispecie, fermo restando che "quel" fatto concreto non potrà che essere colto se non attraverso i suoi tratti essenziali tradotti in un enunciato descrittivo da comparare con quelli costitutivi delle fattispecie astratte.

In mancanza di una siffatta diversificazione sul piano delle fattispecie astratte, la probabilità che si «violò il principio del ne bis in idem»⁵² è segnatamente alta.

Né può sfuggire, in proposito, che il raffronto tra le disposizioni regolamentari che descrivono gli illeciti di abuso di mercato assoggettate a sanzione amministrativa e quelle della Direttiva, che pure descrivono condotte integratrici di abusi di mercato da sottoporre a comminatoria penale, svela – come si cercherà di mostrare nei successivi paragrafi 5.2, 5.3 e 5.4. – vasti ambiti di piena sovrapposizione⁵³.

Sicché sarebbe foriera di un ben consistente rischio di violazione del principio del ne bis in idem l'eventuale "disattenzione" del legislatore nazionale nell'adeguarsi ai criteri selettivi (e

⁵² Ciò che il *Considerando* (23) Dir. 57/2014 espressamente raccomanda di scongiurare.

⁵³ Si confrontino, per averne immediata evidenza, gli artt. 8, 10 e 12 Reg. 596/2014 con gli artt. 3, 4 e 5 Dir. 57/2014.

dunque differenziatori) indicati dalla Direttiva stessa e dal Regolamento (gravità ed elemento psicologico), ovvero all'opzione di rinunciare alla previsione dell'illecito amministrativo quando il fatto sia già preveduto come reato⁵⁴ contemplato da una norma, ovvero ancora altri criteri di selezione, che potrebbero consistere anche in una descrizione delle condotte illecite capace di diversificarle in modo netto.

Nel sistema configurato dal legislatore eurounitario in materia di abusi di mercato, sistema nel quale la convivenza di sanzioni penali (anche) detentive e amministrative è ben ampiamente contemplata, posto il radicato orientamento delle Corti europee a considerare entrambe le tipologie sanzionatorie comprese nella stessa "materia penale", toccherà inevitabilmente alla sagacia del legislatore nazionale evitare la sovrapposizione di fattispecie astratte, che finirebbero altrimenti per essere integrate dal medesimo fatto concreto. Ciò che porterebbe, anche se punite con sanzioni soltanto nominalmente diverse ma tutte afferenti alla comune "materia penale", alla violazione del principio del *ne bis in idem*.

4.1.1.1. *I parametri indicati dalla disciplina eurounitaria.*

Prima di procedere oltre nell'esame della concreta adeguatezza dei criteri selettivi indicati dal Regolamento e dalla Direttiva, criteri ai quali dovrebbe conformarsi il legislatore di ciascuno Stato membro, non sembra inutile chiedersi se tali criteri possano dirsi, già in linea teorica, adeguati.

Sta da un lato il canone della gravità, dall'altro quello dell'elemento psicologico (nel caso, il dolo).

Principiando dal tema della gravità, va preliminarmente notato come sia la Direttiva sia il Regolamento riferiscano tale qualificazione indifferentemente alla condotta, al reato, all'illecito non qualificato in modo ulteriore, ovvero ancora al fatto, quasi che i termini siano sinonimi, ciò che non è in un ambito di discorso "tecnico" (come è/dovrebbe essere quello giuridico).

È tuttavia da ribadire che il linguaggio adoperato dalla Direttiva e dal Regolamento – quanto meno nella versione italiana di tali atti normativi – non sembra particolarmente controllato e attento nell'uso delle categorie giuridiche, deficienza forse conseguente all'esigenza di rivolgersi a differenti legislatori nazionali, a loro volta "parlanti" lingue tecniche tutt'altro che univoche: sicché si può riconoscere che i termini sopra richiamati possano assumere – dal punto di vista che ora interessa – un valore pressoché sinonimico.

Posta in questo modo (assai semplificato), la questione si riduce in sostanza a decidere se un fatto (*id est*: una condotta, un reato, un illecito) può dirsi diverso in ragione della sua gravità e, più esattamente, se alla diversa gravità corrispondano fatti differenti, ancorché tutti gli altri estremi, che pur lo costituiscono, siano identici: poiché quest'ultima è propriamente la situazione che emerge confrontando, come s'è detto, la più parte delle condotte descritte rispettivamente dagli artt. 8, 10 e 12 Reg. 596/2014 e dagli artt. 3, 4 e 5 Dir. 57/2014.

Anticipando quanto si esaminerà nel dettaglio nei successivi §§ 5.5., 5.5.1. e 5.5.2., gli indici di gravità cui fa riferimento la Direttiva attengono in misura preponderante agli effetti delle condotte vietate, ovvero a circostanze comunque esterne agli estremi descrittivi del comportamento proibito⁵⁵.

Conseguentemente, la questione merita una specificazione ulteriore: a caratterizzare la differente gravità dell'offesa (coessenziale al fatto/condotta/reato/illecito) non essendo una modalità della condotta o un altro estremo interno al tipo, bensì soltanto una conseguenza (in taluni casi anche solo potenziale) del comportamento vietato, ovvero una condizione in cui versa il reo, può una siffatta connotazione dirsi bastevole a differenziare il fatto grave da quello non grave (in modo tale da escludere che si tratti del medesimo fatto) al cospetto del principio del *ne bis in idem*? Ovvero: potrà dirsi che il fatto non grave sia un fatto diverso da quello grave soltanto in ragione delle caratteristiche differenziali ora richiamate?

La risposta affermativa – tutt'altro che di immediata evidenza⁵⁶ – potrebbe trovare appi-

⁵⁴ Cfr in questo senso l'espressa indicazione dell'art. 30, § 1, co. 2, Reg. 596/2014.

⁵⁵ Si vedano, in proposito, i *Considerando* (11) e (12) Dir. 57/2014.

⁵⁶ Tradizionalmente controversa è, in diritto penale, l'identificazione delle circostanze del reato, di solito affidata a indici formali-lessicali riscontrabili nel testo della legge: v. per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 490 ss.

glio nella Direttiva e nel Regolamento, che al canone della gravità fanno esplicito (e ripetuto) richiamo per distinguere i fatti punibili con le diverse sanzioni proprio nella prospettiva di evitare che si «violino il principio del *ne bis in idem*»⁵⁷.

Ma siffatta risposta non riesce del tutto appagante e non sembra inopportuno cercare un'eventuale ulteriore ragione, sostanziale e direttamente collegata alla funzione del più volte ricordato principio del *ne bis in idem*.

Ridotto al suo aspetto fondante, tale principio esige che non vi sia una duplicazione sanzionatoria per un medesimo fatto concreto posto in essere dal reo, qualunque sia la denominazione del fatto illecito e della sanzione (intesa, quest'ultima, in senso afflittivo/intimidativo e con funzione di prevenzione generale o speciale).

Riguardato il problema da questo punto di vista e tradotto in termini formali, il rispetto del superiore canone del *ne bis in idem* richiede che se l'agente A ha realizzato il fatto concreto FC, per tale fatto non gli siano applicate due distinte sanzioni (SP ed SA) come conseguenza delle fattispecie (astratte) d'illecito (F1 ed F2), entrambe integrate da FC. In altra foggia: è decisivo che F1 sia diversa da F2, in modo tale che SP consegua unicamente e soltanto alla realizzazione di F1, e viceversa SA con riguardo a F2.

Si immagini ora che F1 designi il fatto grave ed F2 quello meno grave e che tale differente gravità dipenda unicamente dalle conseguenze gravi (CG) di FC (fatto concreto) a loro volta tipizzate come requisito proprio ed esclusivo soltanto da F1 e non invece da F2.

Muovendo da questo assunto, si consideri ora FC e si ipotizzi che, in concreto, FC abbia dato luogo agli effetti gravi (CG) che denotano la fattispecie F1. Per implicazione necessaria, FC sarà suscettibile soltanto e unicamente sotto F1 e non invece sotto F2. Ed applicabile sarà soltanto la sanzione SP (e non mai SA).

Allo stesso modo, ma ragionando per canone inverso, qualora le conseguenze di FC non sussistessero (o fossero quelle meno gravi in congettura tipizzate da F2), ad essere integrata sarebbe soltanto e unicamente la fattispecie F2 e la sanzione irrogabile non potrebbe che essere esclusivamente SA.

Con un'osservazione che verrà successivamente ripresa: nelle ipotesi ove l'indice segnaletico della gravità sia legato ad una conseguenza della condotta [si pensi al profitto conseguito, di cui discorrono i Considerando (11) e (12) della Direttiva], la caratteristica di reati di pericolo (pur concreto) disegnata dalle fattispecie contemplate nella Direttiva (e per vero anche nelle vigenti figure degli artt. 184 e 185 d. lgs n. 58/1998, d'ora innanzi TUF) finirebbe con lo sbiadirsi fino a scomparire, posto che addirittura l'esistenza di un evento separato dalla condotta diverrebbe criterio selettivo circa la natura (penale o amministrativa) dell'illecito.

Scongiurata per tal modo la duplicazione sanzionatoria per il medesimo fatto concreto (FC), ne segue che il criterio della gravità può dirsi – almeno in linea teorica – bastevole a far fronte al rischio di violazione del divieto di *ne bis in idem*.

Fermo tuttavia l'auspicio che, soprattutto alla luce della non eccessiva perspicuità degli indici di gravità suggeriti in particolare dalla Direttiva 57/2014, i legislatori nazionali – a cominciare da quello italiano – impieghino (anche, e vien da dire, soprattutto) altri strumenti selettivi per tenere lontani gli illeciti in materia di abusi di mercato dai confini segnati dal superiore principio in discorso.

Si tratta ora di esaminare – sempre sul piano generale – la idoneità dell'altro criterio discrezionale, consistente nell'elemento psicologico (dolo) dell'illecito.

Come si è ripetutamente osservato, il legislatore eurounitario ha ritenuto di accompagnare al requisito della gravità quello della natura dolosa dell'illecito meritevole della sanzione penale (anche detentiva), con l'eccezione – affidata dal Considerando (21) alla opzione del legislatore nazionale – di estendere la sanzionabilità penale alle ipotesi gravi di manipolazione del mercato commesse a titolo colposo, eccezione tuttavia non rilevante rispetto al problema qui in esame (tenuto altresì conto che, in ogni caso, nell'articolazione delle fattispecie, la Direttiva richiama sempre la realizzazione nella sola forma dolosa per le fattispecie punibili con sanzioni penali⁵⁸).

Se in proposito dubbi possono sorgere, essi dipendono esclusivamente dalle non certo tecnicamente forbite scelte terminologiche del legislatore eurounitario, alle quali s'è fatto in

⁵⁷ Cfr, ad esempio, *Considerando* (23) Dir. 57/2014.

⁵⁸ Cfr artt. 3, § 1, 4, § 1, e 5, § 1, Dir. 57/2014.

precedenza cenno.

Per vero l'uso pressoché sinonimico di termini fra loro eterogenei in quanto espressivi di concetti fra loro diversi (nel linguaggio tecnico e convenzionale del diritto) genera conseguenze che lasciano perplessi. Si pensi, ad esempio, alla coppia elemento psicologico/fatto nella prospettiva di dover considerare il dolo come elemento discreitivo tra fatti (o, il che è lo stesso, fra condotte), essendo preferibile la tesi prevalente per la quale – nell'ordinamento italiano – l'elemento soggettivo non è un estremo del fatto e neppure della condotta (mentre lo è indubitabilmente del reato e anche dell'illecito amministrativo)⁵⁹.

Ma se si supera questa impressione derivante dalle incertezze terminologiche (e anche – come s'è pure detto – dalla “varietà” degli ordinamenti nazionali e dei loro rispettivi “linguaggi”), la problematica può essere risolta agevolmente.

Si consideri, come in precedenza ipotizzato, la questione secondo il punto di vista del principio del *ne bis in idem*, e cioè del divieto di duplicazione sanzionatoria per il medesimo fatto (FC) e si congetturi che F1 (punita con la più grave sanzione SP) configuri una condotta commessa con dolo, mentre F2 (sanzionata meno severamente con SA) preveda l'identica condotta realizzata però colposamente.

Se l'agente A ha realizzato il fatto concreto FC, si tratterà di accertare con quale atteggiamento psicologico tale comportamento (in ipotesi oggettivamente riportabile tanto a F1 quanto a F2) è stato posto in essere. Di conseguenza per FC sarà applicabile unicamente e soltanto la pena SP se FC risulterà esser stato compiuto con dolo, ovvero soltanto e unicamente SA se invece dovesse essere la colpa la coloritura psicologia dell'agire del reo.

Anche in questo caso il parametro selettivo si presenta dunque idoneo ad allontanare il rischio di violazione del principio del *ne bis in idem*, indipendentemente dalla incerta collocazione sistematica che il requisito del dolo sembra assumere nella prosa del legislatore eurounitario in materia di abusi di mercato.

A rilevare è per vero la circostanza che la diversa connotazione della colpevolezza accede comunque al fatto concreto FC, che non può ad un tempo essere realizzato dall'agente con entrambi gli elementi psicologici in discorso, fra loro strutturalmente incompatibili.

Conseguentemente, se nella formulazione delle fattispecie astratte descrittive delle condotte punibili il legislatore avrà cura di caratterizzarle in modo univoco sul versante dell'elemento psicologico (come nell'esempio: F1 esclusivamente a titolo doloso, F2 esclusivamente per colpa e non invece in modo indifferenziato, come avviene nell'ordinamento italiano per le contravvenzioni o, in genere, per l'illecito amministrativo), la diversità strutturale dei due differenti criteri ascrivibili (cui s'accompagna anche una differente connotazione in termini di gravità del rimprovero) riesce di per sé sola sufficiente a evitare la duplicazione sanzionatoria per il medesimo fatto concreto.

Né deve sfuggire che, nella visione ampiamente suggerita dalla Direttiva e dal Regolamento, il profilo soggettivo è criterio selettivo che s'affianca a quello della gravità del fatto, mentre nell'ipotesi di lavoro qui saggiata si è rimasti all'interno della congettura di fattispecie astratte fra loro identiche, differenziate soltanto sul versante dell'elemento psicologico.

5.

Effetti diretti e indiretti della normativa sovranazionale sul diritto penale domestico.

Nella prospettiva del legislatore eurounitario in un rapporto assimilabile a quello fra corpus normativo di portata generale (e vincolante) e disposizioni attuative di portata specifica sembra potersi inquadrare quello tra le fattispecie d'illecito in materia di abusi di mercato disegnate dal Regolamento 596/2014 e quelle che, secondo la Direttiva 57/2014, dovrebbero

⁵⁹ Per l'impostazione dominante v. M. ROMANO, (sub) Art. 42, in ID., *Commentario sistematico del codice penale*, I, artt. 1-84, 3^a ed., Milano, 2004, 424; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 183 s.

Contra G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, 2^a ed., Torino, 2012, 426 ss., il quale propone un'aggiornata “costruzione separata” delle fattispecie, sulle orme della dottrina tedesca, individuando come coppia concettuale di riferimento il reato doloso e quello colposo.

In posizione intermedia cfr G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 206 s., secondo cui la “trattazione” (più che “costruzione”) separata dei tipi d'illecito ha funzione eminentemente analitica, tesa a valorizzare le peculiarità strutturali non soltanto del reato doloso e colposo, ma prima ancora delle fattispecie omissive rispetto a quelle commissive.

costituire, almeno nelle ipotesi gravi e se commesse con dolo, le figure di reato che ogni Stato membro ha l'obbligo prevedere.

Depongono in questo senso l'impianto di carattere più generale del Regolamento e, in maniera decisiva, l'esplicito riconoscimento contenuto nel Considerando (17) della Direttiva, la cui applicazione deve avvenire «tenendo conto del quadro normativo stabilito dal regolamento (UE) n. 596/2014 e delle relative misure applicative».

In questa direzione spiccano il maggior dettaglio analitico con il quale il Regolamento provvede alla descrizione non soltanto delle fattispecie d'illecito, ma anche degli altri elementi fondamentali per la disciplina degli abusi di mercato.

A proposito di tali ultimi elementi conviene notare che la più parte di essi sono destinati a riflettersi direttamente sull'ambito applicativo degli illeciti in materia di market abuse, sia nell'ipotesi che gli stessi siano già previsti dagli ordinamenti interni dei singoli Stati membri, sia che vengano inseriti sulla scorta della Direttiva.

Si tratta, in un'elencazione tutt'altro che esaustiva, della definizione (oltre alle plurime contemplate nell'art. 3 Reg. 596/2014) di informazione privilegiata (art. 7), della delimitazione degli ambiti di non applicabilità della disciplina sanzionatoria (art. 5 per i programmi di riacquisto di azioni proprie e per le stabilizzazioni, art. 6 per le operazioni compiute dalle autorità in materia di gestione monetaria e debito pubblico, nonché di politica ambientale), della caratterizzazione tipica delle c.d. condotte legittime (art. 9) e delle c.d. prassi ammesse (art. 13), della regolamentazione delle attività di sondaggio (art. 11) nonché di elaborazione/diffusione di raccomandazioni di investimento e di statistiche (art. 20), oltre che della comunicazione/diffusione di informazioni ai media (art. 21), della disciplina degli obblighi di comunicazione (art. 17) e, infine, della determinazione e delle prescrizioni in materia di persone con accesso a informazioni privilegiate (art. 18) nonché delle operazioni effettuate da persone che esercitano funzioni di amministrazione, controllo o direzione.

Senza addentrarsi in un dettaglio qui del tutto impossibile, è tuttavia d'acchito evidente come le richiamate disposizioni, posto il carattere direttamente e integralmente vincolante del Regolamento, costituiscano un riferimento interpretativo essenziale in relazione alle ipotesi d'illecito in materia di abusi di mercato: si badi, non soltanto rispetto alle fattispecie direttamente contemplate nel Regolamento medesimo ovvero nella Direttiva, ma anche rispetto a quelle già vigenti negli ordinamenti degli Stati membri.

Divenuto applicabile (il 3 luglio 2016), il Regolamento spiegherà senz'altro i propri effetti anche sugli ordinamenti interni, sicché, ad esempio, comportamenti astrattamente riportabili a figure d'illecito (anche penale) già vigenti, ovvero introdotte in forza del recepimento della Direttiva 57/2014, non sarebbero punibili qualora potessero essere ricondotte alla fattispecie dell'art. 9 Reg. 596/2014, in quanto condotte legittime (e allo stesso modo dovrebbe concludersi con riferimento alle c.d. prassi ammesse, di cui discorre il citato art. 13 stesso Reg.).

Impregiudicata la natura delle clausole contemplate nelle disposizioni regolamentari cui s'è fatto da ultimo cenno (cause di non punibilità, estremi negativi del fatto tipico o cause di giustificazione), è in ogni caso agevole avvedersi del carattere preminente del Regolamento rispetto alle altre fonti normative, che governano la materia degli abusi di mercato, immaginabile essendo che previsioni di tale genere, comportanti comunque la non sanzionabilità di determinate condotte, non manifestino la loro valenza nell'intero ambito della materia disciplinata, con i soli limiti e condizioni eventualmente stabiliti dalle previsioni medesime.

Considerazioni del tutto analoghe valgono anche con riferimento alle esclusioni dall'area di applicabilità della disciplina sanzionatoria in tema di abusi di mercato delle operazioni compiute nell'ambito dei programmi di riacquisto di azioni proprie e delle stabilizzazioni, nonché di quelle effettuate dalle autorità in materia di gestione monetaria e debito pubblico, oltre che di politica ambientale: anche in queste ipotesi l'assetto fissato dal Regolamento smarrirebbe il suo stesso senso se non gli si attribuisse rilievo prevalente.

Esemplare infine, in questo sintetico resoconto, la caratterizzazione di informazione privilegiata, dettata dall'art. 7 Reg. 596/2014: anche soltanto congetturare che a tale nozione, cruciale all'interno dell'intera materia del market abuse, possano essere attribuiti significati diversi da quello unitariamente assegnatole dalla norma definitoria, non soltanto sarebbe incompatibile con l'impianto sistematico voluto dal legislatore eurounitario, teso alla uniformità delle discipline degli Stati membri, ma confliggerebbe altresì con un preciso dato normativo, posto che la Direttiva, oggetto di obbligatorio recepimento da parte dei legislatori nazionali,

espressamente fa propria la ricordata definizione⁶⁰, determinandone così l'introduzione nelle discipline interne degli Stati membri.

L'assetto complessivo che ne risulta conferma l'ipotesi d'inizio del presente paragrafo (e già avanzata nel § 3.): più che un sistema a "doppio binario", nel quale gli ambiti dell'illecito amministrativo e di quello penale coesistono – con il persistente rischio della violazione del principio del *ne bis in idem* per la comune "materia penale" ch'essi trattano – quello costruito a partire dal Reg. 596/2014 e dalla Dir. 57/2014 si presenta come un apparato unitario, articolato secondo un gradualismo sanzionatorio.

Né sembra che a questa lettura faccia da ostacolo un indubbio problema.

Se le esemplificazioni fatte richiamando fattispecie in qualche misura limitative degli ambiti di punibilità (o di applicazione di sanzioni) non sembrano soffrire di alcuna limitazione anche nell'ipotesi in cui il legislatore nazionale non ritenga necessario (o, più semplicemente, sia inosservante rispetto a un eventuale obbligo di) dare ingresso alle richiamate disposizioni, posta la ormai riconosciuta diretta applicabilità delle disposizioni eurounitarie favorevoli al reo⁶¹, non altrettanto può dirsi nei casi – tutt'altro che infrequenti rispetto alla disciplina dettata dal Regolamento – nei quali disposizioni regolamentari definiscono elementi costitutivi di fattispecie incriminatrici già presenti nell'ordinamento, determinando un ampliamento dell'ambito applicativo delle fattispecie medesime. Se alla data di scadenza (3 luglio 2016) del termine ultimo per il recepimento della Dir. 57/2014 (che, essendo ricalcata sul Regolamento non importa discrasie negli ambiti applicativi delle incriminazioni), il legislatore nazionale non avesse provveduto a dare corretta e tempestiva attuazione alla Direttiva, una preesistente incriminazione potrebbe/dovrebbe essere interpretata secondo il disposto del Regolamento (che, si ricordi, diviene applicabile proprio a partire dal 3 luglio 2016)?

Sebbene il Regolamento sia direttamente applicabile e in ogni suo elemento altrettanto direttamente cogente, così da dispiegare i propri effetti senza che occorra alcun atto di recepimento da parte del legislatore nazionale, può/deve la norma incriminatrice essere integrata (ampliata nella sua portata applicativa anche a casi originariamente non previsti) sulla base di una fonte normativa (il Reg. 596/2014) che non è di per sé legge in senso formale, superandosi così lo sbarramento dell'art. 25 co. 2 Cost.?

Nessun dubbio sull'intendimento del legislatore eurounitario di perseguire con forza il divisato obiettivo di una uniformità di disciplina, scopo al conseguimento del quale il Regolamento in discorso risulta strumento di essenziale funzionalità (mentre la Direttiva ne è, con il suo altissimo grado di dettaglio analitico, mezzo attuativo indispensabile, volta com'è a «garantire l'effettiva attuazione del regolamento (UE) n. 596/2014»⁶²): ma tale ben chiaro assetto non sembra tuttavia bastevole a superare il limite cui s'è fatto riferimento, posto che l'opinione maggiormente accreditata⁶³ è orientata a escludere la legittimità di una diretta integrazione, non meramente tecnica, delle norme incriminatrici da parte della fonte regolamentare eurounitaria.

Né in proposito sembra poter acquisire rilievo la circostanza che il presente Regolamento sia stato emanato anche dal Parlamento europeo (oltre che dal Consiglio), dal momento che, in ogni caso, a far difetto sarebbe comunque la mancata espressa attribuzione alle istituzioni eurounitarie della potestà di creare norme incriminatrici, indispensabile ai sensi dell'art. 11 Cost.

Sicché il recepimento della Dir. 57/2014 diviene strumento indispensabile per il richiesto adeguamento: come s'è ricordato, la Direttiva in questione s'incarica di trasfondere in un testo

⁶⁰ V. art. 2, co. 1, n. 4, Dir. 57/2014.

⁶¹ Per la prevalenza del diritto eurounitario con effetti in *bonam partem* rispetto a disposizioni penalistiche nazionali si schiera la dottrina dominante: v. la bibliografia richiamata *supra*, in nota 34. Né sembra possa valere in contrario rispetto all'ipotesi formulata nel testo il rilievo che il giudice sarebbe chiamato a selezionare da un *corpus* unitario (il Regolamento) come disposizioni direttamente applicabili soltanto quelle favorevoli, privando le altre di operatività perché in *malam partem*. A superare siffatta perplessità – che devo ad una garbata e acuta critica del professor Sergio Seminara – sembra sufficiente la considerazione del meccanismo che regola il fenomeno della diretta applicabilità: non già una abrogazione (implicita) della norma interna incompatibile e generatrice di un trattamento più severo (attività comunque preclusa al giudice), bensì una paralisi applicativa della norma stessa, in quanto da un lato contrastante con quella eurounitaria (più favorevole) e, dall'altro, in quanto, se applicata, porrebbe il cittadino in una situazione peggiore rispetto a quella disciplinata a livello sovranazionale. Si tratta dunque, a ben vedere, di una soluzione interpretativa di diritto interno, adottabile attraverso un'ermeneutica "eurounitariamente" orientata, anche in mancanza di recepimento della Direttiva e piena attuazione del Regolamento.

⁶² Considerando (23) Dir. 57/2014.

⁶³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 46; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., 74 s.

normativo destinato a divenire il tessuto legislativo unitario i contenuti fondanti del Regolamento, che per tal modo trovano la loro legittima attuazione (si pensi, soltanto per esemplificare, che la definizione di «informazione privilegiata» dettata dall'art. 7 Reg. 596/2014 viene espressamente richiamata dall'art. 2 n. 4 Dir. 57/2014, entrando per tal modo a far parte del corpus normativo di cui il legislatore sovranazionale impone il vigore in tutti gli Stati membri).

L'esigenza che la Direttiva venga recepita secondo le regole dell'ordinamento domestico non sembra confutare la conclusione in precedenza raggiunta: l'unitarietà del sistema, che s'incardina sulla preminenza del Regolamento, trova nella Direttiva il necessario strumento attuativo e, con riguardo al sottosistema "penale" (in senso, per così dire, tradizionale), diviene "norma" speciale (in senso funzionale, in quanto destinata a regolare, in modo uniforme, il ricordato sottosistema penale).

Ma non può sfuggire che la Direttiva stessa, nel prevedere le fattispecie d'incriminazione che dovranno essere recepite negli ordinamenti nazionali (o alle quali i singoli Stati membri dovranno adeguare le figure di reato già vigenti), altro non fa che riprodurre (con variazioni limitate e inessenziali, ovvero riducendone l'ampiezza) le omologhe figure d'illecito contemplate nel Regolamento: ciò confermando, da un lato, l'unitarietà del sistema prefigurato dal legislatore eurounitario e, dall'altro, il ruolo fondante del Regolamento.

5.1.

Rapporti tra Regolamento e Direttiva in tema di market abuse.

Muovendo dalla constatazione da ultimo segnalata circa il ruolo del Reg. 596/2014, si tratta ora di esaminare brevemente i rapporti che intercorrono tra le figure d'illecito in materia di abusi di mercato rispettivamente previste dal Regolamento e dalla Direttiva, tenendo presente che per quelle contemplate da quest'ultima v'è l'obbligo per gli Stati membri di stabilire sanzioni penali detentive, delle quali è addirittura fissato il minimo della pena edittale massima, «almeno nei casi gravi» e se «commessi con dolo».

La clausola da ultimo riportata (gravità del caso e realizzazione della condotta con dolo) segna il limite inferiore della risposta sanzionatoria pretesa dal legislatore eurounitario, ciò che lascia piena facoltà prevedere (o di mantenere, se già contemplate) ipotesi d'illecito punite con sanzioni (anche) detentive per fattispecie non connotate dai requisiti (selettivi) minimali richiesti dalla Direttiva stessa (e dal Regolamento), ovvero con sanzioni penali più gravi.

Un assetto di tal genere suggerisce una prima considerazione: negli ordinamenti – come quello italiano – dove gli illeciti di abuso di mercato sono già puniti con sanzione detentiva senza che vi sia una distinzione operante sul piano della gravità fra reati e illeciti amministrativi, il legislatore nazionale potrà/dovrà limitarsi a verificare se l'ampiezza delle fattispecie d'incriminazione (penale) corrisponde a quella ora disegnata dalla Direttiva, provvedendo di conseguenza, ovvero potrà/dovrà anche interrogarsi sui rapporti fra illecito penale e illecito amministrativo (le cui sanzioni appartengono alla comune "materia penale") per evitare la violazione del principio del *ne bis in idem*, come pure tassativamente prescrive il Considerando 23 Dir. 57/2014 e, più in generale, l'ammagliatura normativa eurounitaria, come s'è cercato di mostrare in precedenza?

5.2.

Abuso di informazioni privilegiate.

Anticipata qui la risposta affermativa a entrambe le domande, la motivazione d'essa discenda (sperabilmente) dalle considerazioni che seguono e che riguardano appunto i rapporti tra le figure d'illecito di cui, rispettivamente, al Regolamento e alla Direttiva.

Se si prendono le mosse dalla figura dell'abuso di informazioni privilegiate, raccomandazione o induzione di altri alla commissione di abuso di informazioni privilegiate (art. 3 Dir. 57/2014) e la si compara con l'omologa previsione dell'art. 8 Reg. 596/2014 (abuso di informazioni privilegiate) e alla norma che ne fissa il divieto (art. 14 Reg.) ci si avvede agevolmente che il contenuto precettivo delle disposizioni è praticamente identico, con varianti puramente lessicali e di disposizione sintattica, sicché gli ambiti di applicabilità delle due fattispecie

astratte sono i medesimi, ciò che pone evidenti problemi al cospetto del principio del *ne bis in idem*, sempre che il legislatore dello Stato membro non accolga l'indicazione (minimalista) che compare nel § 1 dell'art. 3 Dir. 57/2014 e riservi le sanzioni penali (anche) detentive ai soli «casi gravi e allorquando commessi con dolo».

Nel diverso caso in cui il legislatore nazionale voglia ampliare l'ambito della rilevanza penale anche a fatti non gravi ovvero, come nel caso dell'ordinamento italiano, quando la disciplina penale già preveda fattispecie non caratterizzate in termini di gravità, la delimitazione dei due ambiti diviene comunque necessaria per garantire che non si «violino il principio del *ne bis in idem*», secondo quanto il Considerando 23 della Direttiva espressamente esige con specifico riguardo al presente profilo problematico.

Della questione si tratterà unitariamente nei successivi paragrafi, poiché la stessa si presenta secondo cadenze pressoché identiche con riguardo alle altre figure d'illecito rispettivamente designate dal Regolamento e dalla Direttiva.

5.2.1. *La criminalizzazione del c.d. insider secondario.*

Prima di chiudere questa fugace notazione sull'abuso di informazioni privilegiate, vale la pena di rilevare che, rispetto al vigente art. 184 TUF, la figura dell'art. 3 Dir. 57/2014 abbisogna senz'altro di un adeguamento, posto che a mente del secondo comma del ricordato art. 3, § 3, devono rientrare nell'area del penalmente rilevante le condotte tipiche poste in essere da «chiunque abbia ottenuto informazioni privilegiate anche in ragione di circostanze diverse da quelle indicate al primo comma [si tratta delle “classiche” fonti di provenienza: partecipazione a organi amministrativi, di direzione o controllo, partecipazione al capitale, attività lavorativa in senso ampio] e sia a conoscenza del carattere privilegiato di tali informazioni» (c.d. insider secondario).

Si tratta della “ri-edizione” della previsione originariamente contemplata nell'art. 5 l. 157/1991 e poi ridotta a illecito amministrativo oggi previsto dall'art. 187-bis, co. 4, TUF.

Potrebbe invece dirsi opportuna una nota di aggiornamento con riferimento alla previsione concernente la modifica o l'annullamento di un ordine riguardante uno strumento finanziario, intervenuti dopo l'avvenuta conoscenza dell'informazione privilegiata (art. 3 § 4 Dir. 57/2014), anche se, per vero, tale situazione potrebbe essere ricondotta in via interpretativa all'attualmente vigente incriminazione contemplata dall'art. 184 TUF.

5.3. *La comunicazione illecita di informazioni privilegiate.*

La fattispecie di indebita comunicazione di informazioni privilegiate è descritta rispettivamente dall'art. 4 Dir. 57/2014 e dall'art. 10 Reg. 596/2014 (che all'art. 14 ne fissa il divieto). La comparazione fra i contenuti precettivi delle disposizioni ne manifesta la sostanziale identità, sicché possono essere qui richiamate per intero le considerazioni svolte nel paragrafo 5.2.

5.3.1. *Le possibili modifiche normative interne.*

Con riguardo all'assetto normativo vigente, mette conto di segnalare che, stando alla Direttiva (e, ovviamente al Regolamento, del quale la Direttiva è un mero calco), la fattispecie della comunicazione illecita assume una autonomia sua propria, apprezzata in termini di minor gravità rispetto alle figure di tipizzate dall'art. 3 Dir. 57/2014.

Come noto, l'art. 184 TUF equipara invece tale condotta alle altre condotte tipiche del delitto anche sotto il profilo sanzionatorio, sicché è da chiedersi se il legislatore italiano debba intervenire in tal senso, provvedendo a una riduzione della misura della pena edittale.

Senz'altro necessario, viceversa, un adeguamento in relazione al c.d. insider secondario, che, ai sensi dell'art. 4 § 3, è espressamente richiamato fra i soggetti vincolati al divieto di comunicazione.

La struttura dell'art. 4, anche in considerazione della espressa clausola di rinvio alle fatti-

specie dei sondaggi di mercato e alla loro peculiare disciplina, consiglia infine un complessivo intervento di adeguamento del legislatore nazionale, con i manifesti problemi di coordinamento con le omologhe fattispecie d'illecito amministrativo previste dall'art. 187-bis TUF.

5.4.

La manipolazione del mercato.

Assai più complesso e frammentato il quadro normativo della manipolazione del mercato, tipizzata rispettivamente dall'art. 5 Dir. 57/2014 e dall'art. 12 Reg. 596/2014 (divieto sancito dall'art. 15 Reg. stesso).

Raffrontando l'art. 5, § 2, Dir. 57/2014 (che detta le condotte tipiche) con il solo paragrafo 1 dell'art. 12 Reg. 596/2014 la questione potrebbe chiudersi rapidamente, in quanto le fattispecie astratte per tal modo disegnate non presentano differenze degne di nota sul piano dei contenuti precettivi.

L'aspetto problematico è rappresentato tuttavia dalla presenza nella disposizione regolamentare di un secondo paragrafo, che esordisce precisando che «le seguenti condotte sono considerate, fra l'altro, manipolazione del mercato»⁶⁴ e prosegue enumerando una nutrita serie di ulteriori figure tipiche.

Pur non essendo nettamente e facilmente percepibili le differenze fra alcune delle condotte tipizzate nei due paragrafi del ricordato art. 12 Reg. 596/2014 e detto che tali ulteriori figure sono contemplate in plurime sezioni [contraddistinte dalle lettere da a) ad e) e che la lettera c) è ulteriormente suddivisa in tre distinte sottoipotesi], non sembra revocabile in dubbio che i comportamenti descritti nel paragrafo 2 dell'art. 12 Reg. 596/2014 dovrebbero costituire, nella prospettiva del legislatore eurounitario, forme di manipolazione del mercato da non assoggettare a sanzione (anche detentiva) penale: dalla comparazione con la corrispondente disposizione della Direttiva emerge infatti in modo evidente – per differenza – che le condotte di manipolazione del mercato meritevoli del trattamento sanzionatorio più grave sono soltanto quelle contemplate nel primo paragrafo dell'art. 12 Reg. 596/2014, le uniche – a differenza di quelle enumerate nel paragrafo 2 del citato art. 12 Reg. – a esser state trasfuse nell'art. 5 Dir. 57/2014.

Fermo restando che i legislatori dei singoli Stati membri ben potrebbero decidere di includere anche le tipologie comportamentali designate dal paragrafo secondo dell'art. 12 Reg. 596/2014 in altrettante fattispecie di reato (ovvero mantenerle tali, se già previste) a ciò non ostando l'indicazione della Direttiva (che ancora all'art. 5, § 1, ribadisce la natura minimale dell'intervento richiesto), non può sfuggire il dato saliente: la coordinata esegesi delle disposizioni ora in commento fa emergere una selezione tra condotte tutte integrative della figura di manipolazione del mercato, alle quali tuttavia il legislatore eurounitario sembra assegnare un diverso disvalore, una differente offensività, come si deduce dalla mancata inserzione soltanto di alcune di esse fra quelle delle quali è imperativamente richiesto l'assoggettamento alla sanzione (anche) detentiva, non discutibile contrassegno di maggior gravità.

Assecondando tale partizione, alla distinzione tipologica dovrebbe corrispondere negli ordinamenti dei singoli Stati membri un apparato normativo così sintetizzabile: le fattispecie descritte dall'art. 5, § 2, Dir. 57/2014 dovrebbero dar vita ad altrettante ipotesi d'illecito punite con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni (ex art. 7, § 2, Dir. cit.), mentre a quelle indicate dall'art. 12 § 2 Reg. 596/2014 dovrebbero far da simmetrico riscontro fattispecie d'illecito punite con sanzioni penali meno severe, ovvero tratte dal catalogo indicato dall'art. 30 Reg. 596/2014 (sanzioni amministrative e altre misure amministrative).

Un assetto siffatto sarebbe sicuramente ben lontano dai rischi di violazione del divieto del ne bis in idem, in quanto necessariamente non integrative del medesimo fatto le condotte materiali (i fatti concreti) sussumibili sotto le distinte fattispecie astratte (fra loro diverse in quanto descrittive di comportamenti differenti), derivate rispettivamente dall'art. 5, § 2, Dir. 57/2014 e dall'art. 12, § 2, Reg. 596/2014.

⁶⁴ Cfr art. 12, § 2, Reg. 596/2014 che descrive, tipizzandole, numerose condotte, *diverse* da quelle altrettanto analiticamente caratterizzate dal § 1 del medesimo art. 12 Reg. cit.: si ricordi che tutte le condotte in discorso – tanto quelle contemplate dal § 1 quanto quelle comprese nel § 2 – vengono qualificate come costitutive di una «manipolazione del mercato», ma soltanto per quelle tassativamente elencate nel § 1 l'art. 5 Dir. 57/2014 esige l'applicazione della sanzione penale (anche) detentiva.

E ciò, si badi, indipendentemente dalla utilizzazione dei parametri selettivi (per così dire) generali legati alla gravità del fatto e al dolo, comunque richiamati dal primo paragrafo dell'art. 5 Dir. 596/2014, ma destinati a operare (eventualmente) soltanto all'interno delle fattispecie astratte descritte nel secondo paragrafo del medesimo art. 5.

Né deve sfuggire che, stando alla stessa Direttiva, il parametro del dolo come requisito discrezionale non è certo vincolante per i legislatori nazionali: dispone infatti il Considerando (21) della Direttiva stessa che, proprio per la manipolazione del mercato, gli Stati membri possono stabilirne la rilevanza come reato anche se «commessa con colpa grave o negligenza», con la conseguenza che rimarrebbe in tale ipotesi affidato alla scelta di questi ultimi la configurazione di fattispecie astratte di manipolazione del mercato commesse a titolo colposo.

Ribadita la non vincolatività dell'opzione, rimane da notare che la formula adottata dal Considerando (21) della Direttiva è tutt'altro che perspicua, posto che di fatto equipara due atteggiamenti affatto diversi, come quello rappresentato dalla colpa qualificata in termini di gravità (id est: di significativo distacco dalle regole comportamentali il cui rispetto è preteso dall'ordinamento) e quello consistente nella semplice negligenza non ulteriormente connotata, che può dunque esprimere anche un modesto scarto dal contegno atteso dall'agente modello.

5.4.1. *Le necessarie modifiche normative interne.*

Rispetto alle previsioni degli artt. 185 e 187-ter TUF, attualmente regolanti la manipolazione del mercato, è di immediata evidenza che il legislatore italiano dovrà provvedere a un intervento di adeguamento assai approfondito al cospetto di una disciplina eurounitaria che, già sul piano della descrizione delle condotte vietate, importa variazioni notevolissime derivanti dall'uso della tecnica analitica.

Né sembrerebbe buon partito ritenere che le fattispecie attualmente vigenti – strutturate, soprattutto quella dell'art. 185 TUF, su clausole generali – permettano di comprendere proprio sotto quelle clausole generali le singole analitiche tipizzazioni di cui sono intessute le disposizioni della Direttiva e del Regolamento: si pensi, soltanto per esemplificare, alla prima modalità della manipolazione di mercato descritta dall'art. 5, § 2, lett. a), alinea i), Dir. 57/2014, che, valorizzando la portata comunicazionale decettiva dell'operazione in sé (l'operazione che, nel suo compiersi, comunica se stessa)⁶⁵, la contempla come figura autonoma e specifica dell'illecito⁶⁶.

Sicché l'opzione di confidare nell'adattamento per via interpretativa, a tacer di ogni altra considerazione riguardante obblighi e modalità di attuazione degli atti in discorso, costringerebbe a operazioni ermeneutiche di dubbia fattura, costantemente a rischio di violare il divieto di analogia, foriere di incertezze applicative quanto mai perniciose anche (e soprattutto) nel settore del diritto penale economico⁶⁷.

5.5. *Verso la “pan-penalizzazione” nella repressione degli abusi di mercato?*

Prima di esaminare in concreto i criteri selettivi della gravità e del dolo, conviene richiamare il disposto dell'art. 30, § 1, co. 2, Reg. 596/2014, di cui si è discusso nel precedente paragrafo 3.1.

⁶⁵ Si v. – scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione – F. MUCCIARELLI, *Gli illeciti di abuso di mercato, la responsabilità dell'ente e l'informazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 823 ss.; nonché ID., (sub) Art. 185, in *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini, G. Gasparri, Torino, 2012, 2403 ss.

⁶⁶ L'art. 5, § 2, lett. a), alinea i), Dir. 57/2014 considera manipolazione del mercato: «a) la conclusione di un'operazione, immissione di un ordine di compravendita, o qualsiasi altra condotta che i) fornisce segnali falsi o fuorvianti relativi all'offerta, alla domanda o al prezzo di uno strumento finanziario o di un contratto a pronti su merci collegato». In senso del tutto analogo – e per vero con una serie di specificazioni che ulteriormente approfondiscono la rilevanza della componente comunicazionale dell'operazione – si esprime l'art. 12, § 1, lett. a), alinea i), Reg. 596/2014.

⁶⁷ Cfr. C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in AA.VV., *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, 17 ss., ora in ID., *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 129 ss., il quale autorevolmente sottolinea la peculiare esigenza di precisione/determinatezza nel diritto penale dell'economia: «una minaccia penale sfumata, nei suoi contorni, da un alone di indeterminatezza finisce per esercitare un'azione disincentivante a raggio troppo vasto, al di là dei reali intendimenti del legislatore» (*ivi*, 138).

Stando a tale disposizione, se il legislatore nazionale decidesse di estendere la tutela sanzionatoria detentiva (e dunque penale) a tutte le fattispecie d'illecito richiamate dall'art. 30, § 1, co. 1, lett. a) e b), del Regolamento, ciò implicherebbe il venir meno di qualunque problema concernente i rischi di violazione del principio del *ne bis in idem*, perché ad ogni fattispecie astratta corrisponderebbe la correlativa sanzione penale (e unicamente quella): sicché il fatto concreto sussumibile sotto la norma d'inculpazione sarebbe per ciascuna d'esse sempre il medesimo, senza pericoli di plurime qualificazioni con conseguenti plurime sanzioni tutte comunque afferenti alla comune "materia penale".

Detto che le figure di cui all'art. 30, § 1, co. 1, lett. a) e b) esauriscono il novero degli illeciti previsti dal Regolamento e dalla Direttiva, va da sé che una simile scelta, pure in armonia con la "prevalenza" del penale perseguita dal legislatore comunitario, scontrerebbe verosimilmente controindicazioni molteplici, a principiarsi da quella – radicale – di porsi in conflitto con l'idea del diritto penale come *extrema ratio* e con il conseguente principio di frammentarietà.

Al di là di ostacoli carattere dogmatico, una siffatta opzione potrebbe risultare problematica nella misura in cui priva le autorità amministrative competenti del potere sanzionatorio, fino a limitarne nel concreto le possibilità operative (sul piano delle indagini e della prevenzione), che peraltro il Considerando (72) del Regolamento raccomanda di preservare⁶⁸.

D'altra parte, volendo concentrarsi sull'esperienza italiana, l'attribuzione a Consob di una significativa potestà punitiva – in sede di recepimento, dieci anni orsono, della prima Direttiva Market Abuse (Dir. 2003/6/CE o MAD I) – presenta profili di considerevole criticità, soprattutto per quanto concerne l'osservanza dei principi del "giusto processo" (art. 6 CEDU e combinato disposto artt. 24 e 111 Cost.) al cospetto di sanzioni riconducibili senza sforzo alla "materia penale", nell'accezione ampia e sostanziale fatta propria dalle Corti sovranazionali. Nella delineata prospettiva non può inoltre trascurarsi che la Corte EDU, nello scrutinare la legittimità convenzionale del "doppio binario" vigente in Italia per la repressione degli abusi di mercato, abbia statuito che il procedimento sanzionatorio «dinanzi alla CONSOB non ha soddisfatto le esigenze di equità e di imparzialità oggettiva sancite dall'articolo 6 della Convenzione»⁶⁹ e che le garanzie di un "processo equo" sono ravvisabili solo nel controllo giurisdizionale (di secondo e terzo grado) sui provvedimenti sanzionatori emessi dall'autorità amministrativa in discorso. Il mantenimento dell'attuale assetto normativo – pur depurato dell'illegittimo cumulo sanzionatorio in violazione del *ne bis in idem* – si porrebbe quindi in potenziale contraddizione con il *decisum* della Corte EDU, oltre a risultare disfunzionale per la pluralità di ruoli attribuiti a Consob, chiamata a regolare (parzialmente, ma per aspetti cruciali) il mercato, a vigilarlo, a indagare su eventuali condotte illecite e sanzionarle in sede amministrativa, per poi chiedere il ristoro dei pregiudizi da reato costituendosi parte civile nei procedimenti penali per fatti di market abuse (allo stato i medesimi fatti concreti già sanzionati amministrativamente).

L'ipotesi di "pan-penalizzazione" degli abusi di mercato, benché portatrice – tra l'altro – delle maggiori garanzie della giurisdizione, potrebbe tuttavia essere scartata in quanto scarsamente plausibile (soprattutto alla luce dei criteri contenuti nella delega legislativa per il recepimento della Direttiva: v. *infra*, § 6.), sicché il percorso conduce inevitabilmente alla considerazione di altri criteri, pur individuati in sede eurounitaria al fine di distinguere, nella vasta "materia penale", sanzioni e misure "amministrative".

Quello consistente nella valorizzazione dell'elemento psicologico dell'illecito (sistematicamente richiamato dalla Direttiva anche in relazione alle singole norme descrittive delle fattispecie astratte e diffusamente evocato anche dal Regolamento), se impiegato come unico criterio di caratterizzazione (senza cioè affiancarlo a quello della gravità) potrebbe avere una efficace funzione discrezionale rispetto al rischio di violazione del principio del *ne bis in idem* soltanto se gli illeciti amministrativi venissero previsti esclusivamente nella forma colposa.

Distinzione per vero semplice e, come s'è cercato di mostrare nel precedente paragrafo 4.1.1., in linea teorica senz'altro idonea allo scopo, che per certo ridurrebbe enormemente –

⁶⁸ Come si è in precedenza notato (v. *supra* § 3.1.) il Considerando (72) del Regolamento espressamente stabilisce che «il mantenimento delle sanzioni penali in luogo delle sanzioni amministrative per le violazioni del presente regolamento o della direttiva 2014/57/UE non dovrebbe ridurre o incidere altrimenti sulla capacità delle autorità competenti di cooperare, di avere accesso a informazioni o scambiare informazioni tempestivamente con le autorità competenti di altri Stati membri ai fini del presente regolamento, anche dopo che le competenti autorità giudiziarie competenti per l'azione penale siano state adite per le violazioni in causa».

⁶⁹ Così Corte EDU, sent. 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, cit.

senza annullarlo – ruolo e conseguenti poteri delle autorità amministrative competenti, ferma restando la delicatezza di far dipendere esclusivamente dall'atteggiamento psicologico dell'agente la natura penale o amministrativa dell'illecito, soprattutto in ambiti nei quali il dibattuto e controverso profilo del dolo eventuale finisce con l'assumere portata tutt'altro che marginale.

Se invece al requisito del dolo s'accompagna (come nella previsione eurounitaria) quello della gravità dell'illecito, la sua funzione acquista una ben più corposa valenza, permettendo in linea di principio il mantenimento della forma dolosa anche per gli illeciti amministrativi in ragione della presenza dell'altro criterio selettivo.

Quello della gravità è dunque il canone d'elezione, come mostrano gli indici deducibili dalla Direttiva e dal Regolamento, ai quali si è più volte fatto riferimento.

Si tratta ora di esaminare come il legislatore eurounitario abbia dato corpo alla formula della gravità e quali parametri siano stati indicati agli Stati membri per effettuare questa tanto importante selezione.

La configurazione delle fattispecie d'illecito è stata dipanata dal Regolamento in modo tale da non evidenziare differenze di gravità direttamente connesse alla struttura delle condotte vietate, con l'eccezione della ricordata distinzione operata nei paragrafi 1 e 2 dell'art. 12, posto che l'art. 5, § 2, Dir. 57/2014 impone l'assoggettamento a sanzione detentiva delle sole fattispecie astratte contemplate nell'art. 12, § 1 (sicché, per differenza, meno gravi devono considerarsi quelle descritte nel § 2 del medesimo art. 12, per le quali la Direttiva non richiede tal genere di sanzione e il Regolamento, all'art. 30, ne prescrive la punizione in via amministrativa).

Tolta l'eccezione ora ricordata, differente essendo il caso della figura della comunicazione illecita di informazioni privilegiate (art. 4 Dir. 57/2014), punita meno severamente dell'abuso di informazioni privilegiate, posto che la meno grave sanzione penale per essa richiesta dall'art. 7 Dir. 57/2014 non accredita un criterio selettivo rispetto all'omologa figura di illecito prevista dall'art. 10 Reg. 596/2014, gli indici di selezione in tema di gravità sono delineati dalla Direttiva ai Considerando (11) (per l'abuso di informazioni privilegiate e per la comunicazione illecita d'esse) e (12) (per la manipolazione di mercato), indici che converrà esaminare partitamente.

5.5.1. *La differenziazione tra fattispecie fondata sull'offensività del comportamento.*

Alcuni dei parametri in discorso sono fra loro identici, sicché è possibile trattarne congiuntamente: si tratta dell'impatto di livello elevato sull'integrità del mercato, del profitto effettivo o potenziale ritratto ovvero della perdita evitata e del danno cagionato al mercato.

Come anticipato nel § 4.1.1., ognuno vede che si tratta di estremi nessuno dei quali è partecipe della condotta proscritta, bensì di elementi che in qualche misura costituiscono un effetto, una conseguenza della condotta medesima, il che autorizza una prima notazione di carattere strutturale, nel senso che il corrispondente fattuale di tali indici dovrà essere connesso causalmente al comportamento vietato posto in essere dall'agente.

Detto questo, il requisito afferente alla entità del profitto conseguito si presenta come l'unico connotato in termini di effettività concreta, per così dire materiale, posto che il legislatore eurounitario ha avuto cura di apporre ad esso l'aggettivo «ritratto», che rimanda per certo a una situazione di misurabile incremento patrimoniale come conseguenza della condotta illecita.

Non altrettanto può dirsi del profitto potenziale e della perdita evitata, che – a ben vedere – alludono a situazioni meramente congetturali, rispetto alle quali si potrà argomentare esclusivamente in via d'ipotesi sulla scorta di un accertamento basato su controvertibili simulazioni contabili, caratterizzate comunque da una componente d'incertezza indissolubilmente legata a valutazioni d'ordine probabilistico.

Ancor meno perspicuo il riferimento all'impatto di livello elevato sulla integrità del mercato, del quale, al di là di una componente fortemente evocativa, ne riesce di ben difficile la riduzione nei termini precisi necessari per fondare un criterio selettivo di tanta importanza: il riferimento alla nozione di «integrità del mercato» rimanda a un universo di concetti variegati e di ardua traduzione in entità misurabili, come sarebbe necessario al cospetto di una dispo-

sizione che introduce una componente quantitativa (ancorché espressa in termini qualitativi) come la specificazione «di livello elevato», non senza dimenticare che già il termine “mercato” racchiude a propria volta una molteplicità di significati⁷⁰, rispetto a ciascuno dei quali la valutazione della lesione all'integrità finisce correlativamente per assumere valenze non soltanto diverse, ma anche di ben incerta riconduzione a unità.

In siffatto contesto, la «misura del danno cagionato al mercato» è certo non meno avara nel fornire indicazioni caratterizzate da maggiore accuratezza. Ancora una volta il concetto richiamato ha più che altro una valenza simbolica, non essendone per vero agevole la trasposizione in un enunciato con capacità definitorie dai contorni precisi.

Considerati poi in modo sistematico, i differenti indici dell'impatto sulla integrità del mercato e del danno al mercato stesso paiono di ben ardua separata connotazione: se alla nozione di danno sembra a prima vista consentanea un'idea di nocumento economico e quella d'impatto sulla integrità piuttosto quella di una lesione sul piano della reputazione o dell'immagine (la fiducia che nel mercato devono riporre gli investitori, per riprendere un concetto espresso da Regolamento e Direttiva nei Considerando iniziali), non si fa per vero molta strada nel sentiero che dovrebbe portare alla attribuzione di significati tanto precisi e puntuali da fungere da criteri selettivi.

Le perturbazioni cui sembrano alludere gli indici in discorso non paiono infatti facilmente definibili (deprezzamenti o apprezzamenti eccessivi e a vasto raggio ben potrebbero integrare un siffatto indice, ma si tratta ancora di una specificazione in concreto di ben modesta portata, né miglior sorte avrebbe il riguardo alle alterazioni di indici relativi ai corsi borsistici), mentre la stima di quello che potrebbe essere l'effetto di perdita d'immagine del mercato (della fiducia degli investitori, posta che sia questa l'esatta lettura) sembra necessariamente confinata all'interno di valutazioni tutt'altro che rigorose.

Si tenga poi presente che, data la funzione che i parametri per tal modo suggeriti sarebbero chiamati a svolgere, sarebbe altresì necessario che il legislatore nazionale fissasse una soglia numerica (o comunque espressa in modo preciso e determinato): diversamente si presenterebbe un problema di ben significativo rilievo.

Di fronte a un fatto obiettivamente integrativo di una fattispecie la cui qualificazione in termini di illecito penale o amministrativo dipendesse da un indice di gravità espresso in modo (per così dire) esclusivamente qualitativo (o comunque indeterminato), soltanto l'autorità giudiziaria penale sarebbe competente a deciderne la qualificazione (illecito penale o illecito amministrativo), non potendo un siffatto giudizio essere affidato – secondo i vincoli costituzionali del sistema italiano – a una diversa autorità.

Sicché, alla luce anche di quest'ultima considerazione, sembra che fra i parametri fin qui considerati potrebbero in concreto essere impiegati quelli attinenti all'entità del profitto (eventualmente anche quello potenziale) nonché della perdita evitata.

Richiamando quanto notato nel § 4.1.1., non si può fare a meno di notare come tutti gli indici in discorso – con l'eccezione di quelli attinenti al profitto potenziale o alla perdita evitata – consistono in un evento esterno al fatto tipico e separato dalla condotta, ad essa tuttavia legato da un nesso di condizionamento.

Ben evidente che non si tratta di valutare tali indici al pari di elementi costitutivi del reato, che il legislatore eurounitario costruisce – in tutte le ipotesi contemplate dagli artt. 3, 4 e 5 Dir. 57/2104 – come figure di pericolo concreto, bensì come criteri selettivi per distinguere le fattispecie di reato da quelle di illecito amministrativo, ma la contraddizione di fondo rimane.

Se tali indici dovessero essere impiegati per selezionare le fattispecie ora indicate fra penali e amministrative, l'accertamento in concreto delle figure di reato trascorrerebbe necessariamente per la verifica giudiziale della causazione dell'evento qualificatore (il conseguimento del profitto, dell'impatto – di livello elevato – sull'integrità del mercato, o del danno allo stesso arrecato).

E, al di là delle disquisizioni teoriche, si assisterebbe alla mutazione in reati di evento (rectius, aggravati dall'evento⁷¹) di fattispecie di concepite e strutturate come reati di pericolo.

⁷⁰ In argomento sia consentito rinviare a F. MUCCIARELLI, (sub) Art. 184, in *Il testo unico della finanza*, cit., 2320 ss.

⁷¹ Sull'inquadramento dei reati aggravati dall'evento – problematico circa la compatibilità di simili previsioni con il canone costituzionale di colpevolezza – v. C.F. GROSSO, *Struttura e sistematica dei cd. delitti aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 443 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Opus illicitum. Tensioni innovatrici e pregiudizi dommatici in materia di delitti qualificati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 994 ss.; più di recente A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Napoli, 1999.

Con l'ulteriore effetto che la reazione penale finirebbe con l'intervenire soltanto in corrispondenza della verifica della conseguenza lesiva che mirava a scongiurare.

Mentre non darebbero luogo a simile effetto gli indici relativi al profitto potenziale e alla perdita evitata, che, per la loro natura congetturale, non si manifestano in una conseguenza concreta della condotta: sicché, paradossalmente, proprio gli indici di più arduo accertamento (e quindi di più difficile impiego da parte del legislatore) sarebbero quelli che meglio s'attagliano alla natura di pericolo delle figure di reato in materia di abusi di mercato.

5.5.2. *Gli altri indici discretivi nella disciplina eurounitaria.*

Come detto, altri parametri di gravità vengono selettivamente contemplati in relazione alle distinte figure d'illecito.

Principiando da quelli nominativamente richiamati dal Considerando (11) della Direttiva con riferimento all'abuso di informazioni privilegiate e alla illecita comunicazione d'esse, sta dapprima quello relativo al «valore complessivo degli strumenti finanziari negoziati». Indice senz'altro suggestivo della rilevanza del comportamento, ma che per la sua struttura non s'addice per esempio all'ipotesi della comunicazione illecita (che, come tale, prescinde dalla effettuazione di operazioni), ben potrebbe essere impiegato dal legislatore nazionale con l'avvertenza di introdurre – per la ragione sopra indicata – un parametro numerico espressivo della misura oltre la quale il caso va considerato grave (e dunque costitutivo della fattispecie penale).

Gli altri due criteri attengono invece alla condizione soggettiva dell'agente, intesa in senso lato.

Per un verso viene in esame l'ipotesi che il fatto sia stato «commesso nell'ambito di una organizzazione criminale» e, per l'altro, che l'agente abbia commesso reati dello stesso genere. Notato che per quest'ultima previsione occorrerebbe in sede di recepimento una qualche specificazione che ne renda il contenuto maggiormente preciso, mette conto di segnalare che, anche in considerazione della linearità applicativa di tali indici, gli stessi potrebbero valere anche con riguardo alle figure di manipolazione del mercato.

Non vi osta certo una caratterizzazione che non li rende tali da essere valevoli esclusivamente per le figure concernenti le informazioni privilegiate e neppure il dettato dei Considerando (11) e (12) della Direttiva, che non sembra attribuire alle rispettive elencazioni portata tassativamente esclusiva.

Venendo ora ai parametri richiamati dal Considerando (12) con riferimento alla manipolazione del mercato [e non presenti nel Considerando (11)], viene in primo luogo quello riguardante «l'alterazione del valore dello strumento finanziario o del contratto a pronti su merci».

Requisito sicuramente suggestivo della gravità e come tale correttamente segnalato dal legislatore eurounitario, ma destinato a porre un problema di grave momento all'atto della sua concretizzazione.

Per le ragioni in precedenza segnalate, sembra anche qui necessaria l'indicazione di un valore numerico determinato che costituisca la soglia della rilevanza penale del fatto, in modo che l'opzione fra illecito penale e illecito amministrativo non sia demandata a una valutazione avente ad oggetto la valutazione di una circostanza indeterminata.

D'altro canto, un estremo concettualmente simile costituisce – come noto – uno degli elementi tipizzanti figure di reato esistenti e da tempo sperimentate (l'alterazione sensibile del prezzo dello strumento finanziario): e per ragioni altrettanto solide, a tale estremo il legislatore non ha mai attribuito una dimensione quantitativa precisa⁷².

Va infatti ricordato che tale opzione riposa essenzialmente sul rilievo che la nozione di «sensibilità» ha natura eminentemente relativa, sicché un dato numerico fisso, anche se espresso nella forma di una percentuale, finisce con il rappresentare una semplificazione eccessiva, tutt'altro che sintomatica.

Si pensi ad esempio all'ipotesi di un titolo, il cui apprezzamento è relativamente stabile con oscillazioni modeste in archi temporali consistenti, rispetto al quale una variazione anche di pochi punti percentuali ben può essere considerata come significativa; ovvero al caso in-

⁷² Cfr – scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione – F. MUCCIARELLI, (sub) Art. 185, cit., 2410 ss.

verso, di uno strumento finanziario, il cui valore è – per dir così – fisiologicamente soggetto a oscillazioni notevoli, rispetto al quale invece una variazione dello stesso indice percentuale di cui all'ipotesi precedente, ben difficilmente potrebbe dirsi sensibile: in entrambe le evenienze immaginate, tutt'altro che infrequenti, un limite rigidamente prefissato potrebbe non essere affatto espressivo del carattere sensibile dell'influenza.

Sicché l'indice concernente l'alterazione del prezzo, seppur ben rilevante in prospettiva teorica, si presenta di ben ardua definizione nel momento attuativo.

A ciò s'aggiunga, richiamando le osservazioni della parte conclusiva del precedente § 5.5.1., che anche tale indice, consistente in un effetto causale della condotta, finirà con il determinare in concreto la trasfigurazione di reati di pericolo in altrettante figure di reati di (rectius, aggravati dall')evento.

Più agevole la collocazione del requisito riguardante «l'ammontare dei fondi utilizzati in origine»: detto che esso sembra concernere le condotte di manipolazione operativa in senso stretto, è evidente la sua significatività in termini di rilevanza della condotta, né sembra particolarmente arduo per il legislatore nazionale fissare una soglia quantitativa espressa in termini numerici.

L'ulteriore indice concerne la qualificazione dell'agente e si presenta come correttamente selezionato, valorizzando la speciale offensività della condotta se posta in essere da soggetti che rivestono incarichi o funzioni che li pongono in una condizione peculiare rispetto al bene tutelato: dispone infatti l'ultima parte del Considerando (12) che si debba considerare grave «la manipolazione (...) commessa da soggetti impiegati o che lavorano all'interno del settore finanziario ovvero presso un'autorità di vigilanza o di regolamentazione».

Stante la natura del presente indice sembrerebbe opportuno che lo stesso venisse utilizzato dal legislatore nazionale anche con riferimento alle fattispecie relative all'abuso di informazioni privilegiate, ovvero alla comunicazione illecita delle stesse: come ricordato in precedenza nessuna ragione ostativa lo preclude.

6.

Osservazioni conclusive.

Per certo l'intervento del legislatore nazionale si presenta tanto indispensabile quanto complesso.

Indispensabile per le indubbie, profonde, persino strutturali modifiche che il corpus normativo costituito dal regolamento e dalla direttiva importano per l'adeguamento del vigente assetto: come s'è visto pur fugacemente, la definizione di informazione privilegiata (dove, a tacer d'altro, il riferimento all'«effetto significativo» in luogo della clausola sulla influenza sensibile suggerisce scenari interpretativi diversi), la reintroduzione dell'insider secondario nell'area del penalmente rilevante, la disciplina del c.d. processo prolungato, le nuove regolamentazioni sulle condotte legittime e sulle prassi ammesse (il cui esplicito recepimento eviterebbe qualunque problema applicativo), la sostanziale riscrittura delle figure di manipolazione del mercato, le regole in ordine agli obblighi di comunicazione, la regolamentazione delle attività di sondaggio e di elaborazione/diffusione di raccomandazioni di investimento e di statistiche, nonché della comunicazione/diffusione di informazioni ai media, la disciplina degli obblighi di comunicazione, la determinazione e le prescrizioni in materia di persone con accesso a informazioni privilegiate e delle operazioni effettuate da persone che esercitano funzioni di amministrazione, controllo o direzione e via esemplificando, costituiscono tutti profili nei quali l'intervento del legislatore eurounitario è stato – da più a meno – significativo e si riflette pertanto sulla disciplina interna, destinata quindi a essere innovata. Innovazione che dovrà tener conto, con le difficoltà che si è cercato di rappresentare, del richiamo forte che viene non soltanto dalla giurisprudenza delle Corti europee, ma anche dal Regolamento e dalla Direttiva, perché «l'irrogazione di sanzioni penali (...) e di sanzioni amministrative (...) non violi il principio del ne bis in idem». Sicché appariva a dir poco originale la previsione contenuta nella Relazione al Disegno di legge recante delega al governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione Europea – legge delega europea 2014, secondo la quale «è stata espunta la Direttiva 2014/57/UE (...) poiché, come comunicato dal Ministero della giustizia (...), non risultano necessarie misure nazionali per la sua adozione in quanto

l'ordinamento interno è già conforme»⁷³. Il rimedio apprestato per colmare una così vistosa lacuna costituisce tuttavia una sorta di «delega in bianco»⁷⁴, posto che richiama pedissequamente i principali tratti della disciplina eurolunitaria e ne dispone l'innesto nell'ordinamento domestico, in mancanza di qualsivoglia apprezzamento politico-criminale, ciò che si traduce nella sostanziale assenza di linee-guida per il delegato.

Complesso perché un'opera di adeguamento di tale genere, rispettosa doverosamente del superiore principio del *ne bis in idem*, non può essere affidata a una trasposizione del dettato della Direttiva in un decreto legislativo che ne costituisca la mera trascrizione: il corpus normativo Regolamento/Direttiva è unitario e fortemente interdipendente, come esplicitamente

⁷³ Il testo del d.d.l. di iniziativa governativa recante *Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea - Legge di delegazione europea 2014*, presentato il 5 febbraio 2015, non prevedeva – come riferito nel testo – alcuna forma di recepimento della Dir. 57/2014. A tale lacuna si è opportunamente posto rimedio in sede parlamentare, inserendo tra le Direttive UE per le quali è attribuita delega legislativa al Governo la Dir. 57/2014 (ai sensi dell'art. 1 l. 9 luglio 2015, n. 114 e del relativo allegato A), mentre l'art. 11, co. 1, l. cit. contiene i *Principi e criteri direttivi per l'attuazione della direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato), anche ai fini dell'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione*. I lavori preparatori sono consultabili sul sito internet del Senato della Repubblica (www.senato.it).

⁷⁴ Si riporta, per comodità di consultazione, il testo dell'art. 11, co. 1, l. 114/2015:

«1. Nell'esercizio della delega per l'attuazione della direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato (direttiva abusi di mercato), anche ai fini dell'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato (regolamento sugli abusi di mercato) e che abroga la direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e le direttive 2003/124/CE, 2003/125/CE e 2004/72/CE della Commissione, il Governo è tenuto a seguire, oltre ai principi e criteri direttivi di cui all'articolo 1, comma 1, anche i seguenti principi e criteri direttivi specifici:

a) apportare al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, le modifiche e le integrazioni necessarie per dare attuazione alla direttiva 2014/57/UE e alle disposizioni del regolamento (UE) n. 596/2014 che lo richiedono e provvedere ad abrogare le norme dell'ordinamento nazionale riguardanti gli istituti disciplinati dal regolamento anzidetto;

b) designare la CONSOB quale autorità competente ai fini del regolamento (UE) n. 596/2014, assicurando che la stessa autorità possa esercitare poteri di vigilanza e di indagine di cui agli articoli 22 e 23 e i poteri sanzionatori di cui all'articolo 30 del regolamento;

c) prevedere, ove opportuno, il ricorso alla disciplina secondaria adottata dalla CONSOB nell'ambito e per le finalità specificamente previste dal regolamento (UE) n. 596/2014, dalla direttiva 2014/57/UE e dalla legislazione dell'Unione europea a complemento degli stessi;

d) modificare, ove necessario, il citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998 per conformare l'ordinamento nazionale alle disposizioni di cui agli articoli 24, 25 e 26 del regolamento (UE) n. 596/2014 in materia di cooperazione e scambio di informazioni con l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA), con le autorità competenti degli Stati membri, nonché con le autorità di vigilanza di Paesi terzi;

e) attribuire alla CONSOB il potere di imporre le sanzioni e le altre misure amministrative per le violazioni espressamente elencate dall'articolo 30 del regolamento;

f) rivedere, in modo tale da assicurarne l'adeguatezza, i minimi edittali delle sanzioni di cui agli articoli 187-bis e 187-ter del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, fissandoli in misura non inferiore a 20.000 euro;

g) rivedere l'articolo 187-sexies del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in modo tale da assicurare l'adeguatezza della confisca, prevedendo che essa abbia ad oggetto, anche per equivalente, il profitto derivato dalle violazioni delle previsioni del regolamento (UE) n. 596/2014;

h) prevedere che, per stabilire il tipo ed il livello di sanzione amministrativa per le violazioni delle previsioni stabilite dal regolamento (UE) n. 596/2014, si tenga conto delle circostanze pertinenti, elencate dall'articolo 31 del medesimo regolamento;

i) prevedere che siano individuate, fermo restando un sistema di sanzioni amministrative proporzionato, efficace e dissuasivo, condotte dolose gravi di abuso di mercato punibili con sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive;

l) prevedere che l'individuazione delle condotte dolose gravi di abuso di mercato avvenga sulla base dei criteri contenuti nella direttiva 2014/57/UE, quale la qualificazione soggettiva dei trasgressori, come nel caso in cui essi siano esponenti aziendali degli emittenti, ovvero esponenti di autorità di vigilanza o di governo, ovvero persone coinvolte in organizzazioni criminali ovvero persone che abbiano già commesso in passato lo stesso tipo di illecito di abuso di mercato;

m) evitare la duplicazione o il cumulo di sanzioni penali e sanzioni amministrative per uno stesso fatto illecito, attraverso la distinzione delle fattispecie o attraverso previsioni che consentano l'applicazione della sola sanzione più grave ovvero che impongano all'autorità giudiziaria o alla CONSOB di tenere conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate;

n) adottare le opportune misure per dare attuazione alle disposizioni di cui all'articolo 32 del regolamento (UE) n. 596/2014, che disciplina la segnalazione all'autorità di vigilanza competente di violazioni effettive o potenziali del medesimo regolamento tenendo anche conto dei profili di riservatezza e di protezione dei soggetti coinvolti;

o) valutare, ai sensi del paragrafo 4 dell'articolo 32 del regolamento (UE) n. 596/2014, se sia opportuno prevedere di concedere incentivi finanziari a coloro che offrono informazioni pertinenti riguardo a potenziali violazioni del regolamento stesso;

p) consentire, nei termini di cui all'articolo 34 del regolamento (UE) n. 596/2014, la pubblicazione da parte della CONSOB nel proprio sito internet delle decisioni relative all'imposizione di misure e sanzioni amministrative per le violazioni di detto regolamento;

q) adottare, in conformità alle definizioni, alla disciplina della direttiva 2014/57/UE e del regolamento (UE) n. 596/2014 e ai principi e criteri direttivi previsti dal presente comma, le occorrenti modificazioni alla normativa vigente, anche di derivazione europea, per i settori interessati dalla normativa da attuare, al fine di realizzare il migliore coordinamento con le altre disposizioni vigenti, assicurando un appropriato grado di protezione dell'investitore, di tutela della stabilità finanziaria e dell'integrità dei mercati finanziari».

esige il Considerando (17) della Direttiva⁷⁵: e l'opera di adeguamento richiede attenzione analitica e competenze tecniche adeguate.

Con le parole del poeta:

Nicht Kunst und Wissenschaft allein

Geduld will bei dem Werke sein⁷⁶

⁷⁵ Cfr Considerando (17) Dir. 57/2014, per il quale «la presente direttiva» si applica «tenendo conto del quadro normativo stabilito dal regolamento (UE) n. 596/2014 e delle relative misure applicative».

⁷⁶ W. GOETHE, *Faust*, pt. I, sc. 6, *La cucina della strega*, citato da S. FREUD, *Frammento di un'analisi d'isteria (caso clinico di Dora)*, 1901 (ma pubbl. 1905), in Id., *Opere*, IV, Torino, 1978, 301 ss.: *Non soltanto arte e scienza // pazienza esige un tale lavoro*.

DI FRONTE AL NEGAZIONISMO E AL DISCORSO D'ODIO

Domenico Pulitanò

ABSTRACT

La previsione (nella proposta approvata in prima lettura dal Senato) del negazionismo come circostanza aggravante del reato di cui all'art. 3 della c.d. legge Mancino, non comporta un'estensione dell'area dell'illecito penale. Sul terreno penalistico è priva di utilità, ma non presenta i rischi connaturati a un'incriminazione autonoma. Risponde a ragioni di opportunità politica: chiuderebbe il problema di dare attuazione alla direttiva quadro europea, e trasmette un messaggio di impegno politico contro l'antisemitismo.

SOMMARIO

1. Il negazionismo come circostanza aggravante. – 2. Negazionismo e ricerca storica. – 3. Il significato della aggravante. – 4. Libertà di espressione, negazionismo e *Charlie*.

1.

Il negazionismo come circostanza aggravante.

L'approvazione (da parte del Senato, il 15 febbraio 2015) della proposta che introduce il negazionismo come circostanza aggravante comune (nell'art. 3 della c.d. legge Mancino) sollecita una rinnovata riflessione su importanti problemi di oggi, ben al di là della portata della norma così come riformulata.

Nell'originario disegno di legge n. 54-A la *apologia, negazione, minimizzazione* dei crimini di genocidio, di guerra o contro l'umanità, come definiti dallo statuto della Corte penale internazionale, era prevista come nuova figura autonoma di reato. Nel testo approvato dal Senato è stata trasformata in circostanza aggravante, innestata sulla attuale fattispecie che nel testo novellato nel 2006 incrimina e punisce chi "*propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale*" o "*istiga a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*".

La portata della novella sarebbe molto ridotta, anzi nulla sotto il profilo fondamentale, quello dei confini del penalmente illecito. Una circostanza aggravante si iscrive, per definizione, dentro il confine tracciato dalla fattispecie base; incide sul livello sanzionatorio, non sull'estensione del divieto. "*Con la progettata riforma, non acquisterebbero rilevanza penale condotte che oggi ne sono prive*"¹. Nessuna variazione nella fattispecie di base, nessuna variazione dei confini (e nei potenziali conflitti) fra norma penale e libertà d'espressione. E sul piano sanzionatorio una circostanza aggravante comune è di rilievo modesto.

Ad una considerazione solo formale, parrebbe di poter dire (con una qualche forzatura retorica) 'tanto rumore per nulla'. O forse è il caso di prendere atto che la sostanza sta nella forma, nella espressa proclamazione che il negazionismo è (più precisamente: può essere) reato. La norma approvata si presenta come attuazione della decisione quadro europea 2008/13: una attuazione che riterrei senz'altro *sufficiente*, posto che la decisione quadro esige l'incriminazione di condotte poste in essere "*in modo atto a istigare alla violenza o all'odio*" contro un dato gruppo o un suo membro; non impone dunque la punizione del negazionismo come tale².

Con esibito ossequio alla decisione quadro, la norma approvata dal Senato chiuderebbe in modo *politically correct* un problema aperto nell'orizzonte europeo. Il significato simbolico (a differenza della reale portata normativa) è molto forte, e ben si presta a rappresentare (in senso teatrale, di messa in scena) una presa in carico di problemi di tutela drammaticamente seri, in tempi segnati a sangue da un fondamentalismo violento che colpisce gli ebrei in quanto tali.

*Opporsi al negazionismo*³ è esigenza condivisa da tutti coloro che discutono del problema, fautori o critici d'una soluzione penalistica. La discussione è sui mezzi⁴. Non si tratta di tutelare una generica *memoria storica*: sono in gioco interessi che hanno a che fare con l'universo etico-politico che il negazionismo colpisce, e con la dignità di popoli che sono stati vittime di genocidio. La vitale importanza di tutto questo può essere misurata, se solo ci domandiamo che ne sarebbe del nostro mondo morale e politico, ove mai i negazionisti riuscissero a far breccia. La posta in gioco è altissima. Altro che inesistenza di un bene giuridico!

La rilevanza penale del negazionismo, come configurato nella aggravante prossima ventura, si porrebbe sostanzialmente negli stessi termini in cui potrebbe porsi già oggi, là dove sulle condotte negazioniste considerate si fondino in tutto o in parte manifestazioni di istigazione o apologia o propaganda od offesa vietate da una qualsivoglia norma penale. E dove siano, in concreto, modalità di realizzazione di un tipo di reato, manifestazioni di negazionismo possono avere rilievo già oggi in ordine alla valutazione di gravità del fatto. Non è scontato che siano

¹ È l'ineccepibile lettura di G. GATTA, *Dal Senato un passo avanti verso la rilevanza penale del negazionismo (come circostanza aggravante)*, in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2015.

² A. AMBROSI, *La memoria collettiva e pubblica di massacri e genocidi tra dovere costituzionale di solidarietà e libertà individuali*, in AA.VV., *Dallo stato costituzionale democratico di diritto allo stato di polizia?*, a cura di S. Riondato, Padova, 2012, p. 212.

³ È il titolo di una interessante raccolta di scritti favorevoli alla soluzione penalistica: AA.VV., *Opporsi al negazionismo. Un dibattito necessario tra filosofi, giuristi e storici*, a cura di F.R. Recchia Luciani-L. Patruno, Genova, 2013.

⁴ Nella dottrina penalistica italiana, E. FRONZA, *Il reato di negazionismo e la protezione penale della memoria*, in *Ragion pratica*, 2008, n. 30; Id., *Il negazionismo come reato*, Milano, 2012; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008; M. CAPUTO, *Le verità del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in AA.VV., *Verità del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, Napoli, 2014, p. 263s. Riferimenti al problema del negazionismo in articoli pubblicati in *Quaderni costituzionali*, 2013, n. 4: C. CARUSO, *Dignità degli "altri" e spazi di libertà degli "intolleranti". Una rilettura dell'art. 21 Cost.* (p. 795s.); F. BACCO, *Dalla dignità all'eguale rispetto: libertà di espressione e limiti penalistici* (p. 823s.); F. GUELLA-C. PICIOCCHI, *Libera manifestazione di pensiero tra fatti di sentimento e fatti di conoscenza* (p. 849s.); S. PARISI, *Il negazionismo dell'olocausto e la sconfitta del diritto penale* (p. 879s.).

(tutte e sempre) più gravi di altre modalità, ma non è irragionevole attribuire alla bugia negazionista un significato aggravante; la proposta approvata dal Senato è (mi pare) una accettabile soluzione tecnica se si ritiene opportuno dare al negazionismo un espresso rilievo formale.

Paradossalmente, la proposta approvata dal Senato, a prima vista così innovativa, sarebbe da leggere innanzi tutto come invito ad aprire gli occhi su potenzialità insite – e rischi insiti – già nel diritto vigente.

2.

Negazionismo e ricerca storica.

Dare per scontato, anzi per vitale sul piano etico e politico l'impegno contro il negazionismo, non implica affatto il dare per scontata l'opportunità di puntare sul penale. Credo utile una riflessione non ideologica: che cosa ci si attende dal penale, dalla legge Mancino rivisitata? Un effetto di (maggiore) deterrenza, cioè una maggiore credibilità del sistema agli occhi dei potenziali trasgressori? Una riduzione dell'area dei negazionisti e dei loro simpatizzanti? Una maggiore rassicurazione delle potenziali vittime, o una maggiore tutela di fronte al rischio di condotte aggressive per motivi di odio o di discriminazione etnica o religiosa? Una migliore giustizia retributiva? Puntiamo su un maggiore (e/o più severo) interventismo applicativo?

Posto che la propaganda o istigazione fondata su manifestazioni negazioniste integra già oggi il delitto di cui all'art. 3 della legge Mancino, è il caso di domandarsi se e che cosa ci dica l'esperienza a tutt'oggi. La casistica venuta in discussione in sede giudiziaria *non* comprende manifestazioni negazioniste. Disattenzione delle istituzioni del *law enforcement* penalistico, in assenza di un esplicito riferimento normativo a condotte di negazionismo? Siamo in presenza (a conoscenza) di fenomenologie del negazionismo che si prestino ad essere fatte oggetto – e che sia bene fare oggetto – di intervento giudiziario penale?

La lettura di testi sulla storiografia negazionista (da me non frequentata)⁵ mi ha aperto gli occhi su un universo variegato, insidioso anche nelle forme meno *hard*, ma (per quanto mi è parso di capire) nell'insieme non così *hard* da potere essere fatto oggetto di una repressione penale non problematica. Richiama l'attenzione su questo aspetto, in un contributo agli atti del Senato, un serio storico ebreo, Carlo Ginzburg: *“C'è un punto che sfugge alla pubblica opinione, perché legato in maniera specifica al mestiere dello storico. La ricerca storica non si muove necessariamente in una prospettiva di bianco/nero. Mi sono trovato, in un contesto accademico non italiano, a dover valutare una tesi che nel mio giudizio ho definito un esempio di negazionismo soft, morbido, implicito. Portare un caso del genere in Tribunale mi sembrerebbe una follia”*.

La proposta di incriminare la manifestazione di tesi 'negazioniste' non è piaciuta agli storici che nel 2007 hanno stilato e firmato numerosi – e successivamente hanno ripreso di fronte alla reiterata proposta legislativa – un manifesto *‘contro il revisionismo, per la libertà della ricerca storica’*, in cui si argomenta che un'eventuale incriminazione offrirebbe ai negazionisti la possibilità (come già avvenuto) di ergersi a difensori della libertà d'espressione; stabilirebbe *“una verità di Stato in fatto di passato storico, che rischia di delegittimare questa stessa verità storica, invece di ottenere il risultato opposto sperato”*. Il manifesto degli storici conclude che *“è la società civile, attraverso una costante battaglia culturale, etica e politica, che può creare gli unici anticorpi capaci di estirpare o almeno ridimensionare ed emarginare le posizioni negazioniste”*.

Autorevoli voci del mondo della cultura hanno obiettato che *“affidare tutto agli storici è un rischio”*. La libertà della ricerca storica va tutelata *“proprio al fine di conoscere meglio lo sterminio”*; il negazionista *nega, non ignora*. *“Ai negazionisti, che non sono storici ma pseudo storici, il dibattito rischia di offrire una legittimità che non meritano, iscrivendoli in una ricerca condivisa che rifiutano in blocco”*⁶.

Nel mondo dei giuristi la discussione sul tema *“negazionismo e libertà di manifestazione del pensiero”* si è sviluppata con riferimento all'ipotesi di un'incriminazione autonoma del negazionismo in quanto tale. La contrarietà che ho avuto occasione di esprimere⁷ poggia su ragioni che *non* presuppongono un riconoscimento di legittimità (di diritto costituzional-

⁵ C. VERCELLI, *Il negazionismo. Storia di una menzogna*, Roma-Bari, 2013. Un utile riassunto di tesi negazioniste in M. CAPUTO, *op. cit.*, p. 268s.

⁶ D. DI CESARE, *Negare la Shoah. Questioni filosofico-politiche*, in *Opporsi al negazionismo*, cit., p. 69s. (citazioni da p. 71-72).

⁷ D. PULITANÒ, *Cura della verità e diritto penale*, in *Verità del precetto*, cit., p. 90s.

mente garantito) alla consapevole falsificazione della storia⁸, ma hanno a che fare con i limiti razionali del diritto penale, oltre che con l'esigenza di assicurare condizioni di piena libertà di ricerca storica.

A proposito della giustizia penale internazionale, quella che è stata pensata come risposta a crimini contro l'umanità, un acuto osservatore del nostro tempo⁹ ha parlato di *rischi di deriva storica*, là dove i giudici pretendano (o sia loro richiesto) non solo di accertare verità fattuali, ma anche 'verità di interpretazione', cioè la ricerca del senso degli avvenimenti¹⁰. La giustizia istituzionale non è attrezzata a un tale compito, e in un mondo di libertà non è competente ad imporre alcuna interpretazione di fatti storici. Sarebbe inquietante che il giudice sia investito del compito di uno storico, vuoi quanto a definizione del metodo storico vuoi quanto al giudizio sulla verità di fatti storici¹¹.

La verità storica, in quanto tale, dovrebbe potersi affermare (*als solche sich behaupten können*) senza il diritto penale. Sono parole di un Maestro del diritto penale¹² che suggellano una posizione critica sulla fattispecie c.d. della *Auschwitz-Lüge*, ritenuta un esempio di legislazione *prevalentemente simbolica*. Simbolica nel senso ambiguo del termine: un diritto penale ineffettivo rispetto agli scopi dichiarati, ma tale da mettere in scena una effettiva presa in carico di problemi di tutela, in modo politicamente appagante (servente alla autorappresentazione politica del legislatore). Idonea e sufficiente sarebbe la classica fattispecie di *Volksverhetzung* (istigazione all'odio o manifestazione di disprezzo contro una popolazione: comma 1 del §. 130 StGB).

3.

Il significato della aggravante.

Domani, a riforma approvata in via definitiva, relativamente ai confini dell'illecito si porrebbero gli stessi problemi di ieri. E come finora non è venuta all'attenzione della giustizia penale una casistica di negazionismo/propaganda o negazionismo/istigazione, mi riesce difficile prevedere un maggiore interventismo futuro.

Nell'ambito della mera circostanza aggravante parrebbero sdrammatizzati – o pericolosamente rimessi alla saggezza degli interpreti – alcuni delicati problemi che una fattispecie autonoma porrebbe.

L'aggravante di cui al disegno di legge *in itinere*, se correttamente interpretata, non apre la strada alla follia di una penalizzazione debordante, intrusiva nella libertà di ricerca storica. Pensata come alternativa alla costruzione di una nuova fattispecie autonoma, l'aggravante non può essere travisata e slabbrata come se fosse una incriminazione a tutto campo di qualsiasi manifestazione di tipo negazionista. Manifestazioni di negazionismo *soft*, morbido, implicito, o comunque non caricate di significati di propaganda o istigazione illecita, restano fuori dell'area del penalmente vietato, che resta invariata. Il disvalore del fatto sta nell'offesa agli interessi offesi dalla condotta di propaganda o istigazione vietata, il profilo negazionista viene in rilievo se e in quanto ne sia una modalità di realizzazione. Dipende dal contesto se, come generalizzano talune voci critiche, "*negare lo sterminio vuol dire assumerne la necessità nel domani*"¹³, o esprima significati di disprezzo o di propaganda d'odio o di istigazione alla violenza.

Verrebbe (forse) sdrammatizzata la questione del negazionismo riferito a vicende diverse

⁸ Nella dottrina costituzionalistica, la tesi che la menzogna, il *falso soggettivo*, sia fuori dalla garanzia costituzionale, un campo non precluso alla eventuale posizione di divieti, è sostenuta da A. PACE, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione* fondato da G. Branca, Bologna, 2006, p. 88s; J. LUTHER, *Costituzione, memoria e garanzie di innegabilità*, in *Opporsi al negazionismo*, cit., p. 81s. Nella giurisprudenza costituzionale il "*problema se la pubblicazione e diffusione di notizie non vere o alterate possa esser configurata come manifestazione del proprio pensiero*", in quanto tale protetta dall'art. 21 Cost., è stato formulato in una lontana sentenza (n. 19 del 1962) sulla contravvenzione (ancora vigente, ma felicemente desueta) di cui all'art. 656 cod. pen., *Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico*. La Corte ha ritenuto di poter decidere "*senza affrontare tale problema*"; la problematica costituzionale (e di politica del diritto) dei reati d'espressione si è centrata sulla questione dei limiti espliciti o impliciti alla libertà d'espressione, in ragione della tutela di interessi esterni, di ritenuto rilievo costituzionale.

⁹ T. TODOROV, *Les limites de la justice*, in AA.VV., *Crimes internationaux et juridictions internationales*, a cura di A. Cassese-M. Delmas-Marty, Paris, 2002, p. 39s.

¹⁰ Cfr. T. TODOROV, *Le morali della storia*, Torino, 1995, p. 176s.

¹¹ E. FRONZA, *op. cit.*, p. 47.

¹² C. ROXIN, *Was darf der Staat unter Strafe stellen? Zur Legitimation von Strafdrohungen*, in *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, I, p. 731.

¹³ D. DI CESARE, *op. cit.*, p. 71.

dalla Shoah, la vicenda sulla quale convergono i negazionismi diffusi nel mondo e le ragioni profonde dell'opporsi al negazionismo. L'aggravante fa riferimento generico a categorie di crimini, con una formulazione che, in astratto, è a rischio di forzature interpretative. Prendendo atto della (discutibile) opzione legislativa, coerente con la decisione quadro, si impone un'interpretazione fortemente restrittiva: il negazionismo che può essere oggetto di valutazione giudiziaria è solo la falsificazione di fatti, e, nell'ottica della circostanza aggravante, è una *negazione di fatti specifici* che assuma significati ulteriori di propaganda o istigazione. Nessun rilievo può essere riconosciuto a questioni di parole o di qualificazioni giuridiche, per es. alla negazione che il massacro degli armeni del 1915 sia stato un genocidio.

Una condanna pronunciata in Svizzera su un caso del genere è stata ritenuta dalla Corte EDU non giustificata dall'art. 10 della CEDU¹⁴. Valutata in parziale controtendenza rispetto a precedenti decisioni¹⁵, la pur cauta sentenza *Perincek* mi sembra un opportuno sbarramento di intrusioni pericolose su questioni che debbono restare aperte alla ricerca e alla discussione (anche nel discorso pubblico, politico).

Teoricamente difendibile – molto meglio di una incriminazione autonoma del negazionismo in quanto tale¹⁶ – sul piano operativo la previsione di una circostanza aggravante non è uno strumento tecnicamente utile. Tutto ciò che promette è una più severa (di poco più severa) retribuzione penale nel caso di propaganda o istigazione fondata su manifestazioni negazioniste. La previsione di circostanze non facilita mai l'attività della macchina giudiziaria penale; caso mai la complica, chiedendo un di più di accertamenti e di valutazioni formalizzate.

Ben poco realistica (ancor meno che in altri campi) mi sembra un'aspettativa di maggiore deterrenza. La riduzione dell'area dei negazionisti e simpatizzanti non è un obiettivo alla portata del diritto penale.

In positivo e in negativo, la strada intrapresa con la novella *in itinere* ha carattere *solo simbolico*, o ideologico¹⁷. Sostenuta da ragioni apprezzabili di coerenza con uno standard europeo, non è una svolta reale. Mi attendo, ed anzi auspico, che il problema negazionismo *non* sia visto e archiviato come di competenza della giustizia penale.

Quali che siano le nostre norme, le centrali di negazionismo sparse nel mondo non ne sono toccate. E nelle libere società occidentali, premere l'acceleratore sull'intervento penale, portando lo scontro sul piano giudiziario, corre il rischio di una eterogenesi dei fini¹⁸: di favorire il fenomeno che si vuole combattere. Sarebbe un *cadere nella trappola del vittimismo di chi fa discorsi di odio*¹⁹: offrirebbe ai negazionisti occasioni di pubblicità e di presentarsi come martiri²⁰, vittime o di una condanna ingiusta o quantomeno di una indebita inquisizione. E ogni sconfitta di accuse di negazionismo sarebbe una vittoria gratuitamente regalata all'avversario.

4.

Libertà d'espressione, negazionismo e *Charlie*.

La proposta di agganciare il tema del negazionismo alla legge Mancino induce a una rinnovata riflessione sul senso di una normativa che riguarda utilizzazioni molto spinte della libertà d'espressione. Su questo tema si è sviluppata un'interessante discussione dopo l'aggressione omicida (gennaio 2015) ai redattori di *Charlie Hebdo*; il titolo di questo paragrafo, col suo sgradevole accostamento fra il negazionismo e *Charlie*, lo ho ripreso dal *Corriere della sera* del 21 febbraio. Sergio Romano, rispondendo ad una lettera in tema di negazionismo, discute una serie di obiezioni alla proposta approvata dal Senato: fra queste, il rischio di uno strappo nella tutela della libertà di espressione, che potrebbe essere domani allargato.

Di fronte alla strage è stato immediatamente lanciato lo slogan *Je suis Charlie*, che suona

¹⁴ [Sentenza 17 dicembre 2013, *Perincek c. Svizzera*](#). Commentata da E. SELVAGGI in *Class. Pen.*, 2014, p. 1409s.

¹⁵ P. LOBBA, *Il negazionismo come abuso della libertà di espressione: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1815s.

¹⁶ "Strutturato nella forma di un reato di pericolo astratto, il negazionismo funzionerebbe davvero da censura preventiva": S. PARISI, *op. cit.*, p. 891.

¹⁷ A. CIERVO, *Prestare ascolto alle lacune (appunti per uno studio giuridico sull'introduzione del reato di negazionismo nell'ordinamento italiano)*, in *Questione giustizia*, 2013, p. 81s.

¹⁸ S. PARISI, *op. cit.*, p. 892.

¹⁹ A. PUGIOTTO, *Le parole sono pietre?*, in *questa Rivista*, n. 3, 2013, p. 71 (relazione svolta al V convegno nazionale dell'avvocatura per i diritti LGTB, 30 novembre 2012).

²⁰ C. ROXIN, *op. cit.*, p. 730.

forte difesa, addirittura identificazione con le vittime, cioè con il loro uso della libertà d'espressione. Nella discussione che ne è seguita alcuni hanno ribadito una piena identificazione sostanziale, altri hanno esposto posizioni più articolate.

Sotto il titolo fortemente espressivo *Je suis Charlie? Je suis Charlie!*, Paolo Flores d'Arcais, da sempre impegnato a difesa del diritto all'espressione di ogni empietà²¹, di ogni eterodossia, ha pubblicato (in *Micromega*, n. 1/2015) numerose prese di posizione di intellettuali italiani e stranieri, e riaffermato la linea di radicale difesa della libertà, in opposizione alla logica del *non si può offendere*, che definisce *spietata*, cedevole alle suscettibilità dei più intolleranti. *"I troppi cittadini che affatturati dalle ipotesi mediatiche d'establishment stanno via via prendendo le distanze dal Je suis Charlie non si rendono conto che stanno addentrandosi nelle sabbie mobili della servitù volontaria"*²².

Le prese di posizione pubblicate sono fra loro differenziate. Alcuni hanno sottoposto a critica pungente lo stesso questionario proposto da *Micromega*: *"non mi aspettavo – ha scritto Michela Murgia – che un dibattito così importante fosse fatto con domande retoriche che presumono o suggeriscono già le risposte... La laicità non si misura sul grado di astio verso le religioni, ma su quello di vigilanza sui dogmatismi"*, ravvisati in abbondanza nel questionario. Nel merito, molti hanno messo a fuoco il nodo cruciale, i rapporti fra libertà e responsabilità. No a censure e autocensure, in un'ottica di libertà; di una *libertà eguale* che, come anche Flores rileva, *non può essere illimitata*. *"Se si rivendica una libertà assoluta di espressione non si può negare una libertà simmetrica di dissenso"*. (Mogavero); *"l'etica della convinzione, nell'operare del politico, deve essere quanto meno temperata dall'etica della responsabilità"* (D'Orsi).

La difesa delle libertà, in ottica volterriana, non presuppone una identificazione con l'uso che ne è fatto da altri. Sarebbe contraddittorio se, per difendere la libertà di *Charlie*, ci si dovesse sentire consenzienti con il modo in cui *Charlie* ha esercitato la sua libertà. I principi di un ordinamento laico e liberale ci dicono che la libertà di manifestazione del pensiero richiede tutela *"anche se (o meglio proprio quando) possa provocare reazioni nella società"*²³. È, nel suo nucleo essenziale, garanzia del pensiero critico, eterodosso, collidente con pensieri e sentimenti dominanti, e proprio perciò bisognoso di protezione in tutte le modalità espressive, compresa la satira.

Il massacro di *Charlie Hebdo* ha drammatizzato fino all'estremo problemi legati all'esistenza di fondamentalismi ostili all'*ethos* e al sentire delle società liberali: una situazione critica che *"erode e mina le opportunità di un consenso per intersezione fra persone divise da distinte e inconciliabili devozioni e lealtà ultime"*²⁴.

Scenari di reazioni violente (non così violente) li abbiamo già visti in passato, nel 2005 di fronte alle vignette danesi, e anche di fronte al professorale discorso di Papa Ratzinger all'Università di Ratisbona il 12 settembre 2006. La riflessione del Papa è partita dal dialogo fra l'imperatore bizantino Manuele Paleologo e un dotto persiano, in cui *in erstaunlich schroffer, uns uberraschend schroffer Form*²⁵ l'imperatore aveva posto la questione del rapporto fra religione e violenza, ed espresso l'opinione che la religione islamica non ha introdotto nulla di buono. Chi agisce con violenza, e non *syn logo* (con la ragione), agisce contro la natura di Dio.

In taluni luoghi del mondo islamico, al discorso di Papa Ratzinger sono seguite reazioni violente. Si noti: non contro vignette satiriche, ma contro un discorso condotto secondo lo stile di una lezione universitaria, nel quale nessun lettore appartenente al nostro mondo culturale, aduso al libero confronto d'idee, troverebbe il benché minimo contenuto offensivo.

Alla critica verso l'Islam, fatta dal colto imperatore bizantino, il *mudarris*²⁶ aveva replicato dialogando, e le sue ragioni sono state registrate dall'imperatore. Sotto questo aspetto, il richiamo storico fatto dal Papa poteva essere letto come un richiamo alla civiltà del

²¹ P. FLORES D'ARCAIS, *Etica senza fede*, Torino, 1992, p. 135: *"ogni empietà ha diritto all'espressione. Questo dice la libertà d'espressione se presa sul serio. Ciò che al fedele (o al fanatico) appare empietà, è per chi la formula un mero esercizio del diritto di critica"*.

²² È un rischio non solo teorico, nello scenario illustrato da P. BATTISTA nel *Corriere della sera* dell'8 marzo 2015, sotto il titolo *"Autocensura. Il virus pericoloso causato dalla paura"*.

²³ C. ESPOSITO, *La bestemmia nella Costituzione italiana*, in *Giur. cost.*, 1958, p. 990.

²⁴ S. VECA, *Un'idea di laicità*, Bologna, 2013, p. 61.

²⁵ Parole del Papa (*"in modo sorprendentemente brusco che ci stupisce"*).

²⁶ Su questa espressione, cfr. G. RAVASI, *Parola di Paleologo*, ne *Il Sole 24 ore*, 24 settembre 2006, p. 42.

dialogo, alla realtà storica ed alla possibilità del dialogo fra uomini di religioni diverse. Alcuni (quanti?) lettori nel mondo d'oggi hanno invece colto l'occasione per dichiararsi offesi, attizzare il risentimento (religioso?) di molti, ed incanalarlo in reazioni violente. Ci troviamo a fare i conti con sentimenti (quanto diffusi o diffusibili?) manipolati da un fondamentalismo (religioso?) che non agisce *syn logo*, e non arriva a comprendere il *logos*.

Esigenze di tutela di persone e di gruppi identificati per l'appartenenza religiosa, contro campagne di discriminazione e d'odio, sono state recepite, a livello internazionale, con la convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966. L'ordinamento italiano vi ha dato attuazione con la legge Mancino. Anni fa ho definito (a rischio d'essere frainteso) la disciplina penale ivi introdotta come *moderna fattispecie di delitto d'opinione*²⁷: moderna in rapporto ai delitti d'espressione propri del diritto penale autoritario (vilipendio), e teoricamente legittimata come presidio di diritti fondamentali delle persone: non di un'astratta dignità, ma di condizioni minimali della *pari dignità*, che è *concetto relazionale*²⁸. Questa prospettiva incorpora, congiuntamente, *eguale libertà* e *uguale rispetto reciproco*. Rispetto, innanzi tutto, delle eguali libertà di partecipazione al discorso pubblico, l'accesso al quale non può essere limitato alle sole voci politicamente corrette.

“Lo spazio pubblico è pieno di gente che urla, si insulta, scodella imposture, offende, si offende, si difende, fa perfino qualche ragionamento e svela qualche impostura; non è posto da educande (come si diceva una volta)”. Così scrive il filosofo Carlo Augusto Viano nella sua ironica risposta al questionario di *Micromega*, e aggiunge: *“ma nelle società liberali non si tirano fuori i pugni”*.

Come ha scritto, a tutt'altro proposito, un rigoroso filosofo della scienza, *“nelle cose umane è preferibile il baccanale dello spirito critico alla burocrazia della verità”*²⁹, anche a quella (pericolosissima!) della giustizia penale. Assicurare il tranquillo esercizio della libertà dello spirito critico impone al legislatore penale astinenza epistemica, neutralità valutativa³⁰.

Anche la strada delle moderne normative antidiscriminazione è dunque esposta ai problemi che rendono così scivoloso il terreno dei reati d'opinione; nella letteratura penalistica italiana ne dà conto una recente, ben argomentata monografia³¹.

Fra le applicazioni (poche) della legge Mancino prevale l'aggravante dell'odio razziale, innestata su figure di reato caratterizzate da un diverso disvalore: fatti di violenza o anche di offesa all'onore personale. Molto raramente è venuta in discussione la fattispecie di propaganda, le cui applicazioni, mai incontroverse, pongono seriamente il problema dei rapporti fra divieto penale e libertà d'espressione³².

A proposito di questioni che hanno a che fare con la religione, nell'aureo libretto di cui abbiamo celebrato nel 2014 il duecentocinquantenario troviamo la seguente considerazione: se l'Essere perfetto e creatore si è riservato il diritto di essere legislatore e giudice, e ha stabilito pene eterne a chi disobbedisce alla sua onnipotenza, *qual sarà l'insetto che oserà supplire alla giustizia divina, che vorrà vendicare l'essere che basta a se stesso*, costruendo un diritto penale a ciò finalizzato? Questo discorso, collocato da Beccaria nel paragrafo intitolato *“errori nella misura delle pene”* (§. 7), oggi lo collocheremmo su un piano più radicale, quello dei limiti del campo d'intervento penale: sono considerazioni relative al rapporto fra il diritto penale e quella che si supponga essere la volontà divina. Beccaria, che guarda alle pratiche del punire, così conclude: *“Se gli uomini possono essere in contraddizione con l'Onnipotente nell'offenderlo possono esserlo anche con il punire”*.

Tanto maggiore è la contraddizione, se guardiamo a chi chiama in causa il suo Dio a pretesa giustificazione di punizioni illegali e criminali. Nel nostro mondo così segnato da fondamentalismi intolleranti e sanguinari, il discorso di Beccaria sugli insetti che pretendono di supplire alla giustizia divina ritorna (resta?) di tragica attualità. Ieri gli insetti che si proclamavano mandati da Dio stavano dalla parte dei nostri ordinamenti illiberali. Abbiamo fatto un sostanzioso cammino di laicità, ma ci troviamo ancora davanti ai problemi dell'intolleranza

²⁷ D. PULITANÒ, *Laicità e stato di diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 84.

²⁸ C. CARUSO, *op. cit.*, p. 811s; cfr. anche F. BACCO, *op. cit.*, p. 833s.

²⁹ D. ANTISERI, in G. REALE - D. ANTISERI, *Quale ragione?*, Milano, 2001, p. 147.

³⁰ C. VISCONTI, *op. cit.*, p. 247; C. CARUSO, *op. cit.*, p. 816.

³¹ A. TESAURO, *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda razzista*, Torino, 2013.

³² Riferimenti in A. TESAURO, *op. cit.*, p. 56s., 173, 175.

(e dei limiti – eventuali – alla tolleranza). Oggi gli insetti che pretendono di supplire alla giustizia divina stanno dalla parte avversa ai nostri ordinamenti liberali. Come è stato scritto l'8 gennaio, sono i fondamentalisti “*i veri blasfemi. Con le dodici persone massaccrate ieri a Parigi, e con le migliaia trucidate con cieca brutalità in giro per il mondo, i fondamentalisti hanno ucciso anche il loro Dio, qualunque cosa essi intendano*”³³.

Opporsi al fondamentalismo violento, con tutti i mezzi legittimamente disponibili, è un fronte d'impegno fondamentale. Il diritto penale è strumento utile e necessario di fronte alla violenza, e può essere impiegato anche di fronte a condotte di preparazione alla violenza (compresa l'istigazione a delinquere). Di fronte a discorsi, anche d'odio e di disprezzo, lo scenario è complesso, e ben si comprende che il giurista – vedendo contrapporsi, in *simmetrica negatività*, “*la miseria morale del discorso d'odio e l'oscuro potenziale di una restrizione normativa a pure manifestazioni di pensiero*”³⁴ – confessi di avere “*un io diviso, in senso psicanalitico, tra impegno antirazzista e passione liberal per la libertà d'espressione*”³⁵.

Entrambi gli aspetti sono vitali. Anche il diritto penale è entrato nell'arsenale antidiscriminazione come risorsa di forte valenza simbolica, suscettibile di ponderata utilizzazione in situazioni limite. Può piacere e andar bene persino il valore simbolico di una circostanza aggravante, che ci mette in pace con l'Europa e con i buoni sentimenti di molti. Ma non con la buona coscienza. Tutta aperta resta la domanda: *che fare* per combattere efficacemente negazionismo e fondamentalismo, nell'intransigente salvaguardia dell'eguale libertà di tutti?

Postscriptum. Di negazionismo si è discusso nel Convegno annuale (Genova, novembre 2015) della Associazione italiana dei professori di diritto penale. Sono state riproposte ragioni (condivisibili) contrarie all'introduzione di una norma penale. Qualcuno ha messo in dubbio la tenuta (o la correttezza?) dell'interpretazione da me sostenuta, secondo cui la norma approvata dal Senato, configurando una circostanza aggravante, non allargherebbe l'area dell'incriminabilità di manifestazioni negazioniste.

In relazione a proposte *in itinere* è prudentiale un'ermeneutica sospettosa, volta a prevenire perplessità o fraintendimenti non imprevedibili. Ma l'idea che una circostanza aggravante possa essere letta come allargamento dell'area dell'illecito, è fuori e contro quella che definirei l'ovvia (per qualsiasi giurista) precomprensione dell'istituto ‘circostanza aggravante’. È la sintassi logica dell'ordinamento a tagliare fuori la stessa proponibilità del problema, se l'area dell'illecito sia stata allargata dall'introduzione di una aggravante.

Le valutazioni da me espresse sull'introduzione di una aggravante fanno affidamento su questa elementare precomprensione della sintassi logica del sistema penale. Come ho cercato di spiegare nel Convegno genovese, sono ragioni *non penalistiche* quelle che mi inducono a ritenere accettabile l'introduzione di una aggravante. Strutturata come circostanza, la norma sul negazionismo non estende l'area del penalmente vietato; chiude il problema di attuazione della decisione quadro europea; non presenta i rischi connaturati a un'incriminazione autonoma, estensiva dell'area del penalmente vietato.

E' un'opzione che può essere criticata come diritto penale simbolico, ma anche difesa in questa stessa chiave: è una dichiarazione politicamente ragionevole di presa in carico del problema negazionismo, e anche del problema antisemitismo. In questi tempi di fondamentalismo sedicente islamico, e di attacchi ad ebrei in quanto ebrei, è un fronte di doveroso impegno politico, ben al di là di norme simboliche da cui sarebbe ingenuo – e pericoloso – attendersi concreta funzionalità.

³³ Animabella, blog di Cinzia Sciuto, redattrice di Micromega.

³⁴ F. BACCO, *op. cit.*, p. 840.

³⁵ A. TESAURO, *op. cit.*, p. 184.

ALLEGRIA DI NAUFRAGI: DOVE VA LA CORTE DI CASSAZIONE?

Appunti sparsi a margine dell'Assemblea generale della Corte di cassazione.

Gioacchino Romeo

ABSTRACT

Il 25 giugno 2015 si è tenuta, a seguito di convocazione del Primo Presidente del 19 maggio precedente, l'Assemblea generale della Corte di cassazione, a distanza di oltre sedici anni da quella convocata il 23 aprile 1999 dal Primo Presidente dell'epoca, per deliberare in ordine ai provvedimenti da assumere di fronte allo stato di grave crisi del giudizio di legittimità.

La Corte, com'è noto, è da decenni assediata da una quantità di ricorsi inimmaginabile in qualsiasi altro Paese moderno ed ora è in uno stato che, senza esagerazione, potrebbe definirsi preagonico. Le misure concepite dall'Assemblea per cercare di arginare, nel settore degli affari penali, il torrenziale afflusso di ricorsi, presentano luci e ombre, specie per il fatto che, per la parte affidata a disponibilità interne, potrebbero essere condizionate da prossime decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo potenzialmente idonee ad incidere in modo significativo sullo stesso carico dei ricorsi.

Di seguito si fa il punto sulle criticità di un sistema che aspetta di essere al più presto oggetto di revisione legislativa, auspicata da tempo immemorabile e ancora attesa.

SOMMARIO

1. Premessa: l'Assemblea generale della Corte del 24 aprile 1999. – 2. La deliberazione dell'Assemblea. – 2.1. Revisione dell'art. 111 Cost. – 2.2. Abolizione del ricorso per cassazione in materia di archiviazione e personale dell'imputato. – 2.3. Rito scritto come modello. – 2.4. Altre modificazioni. – 2.5. Cestinazione in sede di esame preliminare del ricorso. – 2.6. Utilizzo dei magistrati dell'Ufficio del massimario. – 2.7. Sentenza breve. – 3. Il punto di "non ritorno". – 3.1. Il carico penale della Corte suprema negli ultimi quaranta anni. – 3.2. Rapporti tra cause di non punibilità e inammissibilità. – 4. Questioni a Strasburgo di difficile soluzione. – 4.1. Profili problematici della giurisprudenza delle Sezioni unite. – 4.2. Prospettive giurisprudenziali futuribili. – 5. Conclusioni.

1.

Premessa: l'Assemblea generale della Corte del 23 aprile 1999.

La Corte suprema di cassazione – è fatto risaputo – **versa da decenni in uno stato di grave crisi**. È fin troppo noto che il carico di lavoro, sia per gli affari civili, sia per quelli penali, è da anni insostenibile; ed è altrettanto noto che sono caduti e continuano a cadere nel vuoto gli appelli, provenienti da Accademia, Magistratura e Avvocatura a porre rimedio alla condizione drammatica di una Corte giustamente definita sotto assedio, perché chiamata a decidere ogni anno una miriade di ricorsi, specie per quanto riguarda la materia penale.

Cinque e più generazioni di giuristi hanno sin qui convissuto con questa “crisi”, verificandone la sostanziale irrisolvibilità, tanto che pare destinato a restare inascoltato il “grido di dolore” che periodicamente si leva, come una litania o poco più di uno stanco rito, da quelle tante parti della società civile alle quali sta ancora a cuore un settore così cruciale per la credibilità e la sopravvivenza di un’istituzione centrale in uno Stato di diritto.

Nell’aggravarsi ulteriore dei problemi e nel persistere dell’inerzia legislativa, **il 25 giugno 2015 l’ha sottolineato nuovamente anche il Primo Presidente Giorgio Santacroce** nella relazione con la quale ha aperto i lavori dell’Assemblea generale, convocata a distanza di poco più di sedici anni da quella tenutasi il 23 aprile 1999 per iniziativa dell’allora Presidente Zucconi Galli Fonseca¹.

Chi legga le parole allora pronunciate dal Presidente Zucconi² e quelle odierne della relazione introduttiva del Presidente Santacroce³ nota uno scarto significativo di toni: all’aspettativa, sia pur moderata, di una qualche soluzione, presente nel discorso di sedici anni or sono, si è sostituito un grido d’allarme ultimativo, dettato dalla disperazione e da una sorta di impotenza, nella consapevolezza che non rientra, ahimè!, nei poteri della Corte incidere sui nodi fondamentali all’origine dei mali e delle disfunzioni del giudizio di legittimità e risultando il legislatore pervicacemente sordo ad ogni sollecitazione.

La spietata diagnosi del Presidente Santacroce non tace il rilievo che l’Assemblea di sedici anni prima “non sortì risultati di reale efficienza” e che la relativa convocazione non servì a instaurare la prassi, pure auspicata in quella sede, di una convocazione frequente dell’assise.

Non è questa la sede per passare in rassegna analiticamente la forte denuncia del Primo Presidente della Corte, i cui contenuti sono da condividere incondizionatamente.

Staremo a vedere quale seguito avranno i suoi auspici o, ad essere più precisi, le deliberazioni assunte dall’Assemblea al termine dei lavori. A giudicare dalla presenza, nell’Aula magna della Corte, delle massime Autorità dello Stato, nonché del Ministro della giustizia e del Vice-presidente del Consiglio superiore della magistratura, si dovrebbero coltivare ottimistiche previsioni. Ma la cautela è d’obbligo, tenuto conto dei precedenti e del fatto che la disponibilità delle più incisive riforme è nelle mani di un Parlamento sulle cui reali possibilità di realizzarle grava l’alea di maggioranze parlamentari incerte e quella, certamente più significativa, di una reale e sollecita volontà di intervento.

Non è, poi, detto, che le misure auspiccate dall’Assemblea siano tutte utili e producenti; e qui, limitatamente al settore penale, sia consentito muovere qualche osservazione in proposito.

¹ Non si contano le iniziative assunte dal 1999 ad oggi per richiamare lo stato in cui versa la Corte di cassazione.

Il ventiduesimo convegno dell’Associazione fra gli studiosi del processo penale, tenutosi negli ultimi giorni di settembre 2012 e del quale questa *Rivista* si occupò a suo tempo, si intitolava proprio alla *Corte assediata*. Simbolicamente rilevante la scelta della sede (proprio nell’Aula magna della Corte di cassazione): non era un allarme inconsueto, ma solo l’ultimo di una lunghissima serie.

Sette anni prima era stato addirittura l’Ufficio del massimario della Corte, con la *Rassegna della giurisprudenza delle Sezioni unite penali*, ad uscire dal riserbo e dal rigore suo proprio per ricordare, nella prefazione e senza tanti giri di parole, la drammatica condizione in cui versa la giurisdizione di legittimità:

“Da vari lustri si insiste in tutti i modi ed in tutte le forme nel richiamare l’attenzione dei *conditores* sulla gravità della situazione: ne sia riprova il titolo del discorso di insediamento di Antonio Brancaccio alla Presidenza della Corte: «Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione»; lo stesso titolo di una lettera che Ludovico Mortara scriveva nel 1906 a Carlo Fadda. Un secolo ed i problemi di sempre: ai quali, poi, offre fertile terreno l’ipertrofia di un contenzioso che, crescendo con geometrica progressione, rende, per ciò stesso, sempre più incerta la funzione istituzionale della nomofilachia ed alimenta in tanti magistrati della Corte la frustrante consapevolezza che dal disordine della giurisprudenza, che è ad essi demandato di evitare, si produce netto e preciso un doloroso ma inevitabile effetto, l’abbassamento incessante della loro autorità e del loro prestigio e, quindi, della credibilità e della persuasività della loro giurisprudenza”.

² Il discorso introduttivo del Presidente Zucconi si può leggere in *Cass. pen.*, 1999, 1685.

³ Per leggere il testo della relazione [clicca qui](#).

2.

La deliberazione dell'Assemblea.

Cominciamo da quanto deliberato al termine dell'Assemblea⁴.

2.1.

Revisione dell'art. 111 Cost.

L'*incipit* prospetta l'opportunità di valutare la **revisione dell'art. 111 Cost.**, limitandosi la proponibilità incondizionata del ricorso per cassazione per violazione di legge ai provvedimenti sulla libertà personale, ma circoscrivendosene quella contro le sentenze⁵ ai casi nei quali è ravvisabile la necessità di formulare principi giuridici di valenza generale o di garantire comunque un vaglio della Suprema Corte, con contestuale **introduzione della garanzia costituzionale del doppio grado di giurisdizione di merito**, ritenuto da sempre non necessitato costituzionalmente⁶.

Utopistica la prospettiva, tenuto conto dei *quorum* e delle *lobby* parlamentari che ben difficilmente consentirebbero l'approvazione di una simile disciplina; difficile la formulazione di un testo che possa evitare, pur con il generico rinvio a una legge ordinaria, contrastanti interpretazioni sull'esigenza di "garantire comunque un vaglio della Suprema Corte"; impensabile che, conoscendo il *mos italicus*, la modifica possa far affiorare meglio la funzione propria del giudice di legittimità, come spesso si ripete in dottrina con richiami a convenzioni internazionali sottoscritte dall'Italia.

E tutto ciò senza contare che una **simile misura potrebbe non costituire**, verosimilmente, **un filtro di maggiore utilità** per la riduzione del carico dei ricorsi per cassazione.

Quanto all'obbligo del **doppio grado di giurisdizione di merito**, pare che esso non vada nel senso della snellezza (e ragionevole durata) delle procedure e possa accrescere il rischio di prescrizione dei reati.

2.2.

Abolizione del ricorso per cassazione personale dell'imputato e in materia di archiviazione.

È anche suggerita l'abolizione del ricorso per cassazione contro i provvedimenti di archiviazione e l'esclusione del ricorso personale dell'imputato.

Partendo da quest'ultima misura, pressoché unanimemente e da tempo condivisa, è possibile, ma non è detto, che essa possa determinare una lieve contrazione del numero di ricorsi, perché l'affidamento esclusivo del ricorso penale al ministero del professionista abilitato potrebbe anche dar luogo solo a una *discovery* del reale autore del ricorso. Più certo sarebbe, quindi, un aumento di entrate per l'Erario, considerata la necessità di far figurare il difensore come effettivo estensore del ricorso (ha detto nella sua relazione il Presidente Agrò che la facoltà dell'imputato di presentare personalmente il ricorso oggi "è mezzo per abusi professionali e per elusione fiscale"). Ma se il beneficio che l'imputato può trarre dal ricorso per cassazione è superiore ai costi supplementari che egli deve mettere in conto, di sicuro l'onere economico ulteriore non costituirà un deterrente. Così come – l'esperienza lo ha dimostrato (e sulla vicenda ci soffermeremo ampiamente più avanti) – la preclusione alla prescrizione in caso di impugnazione inammissibile non ha costituito un disincentivo alla proposizione dei ricorsi che sono anzi aumentati costantemente nel tempo, proprio a partire dalla giurisprudenza che aveva cercato di arginare il loro afflusso mediante una scorciatoia non del tutto e non sempre irreprensibile.

⁴ Per leggere il testo della deliberazione finale dell'Assemblea della Corte di Cassazione [clicca qui](#).

⁵ Non è chiaro se, con questo giro di vite, sarebbe travolta anche quella giurisprudenza, di largo respiro, che nella nozione di "sentenza" di cui all'art. 111 Cost. comprende anche decreti e ordinanze, purché di carattere decisorio, incidenti su diritti soggettivi (Cass., Sez. un. pen., 24 novembre 1999 n. 25, in *Arch. n. proc. pen.*, 2000, 26; 26 aprile 1989 n. 5, *Ced. Cass.*, n. 181794; Sez. un. civ., 13 luglio 2005 n. 14696, *ivi*, n. 582812; 14 giugno 2000 n. 434, in *Foro it.*, 2000, I, 2471).

⁶ Giurisprudenza costituzionale costante: *ex plurimis*, Corte cost., 26 ottobre 2007 n. 351; 27 marzo 2003 n. 84; 31 maggio 2000 n. 165. Se fosse approvata questa riforma, restando in vita l'art. 137, comma 3, Cost., il doppio grado continuerebbe ad essere escluso soltanto nei giudizi penali affidati alla Corte costituzionale.

Quanto, invece, all'abolizione del ricorso per cassazione contro i provvedimenti di archiviazione, auspicato anche da Agrò, non si possono non esprimere ampie riserve. E ciò a prescindere dal rilievo che l'archiviazione, nell'attuale codice, è utilizzata per un ventaglio di ipotesi ben più ampio di quello del codice previgente (il che potrebbe porre seri problemi di costituzionalità di una disciplina che escludesse *tout court* il controllo di legittimità su atti di natura decisoria ipoteticamente pregiudizievoli all'imputato).

La soppressione sarebbe dettata dalla circostanza che "il contenzioso in materia, frutto di interessi spesso esclusivamente di natura civile, è molto vasto, talché tale riforma comporterebbe risparmio di lavoro" (relazione Agrò).

In realtà, sotto vari profili, questo sembra un problema non reale o, al più, frutto di una iperbolica rappresentazione del reale.

Sono suggestivi gli argomenti della vastità del contenzioso e del risparmio di lavoro: affermazione che non pare trovare riscontro nei dati statistici ufficiali della Corte⁷, consultabili sul sito *web*.

Il *trend* dell'incidenza sul totale dei ricorsi nel periodo 2009-2014 mostra che le archiviazioni hanno avuto un rilievo percentuale medio inferiore all'1,7% annuo della totalità dei ricorsi (nell'ultimo anno dell'1,72%).

Tradotto in termini di carico individuale di lavoro, tenuto conto del numero dei consiglieri addetti al settore penale, si tratterebbe di poco meno di nove ricorsi all'anno *pro capite*, da trattare con rito camerale.

Non essendo consentito il ricorso per motivi diversi da quelli inerenti al rispetto del contraddittorio, dato il tenore dell'art. 409 c.p.p., l'accertamento da eseguire in sede di legittimità (se siano state osservate, o non, le garanzie del contraddittorio) non sembra di particolare complessità.

A ciò si deve aggiungere che, non potendosi sottrarre alla Corte suprema, nella sua qualità di giudice del diritto, la qualificazione giuridica del fatto oggetto del procedimento archiviato, l'eventuale soppressione della facoltà di ricorrere per cassazione finirebbe per introdurre nel sistema – avuto riguardo allo stato di grave crisi di tutta la giustizia penale – una forma non solo ipotetica, ma concreta, di attenuazione, se non proprio obliterazione, della obbligatorietà dell'azione penale. P.m. e g.i.p. che ritengano concordemente, ed erroneamente, di rilevanza civilistica vicende riconducibili a ipotesi di reato finirebbero per creare zone franche dall'esercizio del magistero penale, sostanzialmente al di fuori di qualsiasi controllo, dal momento che quello, pure normativamente previsto, della Procura generale della Repubblica in sede di avocazione al più potrebbe essere esercitato in via del tutto occasionale.

Si dirà che anche oggi alla Corte è formalmente interdetto pronunciarsi sulla riconducibilità del fatto a una precisa ipotesi di reato. Ma è accaduto, e non poteva essere diversamente, che all'occorrenza la Corte abbia interloquito sul tema "penale"⁸.

Per tutte queste ragioni, lascia perplessi la proposta, non essendo agevolmente comprensibile né la vastità del contenzioso, né il dichiarato risparmio di lavoro, cui le ragioni dichiaratamente a sostegno si riferiscono. E questo senza considerare – come si è accennato – che, sotto il nome di *archiviazione* sono catalogati anche atti di natura decisoria, incidenti su diritti soggettivi, i quali, al pari delle ordinanze e dei decreti, di cui alla precedente nota 5, potrebbero comunque indurre la Corte ad allargare, con riguardo ad essa, le maglie della ricorribilità oggettiva.

⁷ I dati statistici sono consultabili [cliccando qui](#). La percentuale dei ricorsi aventi ad oggetto provvedimenti di archiviazione, nel periodo considerato, oscilla tra l'1,63% nel 2011 e l'1,77% nel 2012.

⁸ In più occasioni, chiamata a decidere, in procedimenti di archiviazione, la Corte suprema ha avuto modo di interloquire, sia pure *incidenter tantum*, sul tema della configurabilità, nei fatti, di ipotesi di reato (si vedano, tra altre, Cass., sez. VI, 13 marzo 2014 n. 29347, *Ced Cass.*, n. 260943; sez. I, 23 febbraio 1999 n. 1560, in *Cass. pen.*, 1999, 2865).

Questa interpretazione "larga" sembra necessitata dinanzi alla previsione della ricorribilità per cassazione dei provvedimenti di archiviazione solo per violazione delle regole sul contraddittorio, pena il fondato sospetto di illegittimità costituzionale, sotto vari profili, della relativa disciplina. Né la ritenuta manifesta infondatezza di varie questioni di incostituzionalità dell'art. 409 c.p.p. prospettata sotto diversi profili (si vedano, in proposito, Cass., sez. VI, 24 febbraio 2015 n. 12522, *Ced Cass.*, n. 262954; sez. VI, 26 ottobre 1995 n. 3896, *ivi*, n. 204002) sembra poter scalfire la fondatezza del rilievo appena esposto. La ritenuta non conflittualità con l'art. 112 Cost., affermata sul rilievo che il p.m., esclusivo titolare dell'azione penale, può sempre richiedere la riapertura delle indagini preliminari sulla scorta anche di diversa valutazione circa la necessità di investigazioni ritenute in precedenza non indispensabili, non esclude l'incompatibilità, anche con l'art. 111 Cost., di una ricostruzione interpretativa che, da un lato, non consenta alla Corte di cassazione di *dicere ius* in ordine a una fattispecie per errore ritenuta in sede di merito penalmente irrilevante e, dall'altro, pur di fronte all'evidente configurabilità di un fatto-reato esclusa in sede di merito, affidi a una futura e incerta riapertura delle indagini (e quindi, nella migliore delle ipotesi, con un'incomprensibile dilazione dei tempi processuali) il perseguimento effettivo del reato.

2.3.

Rito scritto come modello.

Tra le altre riforme auspiccate figura l'**introduzione generalizzata del rito scritto** per la decisione dei ricorsi, salva la celebrazione dell'udienza pubblica per le questioni e i casi di particolare rilevanza, su istanza dei difensori e approvazione del presidente del collegio.

È significativa la proposta. E forse potrebbe far guadagnare qualcosa in punto di "risparmio dei tempi". Altra cosa è quella di stabilire se si tratti di un'idea effettivamente realizzabile. Il carattere discrezionale del provvedimento di celebrazione in udienza pubblica, affidato all'approvazione del presidente del collegio che non è atto dovuto, pur a fronte di richiesta della difesa, rende la riforma difficilmente praticabile, specie se si guarda al *trend* costituzionale in proposito⁹.

Fa comunque un certo effetto dover prendere atto di questa idea. È stata, infatti, proprio la Corte di cassazione, e nella più autorevole sede di giurisdizione, ad apparire orientata, in circostanze diverse e di recente, in senso decisamente opposto a quello ora auspicato¹⁰.

2.4.

Altre modificazioni.

Non ci si sofferma sulle altre ipotesi, pur ventilate, **di riforma**, consistenti nella introduzione del collegio difensivo, intesa a semplificare la formazione del contraddittorio; nella adozione della procedura *de plano* per la correzione degli errori materiali, le inammissibilità formali e i ricorsi avverso i patteggiamenti; nella modifica delle disposizioni sulle spese del ricorso in cassazione e sull'effettività della riscossione delle somme liquidate a titolo di sanzione; nel trasferimento alla corte d'appello della competenza a decidere sulla richiesta di rescissione del giudicato *ex art. 625-ter c.p.p.*; nel ripristino del "patteggiamento in appello".

Si tratta, infatti, di **correttivi di sicura utilità, ma probabilmente di modesto impatto complessivo** sull'obiettivo di **decongestione dei ruoli** della Corte suprema.

2.5.

Cestinazione in sede di esame preliminare del ricorso.

Preme, invece, approfondire uno dei punti oggetto di auspicio, che introduce rimedi "immediatamente attuabili senza bisogno di interventi normativi o amministrativi".

Si tratta del **"conferimento ai magistrati addetti all'esame preliminare dei processi di una delega per la declaratoria di non luogo a provvedere riguardo ad atti mancanti di effettiva volontà impugnatoria"**.

Non è immediatamente chiaro il senso del rimedio, specie se esso viene qualificato come attuabile senza necessità di interventi normativi o amministrativi, sì da apparire realizzabile in virtù di provvedimenti interni alla Corte.

Certamente non si tratta di affidare a un magistrato singolo, in sede non giurisdizionale, il potere di definire un ricorso (e sia pure un atto che appaia, *ictu oculi*, un simulacro di ricorso). Ma, così com'è formulato, il punto potrebbe far sorgere numerosi interrogativi. Fortunatamente il senso della proposta si comprende bene dalla lettura della relazione Agrò che in proposito, pur facendo opinabilmente riferimento a **rimedi esogeni**, chiarisce che **si tratterebbe della facoltà**, per il consigliere addetto allo spoglio, **di diretta "archiviazione" di quelle innume-**

⁹ V., da ultimo, Corte cost., 15 giugno 2015 n. 109 e 5 giugno 2015 n. 97, in *Dir. pen. cont.*, 22 giugno 2015, con commento di Carboni, *La Corte costituzionale prosegue il suo cammino verso l'affermazione del principio di pubblicità*.

¹⁰ Cass., sez. II, 11 novembre 2009 n. 43250, *Ced Cass.*, n. 245169, che aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 legge 27 dicembre 1956 n. 1423 e dell'art. 2-ter legge 31 maggio 1965 n. 575, là dove non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione in sede di legittimità si svolga in pubblica udienza, anziché in camera di consiglio: questione ritenuta infondata da Corte cost., 11 marzo 2011 n. 80, in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2011 con nota di Leo, *C. cost., 11 marzo 2011, n. 80 (sent.)*, Pres. De Siervo, *Rel. Frigo (pubblicità del procedimento di prevenzione ed attuale efficacia della CEDU nell'ordinamento italiano)*; Cass., Sez. un, 18 ottobre 2012 n. 41694, *ivi*, 28 ottobre 2012, con nota di chi scrive, che sollevò questione di costituzionalità dell'art. 315, comma 3, in rapporto all'art. 646, comma 1, c.p.p., nella parte in cui non consente che, ad istanza dell'interessato, il procedimento di riparazione per l'ingiusta detenzione si svolga, dinanzi alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica: questione dichiarata inammissibile da Corte cost., 18 luglio 2013 n. 214, in *Dir. pen. cont.*, 22 luglio 2013, sempre con nota di Leo, *Una questione inammissibile in tema di pubblicità delle udienze nel procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione (ancora a proposito degli effetti delle sentenze della Corte edu nell'ordinamento interno)*.

revoli istanze, lamentele, dichiarazioni di intenti provenienti dal settore penitenziario, e comunque di scritti di vario genere inopinatamente classificati come ricorsi e trattati come tali.

Posto in questi termini, il rimedio parrebbe effettivamente realizzabile *tout court*, senza bisogno di mediazioni legislative, sol che la Cancelleria centrale penale curasse – contrariamente alla prassi in vigore – di evitare la fascicolazione di questi scritti come ricorsi.

Com'è stato pure osservato nella relazione Agrò, il problema si porrà finché non sarà stato soppresso il ricorso personale dell'imputato. **Resta solo da capire quanti scritti si possano ricondurre alla tipologia di atti non qualificabili tecnicamente come ricorsi e quale effettivo risparmio di tempo possa comportare il rimedio**: dalle tabelle statistiche pubblicate nel sito *web* il dato non è rilevabile, mancando una disaggregazione per i procedimenti trattati dalla settima sezione penale, alla quale dovrebbero affluire atti del tipo ricordato; difatti, le regole tabellari attuali della Corte di cassazione prevedono l'istituzione, presso ciascuna sezione, di un ufficio che provvede all'esame preliminare dei ricorsi ed è formato da almeno quattro consiglieri nominati con decreto del Primo Presidente, i quali, qualora rilevino – come nel caso di specie – una causa di inammissibilità, provvedono all'inoltro dei relativi fascicoli appunto alla settima sezione penale.

2.6.

Utilizzo dei magistrati dell'Ufficio del massimario.

Non può essere condivisa l'idea di una utilizzazione, nei collegi, dei magistrati addetti all'Ufficio del ruolo e del massimario.

E per più di un motivo. Non da oggi l'Ufficio del ruolo e del massimario è in sofferenza, e forse in misura non inferiore a quella che colpisce la Corte. La marginalizzazione delle attività di selezione dei provvedimenti da massimare e di elaborazione delle massime, resa necessaria dall'assoluta insufficienza del personale addetto, in rapporto alle prevalenti attività di relazioni sulle novità legislative e preliminari per i ricorsi proposti innanzi alle Sezioni unite, nonché per le periodiche rassegne sulla giurisprudenza sopranazionale e costituzionale, già di per sé, assorbendo impegno e risorse in misura considerevole, comporta oggettivamente grave pregiudizio per l'attività giurisdizionale della Corte, i cui collegi non riescono più ad essere aggiornati sulla loro giurisprudenza anche per i tempi di pubblicazione delle massime ufficiali. Né il cd. servizio novità della Corte, che ospita, nel suo sito *web*, le più recenti pronunce di rilievo dei collegi, sopperisce all'assenza di una massimazione tempestiva e puntuale; tanto ciò è vero che la Corte è costretta a ricorrere da tempo al sussidio di riviste esterne, e prevalentemente *on line*, quasi tutte più aggiornate e complete.

Applicare alle udienze anche i magistrati dell'Ufficio del massimario può recare un modesto giovamento al carico di lavoro dei collegi, ma sottrae energie e risorse preziose a un Ufficio che, costituendo un centro assolutamente nevralgico per la vita della Corte, non può essere depauperato senza ricadute gravi sulla stessa giurisprudenza di legittimità.

La coperta è corta: tirandola da una parte, è inevitabile che quella opposta resti scoperta. Questo tipo di rimedi è di quelli che possono addirittura risolversi in un *boomerang*: se andasse in porto la proposta, l'Ufficio del massimario – che già attualmente, senza sua colpa, è in grave ritardo sulla massimazione – finirebbe per allungarne i tempi e svolgere così un servizio sostanzialmente inutile. In tal senso, ne sarebbe forse più proficua la soppressione, con contestuale assorbimento, nel ruolo organico della Corte, dei magistrati addetti e l'affidamento del compito di selezionare e massimare i provvedimenti a una *équipe* specializzata (magari di livello universitario) con contratto di collaborazione esterna: ma questo, a parte l'assenza di risorse per farvi fronte, inevitabilmente segnerebbe una sconfitta per l'intera magistratura e non per la sola Corte di cassazione.

2.7.

Sentenza breve.

Merita adesione, invece, l'idea della redazione di sentenze semplificate. Nella relazione Agrò si sottolinea che essa è un corollario del richiamo alla "concisa esposizione" di cui all'art. 546, lett. c), c.p.p. e l'ulteriore concisione che l'aggettivo "semplificate" comporta si correla alla

constatazione, da parte del Collegio, del fatto che nella specie non v'è da esercitare alcuna “no-mofilachia”: un riferimento, in sostanza, alla sentenza breve del processo amministrativo, alla prassi francese della *phrase unique* e ai richiami più volte ripetuti da autorevoli processualisti sullo *stilus curiae* diffuso nei provvedimenti giudiziari, specie della Corte suprema¹¹: l'unica perplessità riguarda l'effettiva praticabilità di tale forma in maxiprocessi con decine di imputati e centinaia di motivi di ricorso.

Infine, e sul punto non si può non concordare *in toto* con la relazione Agrò, **la Corte è arrivata a un punto di non ritorno**: non è pensabile, dinanzi alle prove di assoluta abnegazione fornite dai suoi giudici negli ultimi quindici anni, di proporre aumenti di lavoro, se è vero – come riferito dal Segretario Generale Ippolito – che il 45% delle udienze penali termina alle 19 e il 25% tra le 21 e le 23 (e, si può aggiungere, non poche anche oltre le 23).

3. Il punto di “non ritorno”.

Ma andiamo a misurare con i numeri il “punto di non ritorno”, integrando così le dolenti note, appena riferite, del Segretario Generale¹².

3.1. Il carico penale della Corte suprema negli ultimi quaranta anni.

Chi voglia avere un quadro aggiornato del solo **carico penale** che ha gravato annualmente sulla Corte **nell'ultimo quarantennio** può scorrere la tabella che segue, ricostruita sulla base dei dati presenti nel sito *web* della Corte di cassazione, più eloquente di qualsiasi commento:

Anno	N. ricorsi	Anno	N. ricorsi	Anno	N. ricorsi
1976	33.154	1989	34.502	2002	47.786
1977	39.067	1990	35.766	2003	49.321
1978	48.269	1991	29.248	2004	47.867
1979	24.469	1992	32.393	2005	48.286
1980	29.028	1993	37.921	2006	48.103
1981	33.933	1994	43.023	2007	43.732
1982	26.527	1995	40.478	2008	44.029
1983	25.768	1996	46.765	2009	47.000
1984	33.929	1997	47.789	2010	51.137

¹¹ Cordero, *La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*, relazione letta al convegno di Ferrara del 10-12 ottobre 1985, ora in *Stilus curiae (analisi della sentenza penale)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 33. E i concetti sono ribaditi fin dalla *Procedura penale*, Milano, 1998, p. 121-122 e p. 124-12. Non manca, nell'analisi di Agrò, una punzecchiatura alle sensibilità letterarie di “molti colleghi” che sarebbe frustrata dalla necessità di adozione di una più asciutta motivazione.

¹² Anche nel 1999, aprendo i lavori della precedente Assemblea della Corte, il Presidente Zucconi aveva parlato di una soglia critica. Leggiamo:

“È certo, infatti, che per il risanamento dei problemi della Cassazione – che, dev'essere chiaro, sono problemi di tutta la nostra giustizia – servono interventi legislativi appropriati, che permettano alla Corte di integrare in modo efficace il suo servizio nel sistema giudiziario italiano, fino a diventarne il centro di chiarificazione e semplificazione, ma anche di promozione e propulsione dell'interpretazione del diritto.

Bisogna dire che finora, nonostante tutto, la Cassazione ha retto, anche se costretta a distaccarsi in buona parte dalla sua funzione primaria. A questo proposito mi preme dichiarare che la Corte di cassazione, anche se molti lo ignorano, è un luogo di grande operosità, di impegno assiduo e di spirito di servizio: il che vale per i magistrati, come comprovano i dati numerici dell'attività svolta, ma anche per il personale amministrativo di ogni ufficio.

Sarebbe un errore ritenere che l'immagine della Cassazione si esaurisca nelle sue disfunzioni: nonostante le quali essa continua ad offrire esempi numerosi di continuità della sua elevata tradizione e della capacità di essere, in molti settori, pronta e sensibile interprete dell'evoluzione sociale, il che ha dimostrato soprattutto nelle materie del lavoro, del diritto di famiglia, della tutela degli interessi diffusi e dei diritti fondamentali della persona.

Ora si è però giunti ad una soglia critica. Nel settore civile, soprattutto a causa dei nuovi imponenti contenziosi del pubblico impiego e tributario, il carico di lavoro produrrà presto ristagni e gravissimi ritardi nelle decisioni; nel settore penale, sempre più spesso il ricorso per cassazione, aggiungendosi alle disfunzioni e ai lunghi tempi delle fasi di merito, è adoperato non per ottenere giustizia ma sostanzialmente per vanificarla, attraverso la prescrizione o altre cause di estinzione del reato o soltanto attraverso il ritardo nell'esecuzione delle condanne; sempre più spesso il processo di cassazione si aggiunge alle altre cause che in Italia impediscono l'effettività della pena, ciò che richiederebbe, come da tempo si invoca, l'eliminazione di ogni incentivo processuale alla proposizione di ricorsi soltanto dilatori o distorsivi della funzione della Cassazione”.

Se si considera che l'impegno individuale non può essere spinto oltre la soglia raggiunta proprio nel 2014 – anno nel quale si registra non solo il record di ricorsi proposti, ma anche quello di produttività *pro capite* dei consiglieri addetti alle sezioni penali – è facile capire che il fondo del barile è stato interamente raschiato, fermo restando il limite di ogni considerazione che si affidi a criteri meramente quantitativi per il giudice cui è assegnata dalla legge la funzione di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione del diritto nazionale. È **la logica stessa dei numeri che va ripudiata nell'ottica di una salvaguardia reale delle funzioni del giudice di legittimità.**

E tuttavia il rilievo, di ordine puramente statistico, dei “numeri” – che sarebbe insensato pensare possano costituire un utile parametro di valutazione della buona salute della Corte – ha esercitato e purtroppo continua ad esercitare una forte suggestione su molti magistrati che vi prestano servizio, alcuni dei quali ne traggono anche motivi di personale angoscia. E risulta introiettato persino da alti magistrati, tanto che alcuni anni fa un Primo Presidente trasse motivo da un “numero” occasionalmente favorevole, quello di una modesta riduzione dell'arretrato civile, per sottolinearlo in una relazione ufficiale. Senza contare, su un piano di più generale riflessione, che ciò avveniva allora, come avviene oggi, a scapito della qualità del “prodotto”, la quale, per motivi fin troppo ovvi, è inversamente proporzionale alla sua quantità: del che l'attuale Primo Presidente ha dato coraggiosamente atto nella sua relazione.

3.2.

Rapporti tra cause di non punibilità e inammissibilità.

Al tema appena toccato, del gigantesco **carico di ricorsi penali, si collega la questione dei rapporti tra cause di non punibilità e inammissibilità**: ad esso è dedicata una pagina significativa della relazione Ippolito, che merita di essere opportunamente approfondita, non sembrando del tutto convincenti alcuni passaggi di eccessiva semplificazione.

Secondo la prospettiva del Segretario Generale, “[...] nell'inerzia del legislatore, la Corte è riuscita a scongiurare gli esiti più nefasti, ossia la prescrizione di reati per effetto della pendenza di ricorsi, inammissibili e, perciò, affetti da un vizio che li rende inidonei ad instaurare il giudizio di legittimità [...] le Sezioni unite hanno delineato una giurisprudenza che ha avuto il grande merito non soltanto di ricreare l'unitarietà della categoria dell'inammissibilità, ma anche di ridurre i danni provocati da un regime di impugnazioni assolutamente inadeguato che, insieme all'irrazionale disciplina della prescrizione e all'abnorme numero di ricorsi, rischia di rendere privo di effettività l'intero processo penale e di trasformare la Corte di legittimità in un organo chiamato a constatare l'estinzione dei reati per prescrizione”.

Analisi davvero irreprensibile? A distanza di quindici anni e più dall'affermarsi della “meritoria” giurisprudenza citata nella relazione, qualche dubbio è legittimo, anche perché manca la prova contraria: in mancanza di essa, non sarebbe stato pressoché dovuto quell'intervento legislativo che, invece, si lamenta sia mancato?

Cominciamo dagli esiti. Che non sono stati conformi alle attese, come implacabilmente confermano i numeri: i ricorsi, anziché diminuire, sono aumentati. E oggi viaggiano su livelli elefantiaci. Il dato dovrebbe, quanto meno, far riflettere sulla correttezza e completezza della diagnosi e rendere cauti sulle terapie. Si può essere davvero sicuri del fatto che, senza quella giurisprudenza, le cose sarebbero andate peggio per la Corte?

Vediamo più nel dettaglio.

È storia nota: senza volerla qui rifare, basterà ricordare che sullo scorcio del 1994 le Sezioni unite¹³, affrontandola, l'avevano risolta nei termini compendiativi nella seguente massima

¹³ Cass., Sez. un., 11 novembre 1994 n. 21, Cresci, in *Cass. pen.*, 1995, 1165. A commento della sentenza aveva osservato Cordero, *Procedura penale*, 1995, 1037-1038: “Vecchie massime distinguevano le cause d'inammissibilità in originarie e sopravvenute, ammettendo, rispetto alle seconde, decisioni *ex art.* 152 (corrispondente all'attuale 129): dove i motivi siano posteriori (art. 201¹ cod. 1930), può darsi che l'atto nasca valido e risulti inammissibile poi; adesso, invece, avviene tutto simultaneamente, essendo i motivi inscindibili dalle “richieste”, mirate a dati “capi o punti” (art. 581). Ancora incline alla linea larga, la Corte non sa più come motivarla e, a sezioni unite (11 novembre 1994, Cresci), imbastisce paralogismi: vero che, mancando motivi specifici, l'impugnazione sia invalida *ab ovo*, quindi inidonea a schiudere un proscioglimento; e non esistano più inammissibilità sopravvenute; ma alcune è come se lo fossero; tali i motivi “manifestamente infondati” o “non consentiti dalla legge” ovvero asserenti *errores in iudicando* non dedotti nell'appello (art. 606³). Non riusciamo a vedere perché la sorte dell'impugnante debba essere diversa in casi eguali: N formula motivi vaghi; gli adottati da P sono infondati *ictu oculi* o evadono dallo schema prescritto; domande inammissibili ma, a pari situazione nel merito (ad esempio, l'accusa concerne fatti penalmente neutri), questo sconnesso teorema vuole che solo P sia assolto”.

ufficiale, qui riprodotta nelle sue parti salienti: “La mancanza, nell’atto di impugnazione, dei requisiti prescritti dall’art. 581 c.p.p., compreso quello della specificità dei motivi, rende l’atto medesimo inidoneo ad introdurre il nuovo grado di giudizio e a produrre, quindi, quegli effetti cui si ricollega la possibilità di emettere una pronuncia diversa dalla dichiarazione di inammissibilità”, con la conseguenza che “in tali ipotesi si è in presenza di una causa di inammissibilità originaria del gravame, la quale impedisce di rilevare e dichiarare, ai sensi dell’art. 129 c.p.p., eventuali cause di non punibilità”; mentre qualora l’atto contenga tutti i requisiti di legge, esso “è idoneo a produrre l’impulso necessario per originare il giudizio di impugnazione, con la conseguenza che le ulteriori cause di inammissibilità ricollegabili alla manifesta infondatezza dei motivi ovvero all’enunciazione di motivi non consentiti o non dedotti in appello sono da considerare sopravvenute e quindi non ostative all’operatività della disposizione dell’art. 129 c.p.p.”.

Questo principio non durò a lungo. Quattro anni e mezzo più tardi le stesse Sezioni unite¹⁴, nel confermare che la manifesta infondatezza dei motivi non impedisce la rilevazione e la dichiarazione, a norma dell’art. 129 c.p.p., delle cause di non punibilità, escludono che analogo effetto potesse derivare da un’inammissibilità derivante dall’enunciazione in ricorso di motivi non consentiti o nella denuncia di violazioni di legge non dedotte con i motivi di appello, pur lasciando persistere la distinzione, discutibile nel nuovo codice, tra cause di inammissibilità originarie e sopravvenute dell’impugnazione.

Ma paradossalmente, pur ristrettasi l’area di un preteso *favor rei*, in quello stesso anno fu raggiunto un nuovo record nel numero complessivo di ricorsi penali depositati: per la prima volta fu superata la soglia dei 50.000 (per l’esattezza, 51.810). E poiché anche nel 2000, pur registrando un calo, i ricorsi si attestarono oltre i 50.000, seguì un ulteriore “giro di vite” giurisprudenziale, realizzato con due decisioni assunte, sempre dal più alto Collegio, a distanza di pochi mesi l’una dall’altra¹⁵.

L’ultima, 27 giugno 2001, Cavalera, arrivava a ridosso dell’entrata in vigore (4 maggio 2001) di una legge (26 marzo 2001 n. 128) che aveva appena modificato l’art. 610 c.p.p. nel senso di introdurre una sezione-filtro alla quale il Primo Presidente assegna i ricorsi inammissibili: nacque così la settima sezione della Corte, destinata a smaltire, nel corso degli anni, poco meno della metà degli affari penali. Non si può dire che l’intervento legislativo soddisfacesse le attese di dottrina e magistratura per una sistematica rivisitazione del sistema delle impugnazioni e per una limitazione degli affari proponibili al giudice di legittimità; ma di sicuro era nella direzione di un alleggerimento del peso di quegli affari.

A regime si può dire che, nel quindicennio di funzionamento, alla settima sezione è affluito all’incirca il 40% dei ricorsi. Ma ricorsi inammissibili si sono rivelati (o sono stati ritenuti) anche una gran parte di quelli non qualificabili *ictu oculi* tali e quindi assegnati a una delle sei sezioni ordinarie (in genere quantificabili nell’ordine del 20-25% del totale); sicché gli annullamenti senza rinvio per prescrizione del reato assumono oggi, nell’economia delle decisioni della Corte di cassazione, un ruolo marginale.

Per effetto di questo progressivo *self restraint* giurisprudenziale, oggi le cause di non punibilità sono rilevabili in caso di ricorso inammissibile, solo a fronte di remissione di querela¹⁶, di *abolitio criminis* (anche per effetto di pronunce della Corte di giustizia dell’Unione europea o di *referendum* abrogativo), di declaratoria di illegittimità costituzionale di norme incriminatrici¹⁷. Sicché, in definitiva, la prescrizione viene dichiarata esclusivamente in caso di ricorso con cui siano dedotti motivi infondati.

¹⁴ Sez. un., 30 giugno 1999 n. 15, Piepoli, in *Cass. pen.*, 2000, 1534, con commento di Marandola, *Inammissibilità del ricorso per cassazione e declaratoria di determinate cause di non punibilità nella giurisprudenza delle Sezioni unite*.

¹⁵ Con Sez. un., 22 novembre 2000 n. 32, De Luca, in *Cass. pen.*, 2001, 1760, commentata da Marandola, *ivi*, 3296, *Sul rapporto tra l’inammissibilità dell’impugnazione e l’immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità* e Sez. un., 27 giugno 2001 n. 33542, Cavalera, *ivi*, 2002, 81, con note di Carcano, *Il percorso della giurisprudenza di legittimità sul rapporto tra inammissibilità e prescrizione del reato* e Monastero, *Inammissibilità delle impugnazioni e applicabilità dell’art. 129 c.p.p. nel giudizio di legittimità*. Il cerchio fu poi chiuso, qualche anno più tardi, da Sez. un., 22 marzo 2005 n. 23428, Bracale, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, 561 (decisione, peraltro, di non grande rilievo ai fini del “carico” di ricorsi per cassazione e ora rimessa in discussione: v. *postea*).

¹⁶ Per effetto di Sez. un., 27 maggio 2004 n. 24246, Chiasserini, in *Cass. pen.*, 2004, 3141, con commento di Leo, *Ricorso inammissibile e sopravvenuta remissione di querela: un passo indietro delle Sezioni unite*.

¹⁷ Si vedano, per tutte, Cass., sez. III, 28 maggio 2008 n. 35226, Gueye, *Ced Cass.*, n. 240751; sez. IV, 21 maggio 2008 n. 25644, Gironi, *ivi*, n. 240848; sez. III, 12 febbraio 2008 n. 13853, Luciotto, *ivi*, n. 239954. Ovvio, poi, che in caso di morte del reo sopravvenuta al ricorso, la causa di estinzione del reato vada dichiarata immediatamente.

Se le cose stanno in questi termini, è legittimo qualche interrogativo. Sottintendendo che l'inoltro del ricorso dall'ufficio spoglio alla settima sezione penale presupponga una deliberazione di manifesta infondatezza dei motivi, o comunque un'altra evidente causa di inammissibilità immediatamente rilevabile (es.: intempestività, non legittimazione alla proposizione del ricorso, motivi nuovi, etc.), non è irragionevole pensare che, se il ricorso viene inoltrato a una sezione ordinaria, la "manifesta" infondatezza dei motivi non sussista. Se è così, è certamente singolare che le sezioni ordinarie della Corte dichiarino inammissibili per manifesta infondatezza migliaia di ricorsi, tra quelli ad esse assegnati.

Anche a voler ammettere che qualche caso di "manifesta infondatezza" dirottato a una sezione ordinaria sia sfuggito all'ufficio spoglio, pare impensabile che ciò possa accadere in un numero rilevante di casi e percentualmente significativo. Di qui il sospetto che le valutazioni delle sezioni ordinarie in ordine alla semplice infondatezza dei motivi di ricorso (che, a termine di prescrizione maturato, darebbe ingresso a un annullamento senza rinvio) o alla manifesta infondatezza (che precluderebbe la declaratoria di prescrizione) siano ad elevato tasso di discrezionalità e non sempre condivisibili quanto a motivazione.

Un sospetto naturalmente non è una certezza. Per avere la quale servirebbe una ricerca di non semplice esecuzione. Ma qualche elemento di valutazione filtra da occasionali letture.

Vediamo qualche esempio.

Un collegio rimette alle Sezioni unite una questione in tema di sospensione del processo per messa alla prova nel giudizio di legittimità¹⁸, segnalando la delicatezza della materia e la possibilità di soluzioni interpretative in radicale contrasto su un tema di rilievo costituzionale. Fulmineamente il Primo Presidente lo restituisce, rappresentando che la questione non potrebbe essere esaminata dalle Sezioni unite prima della data di maturazione della prescrizione del reato. Trasmeso alla sezione feriale, il ricorso è dichiarato inammissibile "perché sostanzialmente in fatto e, comunque, manifestamente infondato"¹⁹: dunque un ricorso originariamente ritenuto meritevole di un vaglio delle Sezioni unite e comunque implicitamente valutato anche dal Primo Presidente come "non manifestamente infondato", viene frettolosamente dichiarato inammissibile per manifesta infondatezza dalla sezione feriale.

Un altro esempio.

Il 24 febbraio 2011 le Sezioni unite²⁰, chiamate a pronunciarsi, a composizione di contrasto, sulle modifiche introdotte dalla legge n. 94 del 2009 all'art. 6 t.u. imm., stabiliscono che il reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o dell'attestazione della regolare presenza nel territorio dello Stato è configurabile soltanto nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, e non anche di quelli in posizione irregolare, ritenendo sopravvenuta, per questa parte, una *abolitio criminis*.

L'informazione provvisoria è diramata immediatamente dopo l'udienza, anche per le ricadute evidenti sulla definizione dei ricorsi pendenti aventi lo stesso oggetto.

Ad onta di ciò, la settima sezione penale, all'udienza del 9 marzo 2011, e cioè due settimane dopo, definendo un ricorso analogo a quello esaminato dalle Sezioni unite, lo dichiara inammissibile in conformità della giurisprudenza di segno opposto, non più attuale perché superata dalle Sezioni unite, per il solo fatto di essere stata investita, prima della sentenza di queste ultime, dal magistrato addetto allo spoglio della prima sezione penale²¹.

Dinanzi a casi del genere che purtroppo non sono isolati, parlare di "macelleria giudiziaria", come rilevato nella relazione Ippolito, è certamente improprio. Ma è altrettanto certo che da essi esca scalfita la sicurezza di un uso irreprensibile, da parte della Corte, del suo potere di

¹⁸ Sez. IV, 9 luglio 2014 n. 30559, Dalvit, *inedita*.

¹⁹ Sez. fer., 19 agosto 2014 n. 38926, Dalvit, *inedita*.

²⁰ Sez. un., 24 febbraio 2011 n. 16543, Alačev, in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2011, con nota di Gilberto, *Cass., Sezioni Un., 24.2.2011 (dep. 27.4.2011). Pres. Lupo, Est. Ippolito, Imp. Alacev (omessa esibizione dei documenti di identità e del permesso di soggiorno: abolitio criminis per gli stranieri 'irregolari')*.

²¹ Sez. VII, 9 marzo 2011 n. 27296, Diop Ma, *inedita*. Il caso, poi, approdò in sede esecutiva a una procedura incidentale, nel corso della quale fu sollevata questione di legittimità costituzionale in parte qua dell'art. 673 c.p.p. da Trib. Torino, 27 giugno 2011, giud. Natale, in *Dir. pen. cont.*, 26 luglio 2011, risolta da Corte cost., 12 ottobre 2012 n. 230, *ivi*, 15 ottobre 2012, con ampio commento di Napoleoni, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*.

Non necessariamente la sezione avrebbe dovuto restituire il ricorso alla sezione competente, potendo direttamente provvedere all'annullamento senza rinvio in parte qua (per un caso analogo sez. VII, 19 maggio 2015 n. 22025, Giometti, *inedita*).

dichiarare l'inammissibilità del ricorso.

Veniamo all'ultimo caso. Che è il più significativo e *pour cause*, come si comprenderà meglio leggendo il seguito.

Il 25 marzo 2009 la seconda sezione penale dichiara inammissibile un ricorso con il quale si deducono numerose censure di merito e in rito e, in particolare, per quanto qui interessa, quella sulla non configurabilità, nel caso di specie, del delitto di patrocinio infedele, per il quale anche era intervenuta condanna in sede di merito²².

La singolarità della pronuncia risiede nel fatto che la Corte ritiene manifestamente infondati i motivi di ricorso a fronte della citazione di una giurisprudenza non uniforme (*ad litteram* così si esprime la sentenza: "per la sussistenza del reato di patrocinio infedele è necessaria, quale elemento costitutivo del reato, la pendenza di un procedimento nell'ambito del quale deve realizzarsi la violazione degli obblighi assunti con il mandato, che peraltro non deve necessariamente estrinsecarsi in atti o comportamenti processuali: Cass. Sez. 6^a, 9.11-18.12.2006 n. 41370; conf. 197604436; diff. 199901410, 200500856; vedi 200507384, 200513489").

Ora, se la giurisprudenza oscilla su una certa questione, nessun motivo che tocchi tale questione può essere ritenuto *manifestamente* infondato. Al più, potrà essere ritenuto infondato: con la conseguenza che l'infondatezza non preclude l'operatività della prescrizione, qui invocata, ma non dichiarata.

Su queste premesse il ricorrente propone tempestivo ricorso alla Corte EDU che il 26 novembre 2014 ne comunica al Governo italiano la presentazione, avendolo ritenuto ricevibile: secondo il ricorrente il funzionamento delle regole sulla prescrizione dinanzi alla Corte di cassazione risulterebbe contrario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La circostanza risulta dalla banca dati della Corte di cassazione. Ma ne danno notizia anche siti *web* di libero accesso²³.

È interessante trascrivere, in questa sede, la parte in diritto del report ministeriale:

"1. Invocando l'articolo 6 § 1 della Convenzione, il ricorrente lamenta il fatto che la Corte di cassazione non abbia pronunciato non luogo a procedere per intervenuta prescrizione.

Egli espone che il termine di prescrizione per i reati che gli erano stati ascritti è di sette anni e sei mesi. Commessi nel dicembre 1997, i reati si sono dunque prescritti al più tardi alla fine di giugno 2005. La Corte di cassazione ha calcolato unicamente il tempo che era trascorso fino alla pronuncia della sentenza d'appello, senza tenere conto del tempo necessario per l'esame del ricorso per cassazione. Secondo il ricorrente, questo approccio sarebbe dovuto a una consolidata giurisprudenza – alla quale, senza citarla esplicitamente, la Corte di cassazione si sarebbe ispirata – che stabilisce che l'inammissibilità di un ricorso tra l'altro per manifesta infondatezza impedisce di dichiarare l'esistenza di una causa estintiva del reato quale la prescrizione che si è verificata dopo la pronuncia della decisione impugnata (si veda, fra altre, Corte di cassazione, Sezioni unite, decisione n. 32 del 22 novembre 2000 e sentenze nn. 33542 del 27 giugno 2001 e 23428 del 22 marzo 2005).

Secondo il parere del ricorrente, questo principio è incompatibile con l'articolo 6 della Convenzione, perché fa dipendere l'applicazione della prescrizione non dal parametro oggettivo del trascorrere del tempo, ma da una valutazione soggettiva del giudice, pregiudicando così la certezza del diritto che deve regnare in materia. Perciò, una irregolarità procedurale produrrebbe effetti sulla prescrizione, che farebbe parte del diritto penale materiale. Peraltro, la distinzione tra mezzo di ricorso «infondato» e «manifestamente infondato» sarebbe oscura, come dimostrato dalla valutazione fatta dalla Corte di cassazione nel caso di specie. Inoltre, il giudice godrebbe di un ampio potere discrezionale quando dichiara che un mezzo di ricorso è «generico» e, dunque, inammissibile. Anche se il processo ha avuto una durata irragionevole, che ha portato alla prescrizione dei reati, sarebbe sempre possibile per il giudice punire l'imputato dichiarando il suo ricorso inammissibile.

2. Invocando l'articolo 6 § 2 della Convenzione, il ricorrente denuncia una violazione del principio della presunzione di innocenza. Egli sostiene che, alla scadenza del termine di prescrizione, tale presunzione sarebbe definitivamente consolidata e non potrebbe essere più invertita. Tuttavia, nel caso di specie egli è stato condannato nonostante la scadenza del termine in questione.

²² Sez. II, 25 marzo 2009 n. 20066, Vanaria, *inedita*.

²³ Si veda, in proposito, il sito www.marinacastellaneta.it.

Quesiti al governo

1. Tenuto conto dell'affermazione del ricorrente secondo la quale la Corte di cassazione ha rifiutato di dichiarare che i reati ascrittigli erano prescritti ritenendo «manifestamente infondati» o «generici» i suoi mezzi di ricorso, ritiene il Governo che vi sia stata, nel caso di specie, violazione dei principi del processo equo e della presunzione d'innocenza garantiti dall'articolo 6 §§ 1 e 2 della Convenzione?

2. In particolare, **un sistema nel quale la prescrizione può dipendere non soltanto dal trascorrere del tempo** e dagli eventi che, secondo la legge, possono interromperla, **ma anche dalla valutazione del giudice sulla fondatezza dei mezzi di ricorso, è compatibile con il principio della certezza giuridica?**"

4.

Questioni a Strasburgo di difficile soluzione.

Questioni, come si vede, di non semplice soluzione, ma che, in assenza del testo originale e integrale del ricorso, non è possibile esaminare *cognita causa*. Ne è, tuttavia, chiaro il senso complessivo.

4.1.

Profili problematici della giurisprudenza delle Sezioni unite.

Pur avendo fin da epoca risalente auspicato, in divergenza dalla prima pronuncia delle Sezioni unite sul tema, l'affermarsi di un'interpretazione che stroncasse l'abusivo utilizzo del ricorso a fini strumentali²⁴, oggi – di fronte a un uso, nei casi concreti, spesso incontrollabile e qualche volta spregiudicato del potere di qualificazione dei motivi di ricorso come “manifestamente infondati” – non siamo più molto convinti della correttezza di una siffatta giurisprudenza.

Si presta, infatti, ad abusi interpretativi una soluzione che, sul crinale di una linea di demarcazione estremamente labile tra infondatezza e manifesta infondatezza dei motivi, troppo spesso si collochi, nelle soluzioni concrete, *contra reum*. Tanto ciò è vero che qualche non isolata irrequietudine comincia a serpeggiare anche tra le sezioni semplici della Corte, come si dirà tra breve.

Il che non potrebbe accadere, se non soffiassero dall'Europa venti potenzialmente idonei a sovvertire un assetto interpretativo che potrà anche iscriversi nella logica di una risposta all'altrui abuso del processo, ma che, se significativamente e non motivatamente diffuso, non può essere condiviso, perché a sua volta può diventare esso stesso un abuso.

È certamente vero che si contano a centinaia i ricorsi carenti perfino sul piano sintattico e grammaticale o del tutto incomprensibili sul piano logico, simulacri di atti di impugnazione, e quindi inesistenti come tali, inidonei ad attivare il grado di giudizio successivo: ricorsi che, prima di essere manifestamente infondati, sono offensivi della dignità della giurisdizione e del lessico.

Ma non sempre è così; e perciò affermare che il grande merito della giurisprudenza delle Sezioni unite sia stato quello di ridare effettività all'intero processo penale, evitando di trasformare la Corte di legittimità in un organo chiamato a suggellare l'estinzione del reato per prescrizione, e quindi, in qualche modo, a certificare ufficialmente il fallimento del processo penale – come si legge nella relazione Ippolito – è solo in parte rispondente a verità.

Specularmente ai peana sciolti dalla Corte suprema ai propri reali o presunti meriti, ci si potrebbe domandare perché mai si debba continuare a ripetere lo stereotipo giurisprudenziale della prescrizione che non può essere dichiarata a fronte di un ricorso inammissibile. Al *clou*, come si è visto, quella giurisprudenza non è servita a salvare né il processo penale, né la Corte.

Non è detto che le lacune legislative debbano essere colmate dai giudici, specie quando lo strumento adoperato sia giuridicamente discutibile, si presti a non poter più essere utilizzato per possibili interventi di giurisdizioni sopranazionali, possa determinare conseguenti con-

²⁴ Romeo, *Inammissibilità originaria e sopravvenuta dell'impugnazione: un'occasione perduta sulla strada del miglior funzionamento della Corte di cassazione*, in *Mass. pen.*, 1995, 249.

danne dello Stato italiano, e in definitiva quindi si riveli una sorta di *boomerang* o, al più, una non richiesta premura, quantunque motivata con l'asserito interesse alla salvaguardia di un valore costituzionale. E sarebbe grave iattura per l'intera Nazione dover aggiungere al danno (il non avere salvato la Corte di cassazione dall'assedio alluvionale di ricorsi) la beffa di dover subire condanne a Strasburgo per una prassi adottata in violazione della certezza della pena, così come intesa dai giudici d'Oltralpe²⁵.

4.2.

Prospettive giurisprudenziali futuribili.

In ogni caso, la presa di distanza dalla giurisprudenza della Corte europea che segna la sentenza 34147/2015 non è idonea a scalfire il peso di tendenze diverse che si vanno delineando in seno alla Corte di cassazione.

Vi abbiamo già accennato ed è venuto il momento di indicarle.

È fissato dinanzi alle Sezioni unite, per l'udienza del 17 dicembre 2015, un ricorso nel quale si pone la questione della possibilità, per la Corte di cassazione, adita con ricorso inammissibile, di dichiarare la prescrizione del reato intervenuta prima della sentenza di appello, ma non rilevata né eccepita in quella sede o nei motivi di ricorso.

Come è evidente, si rimette in discussione una delle sentenze delle Sezioni unite²⁶ più sopra ricordate che hanno ritenuto preclusa l'operatività della prescrizione in caso di ricorso inammissibile. Non tragga in inganno la circostanza che il ruolo di quella decisione sia (sia stato) il meno significativo ai fini della decongestione del carico di ricorsi per cassazione. L'esperienza di decenni delle vicende che hanno condotto le Sezioni unite a *revirement* giurisprudenziali mostra che questi sono partiti sempre da lontano, allargando il loro ambito strada facendo, anche data la particolare vischiosità della giurisprudenza, soprattutto del massimo

²⁵ Per una puntuale ricostruzione della giurisprudenza di Strasburgo, si veda il commento critico a Cass., sez. II, 21 aprile 2015 n. 34147, di Esposito, *Ritornare ai fatti. La materia del contendere quale nodo narrativo del romanzo giudiziario*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2015. Da condire le censure a una motivazione non in linea con i parametri "europei" cui pure ha ripetutamente fatto cenno lo stesso Primo Presidente della Corte, in quanto sottintende una malcelata refrattarietà ad accettare l'idea che in sede europea la "rimproverabilità" di una condotta penalmente rilevante presuppone, a garantire certezza e prevedibilità della pena, non solo una norma di legge, ma una sua interpretazione che sia oggetto di non univoche interpretazioni giudiziali (le quali, ove controverse e finché incerte, sono inidonee, in quanto tali, a porre i cittadini in grado di tenere con sicurezza comportamenti conformi al comando legale).

Ma la citata sentenza della seconda sezione penale, al di là delle critiche di cui è stata fatta motivatamente oggetto, non è un gran segnale anche per altri profili. Depositata quaranta giorni dopo l'Assemblea generale della Corte, sembra disattendere le indicazioni provenienti dall'autorevole assise sulle motivazioni concise. Difatti, in un caso di contestazione *ex artt.* 110 e 416-*bis* c.p., non essendovi tenuta – in quanto le condotte contestate erano successive alla sentenza delle Sezioni unite Demitry, e quindi, proprio alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non si sarebbe potuto porre un problema di violazione dell'art. 7 CEDU – si diffonde, per ben undici pagine, in un dotto e corposo *excursus* dottrinale e giurisprudenziale di dubbia rilevanza, ostentando un atteggiamento di disinvoltata sufficienza verso la giurisprudenza sopranazionale.

Così, da un lato, oblitera il richiamo del Primo presidente al concetto di "nomofilachia di respiro europeo", contenuto nella sua relazione introduttiva ai lavori dell'Assemblea generale, e, dall'altro, non è un buon viatico per l'atteggiamento che gli stessi giudici di Strasburgo potranno tenere nei confronti del Governo italiano in ordine ad altre questioni, prossimamente al loro esame, in cui è convenuta l'Italia.

Al di là del caso concreto, il nostro Paese, specie al suo più alto livello di giurisdizione nazionale, non può permettersi il lusso di ignorare che in sede europea, e in forza di trattati internazionali che ha sottoscritto, vale il principio, lo si voglia o non, della non punibilità dei destinatari di un precetto legale penalmente sanzionato, in assenza di quella situazione di certezza che sola può fondare un giudizio di colpevolezza e che non nasce solo dal comando astratto di una norma, ma anche, e soprattutto dall'interpretazione che di quella norma dà la giurisprudenza, pena l'obliterazione del più generale principio di affidamento che è *ius receptum* di tutta la giurisprudenza europea (di recente Corte di giust. eur., VI sez., 15 luglio 2015, Siderurgica Latina Martin spa e Ori Martin SA c. Comm. Eur., ha affermato [punto 94] che "anche se tali disposizioni [*scil.*: le norme di comportamento interno adottate da un'amministrazione e destinate a produrre effetti giuridici su terzi che possono commettere infrazioni all'art. 101 TFUE] non possono essere intese come un divieto di graduale chiarimento delle norme sulla responsabilità penale, esse possono tuttavia ostare all'applicazione retroattiva di una nuova interpretazione di una norma che stabilisce un'infrazione [v. in tal senso e per analogia, sentenza Dansk Rørindustri e a./Commissione punto 92, *supra*, EU:C:2005:408, punto 217, e la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo citata al punto 215 di tale sentenza]. In tal senso anche la sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia).

²⁶ Sez. un., 22 marzo 2005 n. 23428, Bracale, in *Arch. n. proc. pen.*, 2005, 561.

Per completezza, e correttezza, di informazione, va detto che gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità non sono univoci. Recentemente sez. III, 24 giugno 2015 n. 34932, *inedita*, ha ripetuto il *leitmotiv* per cui il ricorso inammissibile, in quanto inidoneo a costituire il rapporto processuale d'impugnazione, preclude la rilevazione anche del diritto sopravvenuto più favorevole (nella specie l'atipica causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p.): decisione che peraltro sembra porsi in contrasto con Sez. un., 26 giugno 2015, Della Fazio, in corso di deposito, secondo la cui informazione provvisoria, in questa *Rivista*, 1° luglio 2015, è stata data risposta affermativa alla questione *se siano rilevabili di ufficio, anche in presenza di ricorso manifestamente infondato e privo di censure in ordine al trattamento sanzionatorio, gli effetti delle modifiche normative sopravvenute, anche quando la pena inflitta rientri nella cornice editale risultante dalla disciplina sopravvenuta*.

Collegio²⁷.

È, dunque, possibile e anzi probabile che, in prosieguo di tempo, siano rimessi in discussione i principi affermati dalle sentenze De Luca e Cavalera. Anche perché sarebbe imbarazzante, per la Corte suprema, doversi trovare a fare i conti con qualche pronuncia di Strasburgo che condanni lo Stato italiano proprio a causa di queste sentenze che hanno legittimato un meccanismo processuale nel quale la prescrizione del reato non dipende soltanto dal trascorrere del tempo e dagli eventi che, secondo la legge, possono interromperla, ma anche dalla valutazione del giudice sulla fondatezza dei mezzi di ricorso, vulnerando così il principio della certezza giuridica. La “manifesta infondatezza”, infatti, affida a una valutazione altamente discrezionale del giudice la sorte dei motivi vanificando quella certezza *sub specie* di elusione di tempi determinati, e quindi conoscibili *a priori*, per la prescrizione stessa.

5.

Conclusioni.

Tiriamo le somme.

Non è semplice la ricetta per restituire dignità al processo penale e, soprattutto, al giudizio di legittimità. Ma le scorciatoie non sono mai un buon partito. Quella dell'inammissibilità “preclusiva” della prescrizione non è stata una scelta felice e soprattutto proficua, sotto nessun punto di vista.

Ed è stata assente dalle valutazioni dell'Assemblea, o meglio è stata presente solo per magnificare lo sbarramento posto alla prescrizione: il 25 giugno 2015 la relazione Ippolito cita ancora la sentenza Bracale senza ricordare che una settimana prima un collegio ne aveva contestato le conclusioni, rimettendo nuovamente alle Sezioni unite la questione risolta da quella, oramai decennale, decisione. Certo, con il senno di poi, le diagnosi sono facili. Ma anche senza avere capacità profetiche, doveva essere chiaro già quindici anni or sono il rischio che si correva in caso di insuccesso della ricetta: quello che un'eventuale condanna dello Stato italiano per una prassi di dubbia legittimità si potesse ritorcere contro la Corte di cassazione, alla quale poi sarebbe stato facile addebitare di essersi investita di un ruolo che non le spettava e di avere perciò determinato quella condanna²⁸.

È questa un'ipotesi, tutt'altro che peregrina, della quale potremmo essere costretti a dover prendere atto di qui a non molto.

Nel corso dell'Assemblea generale del 25 giugno 2015 sono state proposte (o riproposte) misure, immediatamente realizzabili, ma presumibilmente, date le esperienze precedenti al riguardo, di scarsa efficacia, anche se non fossero isolatamente adottate. Mentre l'unica via di uscita, quella di un intervento legislativo, pure reclamata, ma sottratta alla disponibilità della Corte, continua ad apparire, allo stato, estremamente aleatoria.

Forse gioverebbe maggiormente alla Corte di cassazione – i cui consiglieri da anni si dedicano con abnegazione assoluta, sia pure senza risultati apprezzabili, sul fronte dell'assedio

²⁷ Peraltro, in tale contesto, il ruolo di certe decisioni delle Sezioni unite, come della sentenza Della Fazio citata alla nota precedente, o anche della sentenza Butera in pari data, sempre in *questa Rivista*, 1° luglio 2015, in corso di deposito, non può assolutamente essere sottovalutato.

²⁸ Scrivevamo in questi termini oltre sei mesi fa, molto prima dell'udienza di discussione, dinanzi alle Sezioni unite, del ricorso al quale si fa cenno nel testo, non nascondendoci che prospettive nuove parevano dischiudersi all'interprete dall'ordinanza di rimessione e augurandoci che il messaggio fosse recepito dal più alto collegio, anche per le possibili ricadute sulla questione pendente dinanzi alla Corte EDU, che, come accennato, pone in discussione la compatibilità di una inammissibilità per manifesta infondatezza dei motivi affidata a valutazioni largamente discrezionali del giudice con il principio di certezza del diritto.

Purtroppo non è stato così, a riprova dell'elevato tasso di vischiosità che da sempre caratterizza il diritto giurisprudenziale e che non ha mai risparmiato neanche la massima istanza di giurisdizione penale. Difatti, la sentenza, in proc. Ricci (n. 12602/2016), in *questa Rivista*, 31 marzo 2016, depositata il 25 marzo 2016, dedica una larghissima parte della motivazione a rendere ossequio ai propri precedenti in tema di rapporti tra inammissibilità dell'impugnazione e cause di non punibilità, indulgendo anche, in un passaggio (§ 13.3), a un accenno polemico verso il potere legislativo di non chiara rilevanza nell'economia della decisione. Implicitamente, quindi, nell'avallare le conclusioni di Sez. un., 22 novembre 2000, De Luca, e 27 giugno 2001, Cavalera, *cit.*, conferma, incurante dei possibili riflessi – negativi per lo Stato italiano – della sua pronuncia in sede europea, un indirizzo che potrebbe rivelarsi in rotta di collisione con la giurisprudenza di Strasburgo. Riguardo alla quale afferma addirittura, in termini meramente apodittici (§13.4), la conformità del proprio *dictum* al diritto convenzionale, quasi ad anticipare una decisione che non spetta alla giurisdizione domestica assumere e per di più senza il benché minimo cenno sia a qualche pertinente precedente specifico della Corte europea a suffragio delle proprie affermazioni, sia alla pendenza del ricorso con cui si contesta a Strasburgo proprio la correttezza dell'interpretazione ancora oggi sostenuta senza altro motivo che quello, generico, di persistere nella difesa di un baluardo dichiaratamente posto a salvaguardia della dignità del processo penale: baluardo, è appena il caso di ripetere, che finora non è servito allo scopo per il quale era stato eretto.

portato ad essa, per una migliore funzionalità dell'ufficio e per il recupero di una cultura della nomofilachia eclissatasi sotto i colpi di un numero enorme di ricorsi – astenersi dal rincorrere statistiche e numeri, abbandonando quella giurisprudenza, sedicente salvifica, su inammissibilità e prescrizione che non ha dato i risultati sperati. Serve poco immolarsi sull'altare del sacrificio individuale e collettivo, in un eroismo della vita quotidiana che suscita ammirazione e merita il massimo rispetto, ma costituisce remora od ostacolo al ripristino di quelle condizioni di normalità la cui assenza ha sin qui impedito di creare un circuito virtuoso del funzionamento delle istituzioni e, tra esse, della Corte di cassazione: perché, come è stato acutamente osservato, “è sventurato quel popolo che ha bisogno di eroi”²⁹.

²⁹ Brecht, *Vita di Galileo*, Einaudi, 2014.

GIURISPRUDENZA IN PRIMO PIANO

-
- 349** **Attestare stanca**
Federico Baffi
-
- 368** **Un dialogo immaginario con la giurisprudenza tedesca sui confini del dolo**
Massimiliano Dova
-
- 385** **La sentenza della Cassazione sul caso Berlusconi-Ruby: tra morale e diritto**
Gian Luigi Gatta
-
- 390** **Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta:
davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?**
Francesco Mucciarelli
-
- 402** **La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa:
un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori "sintomatici"**
Simona Raffaele
-
- 429** **Causazione del fallimento della società 'con dolo o per effetto
di operazioni dolose': peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche
alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia**
Alessandra Rossi
-
- 441** **Irretroattività sfavorevole e reati d'evento "lungo-latente"**
Stefano Zirulia

ATTESTARE STANCA

Trib. Torino, ord. 16 luglio 2014, giud. Macchioni

Federico Baffi

ABSTRACT

A circa due anni dall'entrata in vigore della novella che ha introdotto il reato di "Falso in attestazioni e relazioni" con l'art. 236-bis della Legge Fallimentare, giunge la prima pronuncia (edita) sul tema. Si tratta di un'ordinanza interdittiva, emessa in una cornice fattuale da "caso limite" per la macroscopica tipicità delle condotte contestate: i fatti ad oggetto rendono la pronuncia di particolare interesse, specie se letta all'interno della cornice creata dalla giurisprudenza fallimentare sul tema delle attestazioni e delle relazioni del professionista, nonché dalla pubblicazione da parte del Consiglio nazionale dei Dottori commercialisti e degli Esperti contabili dei "Principi di attestazione dei piani di risanamento". Un nuovo "caso Busiello", di cui ci si è proposto di analizzare dati fattuali, percorsi motivazionali dell'estensore, nonché possibili termini di applicazione futura dei *dicta*, specie in materia di prova del dolo. Alla ricerca quindi di un corretto inquadramento sistematico di una norma purtroppo mal scritta, dal contenuto potenzialmente deflagrante per tutto il sistema delle soluzioni concordate della crisi d'impresa.

SOMMARIO

1. Il contesto in cui nasce la norma e quello in cui nasce la pronuncia. – 2. Il fatto storico come ricostruito dall'ordinanza. – 3. La motivazione del provvedimento: certezze, dubbi e possibili torsioni ermeneutiche. – 3.1. Il momento consumativo del reato e le condotte successive. – 3.2. L'elemento psicologico, la automatica deduzione del dolo, l'inconfigurabilità della colpa. – 3.3. Il rapporto tra l'attestatore ed il debitore: le asimmetrie sanzionatorie. – 4. I principi CNDCEC: natura, limiti e possibili rischi. – 4.1 Il rispetto dei principi CNDCEC e la valutazione da parte del dominus della procedura. – 5. L'indagine sull'elemento psicologico. – 5.1. Dolus in re ipsa? – 5.2. Dolo eventuale? – 5.3. Le possibili soluzioni. – 5.4. La condotta ideale dell'agente modello. – 6. Conclusioni.

1.

Il contesto in cui nasce la norma e quello in cui nasce la pronuncia.

“*Tanto tuonò che piove*”, potrebbe dirsi riferendosi alla prima pronuncia (edita) di un Giudice penale sulla responsabilità del professionista chiamato a rispondere di falso in attestazioni e relazioni ex art. 236-bis l.f.¹, una norma nata male, e forse cresciuta peggio. Il problema in questo caso è stabilire da quale cielo provenissero i tuoni: all'alba della redazione della norma, la questione della risposta ordinamentale al falso dell'attestatore era infatti aperta ed attuale, anche a causa della mancata attuazione della delega di cui alla *Commissione Trevisanato*² che ha novellato la legge fallimentare da poco più di un paio di lustri, espungendo però il “*conato di riforma*”³ relativo alla responsabilità del professionista, sull'onda lunga di un irrisolto paradosso del nostro ordinamento: stigmatizzare fino a sanzionare l'eccesso di delega, continuando a ritenerne irrilevante il difetto. Rimasta quindi inattuata la delega del 2001⁴, l'operato del Legislatore del 2012 sul tema è stato diffusamente riconosciuto come il frutto di una doverosa opzione di politica criminale, dettata da necessità duplice: limitare da un lato l'abuso perpetrato per anni dal professionista attestatore, che ha potuto a lungo redigere elaborati in maniera eufemisticamente definibile come *disinvolta*, confinato com'era in un *metacosmo* di impunità⁵. Punire, dall'altro, con una sanzione *ad hoc*, il professionista che di quei determinati strumenti abusi oggi, ponendo fine all'annosa questione della qualificazione giuridica del suo operato in tale frangente.

Prima della stesura della previsione ex 236-bis l.f., l'Autorità Giudiziaria non ha infatti avuto un dettato normativo sul quale fondare la natura giuridica del professionista attestatore⁶, non potendo di conseguenza qualificare con certezza gli atti a questo riconducibili⁷. In assenza di una norma chiara⁸ o, in supplenza, di una giurisprudenza univoca sul tema, l'Organo di

¹ Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267. – *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa* – **Art. 236-bis – Falso in attestazioni e relazioni**

1. Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, terzo comma, lett. d), 161, terzo comma, 182-bis, 182-quinquies e 186-bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro.

2. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata.

3. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà.

(Articolo aggiunto dalla lett. l) del co. 1 dell'art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, nel testo integrato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134).

² Commissione per l'elaborazione di principi direttivi di uno schema di disegno di legge delega al governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi, istituita con D. l. 28 novembre 2001. Sul tema INSOLERA, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi della impresa*, in *Giurisprudenza Commerciale* N. 3/2006, Giuffrè, Milano, 2006, FIORE, *Gli orientamenti della commissione Trevisanato per la riforma dei reati fallimentari: una prima (disilludente) lettura* – Atti del Convegno, Isernia, 18 ottobre 2003 in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 2005, e BRICCHETTI, MUCCIARELLI e SANDRELLI, *Disposizioni penali*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Zanichelli, Bologna, 2007.

³ Così INSOLERA, in *op. cit.* “La produzione legislativa di riforma del diritto fallimentare si è manifestata in modo disordinato se non bislacco. Ciò riguarda il noto succedersi dei diversi testi legislativi, ma anche la stessa scelta degli strumenti di legiferazione. In questo modo si sono creati i migliori presupposti per la continua insorgenza di problemi interpretativi di difficile soluzione. Questa osservazione, come vedremo, si amplifica a proposito del coordinamento tra disciplina civilistica, ormai completatasi con la pubblicazione del d.lgs. 9 gennaio 2006, di attuazione della l. n. 80 del 2005, e norme penali fallimentari che si sono invece volute mantenere invariate, nonostante i molteplici conati di riforma di cui si era avuta notizia negli ultimi anni.”

⁴ **Art. 16 (Disposizioni penali)**

La disciplina degli illeciti penali nelle materie di cui alla presente legge si ispira ai seguenti criteri direttivi: [...] 8. prevedere il delitto di falsa esposizione di dati o di informazioni o altri comportamenti fraudolenti: consistente nella condotta di esposizione di informazioni false o di omissione di informazioni imposte dalla legge per l'apertura della procedura di composizione concordata della crisi al fine di potervi indebitamente accedere, ovvero in successivi atti o nei comportamenti di cui ai commi 1 e 5 compiuti nel corso di essa; ovvero di simulazione di crediti inesistenti o di altri comportamenti di frode, al fine di influire sulla formazione delle maggioranze; prevedere che la stessa pena si applica al creditore che riceve il pagamento o accetta la promessa al fine dell'espressione del proprio voto [...].

⁵ D'ANGELO, *I piani attestati ex art. 67, terzo comma, lett. d, l. fall.: luci e ombre a seguito del decreto “sviluppo”*, in *Giurisprudenza commerciale*, fasc. 1, Giuffrè, Milano, 2014, pag. 74 e sgg.: “L'abuso, ed è sotto gli occhi di tutti, ha infatti determinato, la nascita di piani del tutto inadeguati, irrealizzabili e spesso fondati su dati non attuali e superati, ed il conseguente loro venire meno nello spazio di pochi mesi. Di qui l'ulteriore fenomeno della — più o meno ravvicinata — “riattestazione” del piano [...]. Ben venga, dunque, il tramonto dell'uso disinvolto del piano attestato”.

⁶ ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 121.

⁷ Sulla ricostruzione della giurisprudenza precedente l'introduzione della figura di reato di cui all'art. 236-bis l.f. cfr. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in questa Rivista., 1, 2013, pag. 85.

⁸ Cfr. INSOLERA, in *op. cit.* “assume un rilievo decisivo come, nel quadro complessivo della riforma, si sia mantenuta la tradizionale specifica attribuzione della qualifica di Pubblico Ufficiale nei confronti del curatore (art. 30) e del commissario giudiziale (art. 165). Si è così confermata l'adozione, in questo campo, di una chiave di identificazione espressa della qualifica, ma assume significato di argomento a contrario anche la circostanza che non si sia fatto ricorso a tale metodo per inquadrare le nuove figure”.

accusa ha sempre annaspato in funamboliche costruzioni di capi di imputazione⁹. La conseguenza è stata una diffusa falciatura delle imputazioni, sotto la scure dell'insussumibilità delle condotte contestate nell'alveo degli archetipi normativi individuati¹⁰. Spesso senza neanche il bisogno che sul singolo caso dovesse pronunciarsi Giudice di legittimità.

Sin dall'intervallo tra la pubblicazione del decreto legge che ha introdotto la norma e la pubblicazione della Gazzetta Ufficiale in cui è contenuta la legge di conversione del medesimo decreto, la dottrina¹¹ ed i primi commentatori della disposizione di nuovo conio, hanno invece posto l'accento sui lati oscuri di questa fattispecie mal nata¹². Si sottolineava infatti il pericolo di interpretazioni che tendessero ad avallare una pretesa – di matrice normativa – di *omniscienza e volontà*, di *chiaroveggenza*¹³ o di *preveggenza*¹⁴ dell'attestatore.

Gli operatori del settore, infine, edotti della pericolosità delle maglie larghe della fattispecie, hanno in più sedi reso evidente una *insofferenza di categoria* ed una conseguente preoccupazione per i margini applicativi della norma¹⁵.

Ironia della sorte, come nelle più scontate tradizioni, è *piovuto sul bagnato*, e la "pioggia" è arrivata con l'ordinanza interdittiva del GIP di Torino¹⁶. Le metafore non appaiano un *fuor d'opera*: così come accadde con il cd. *caso Busiello* per l'*insider trading*¹⁷, il fatto di reato divenuto l'*apripista* per la giurisprudenza sull'art. 236-bis l.f. è infatti relativo ad una condotta macroscopicamente tipica, nonché di lesività moderata, se considerata in ragione della sua *grossolanità*.

Su di un piatto d'argento si è fornita infatti alla giurisprudenza la possibilità di intervenire con una prima pronuncia; al contempo si è fornita al Legislatore la possibilità di affermare che, in fin dei conti, la norma era necessaria proprio per contrastare condotte come quella oggetto dell'ordinanza¹⁸. Eppure resta il dubbio, accompagnato da un rammarico: quelle condotte, se precedentemente stigmatizzate e sanzionate in sede disciplinare dagli Ordini Professionali di appartenenza, avrebbero ricevuto un *freno istituzionale*, forse in grado di limitarne la diffusione. Al contempo, quell'ordinamento che ha progressivamente *panprivatizzato* taluni segmenti della crisi d'impresa, avrebbe avuto la dimostrazione della superfluità di un intervento sanzionatorio di matrice *panpenalistica*, o quantomeno la prova della sua necessità come *extrema*

⁹ A titolo esemplificativo, Trib. Rovereto, GUP Izzo, 12 gennaio 2012, n.5 "La falsa attestazione della cd. veridicità dei dati aziendali operata dal professionista che redige la relazione di cui all'articolo 161, comma 3, l. fall integra il reato di cui all'art. 481 c.p., reato per il quale, sotto il profilo soggettivo, è sufficiente il dolo generico, senza la necessità di un fine specifico".

¹⁰ A titolo esemplificativo Trib. Torino Sez. IV penale, 31 marzo 2010 "il professionista che attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, ai sensi dell'art. 161 terzo comma l.f. non può essere considerato pubblico ufficiale ai fini dell'art. 357 c.p. e, di conseguenza, in caso di false attestazioni non risponde del reato di cui all'art. 479 c.p."

¹¹ BRICCHETTI e PISTORELLI, *Operazioni di risanamento, professionisti nel mirino*, in *Guida al Diritto* n. 29/2012, Gruppo24ore, Milano, 2012, pag. 45, CERQUA, *La tutela penale del concordato e dei piani attestati*, in *Fallimento* 10/2014, Ipsoa, Milano, 2014, pag. 1116 e sgg., CONSULICH, *Nolo conoscere – Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità «paracolpevole»: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n. 3/2012, CEDAM, Padova, 2012, DEMARCHI ALBENGO, *La fattispecie incriminatrice di cui al nuovo articolo 236-bis della legge fall; la responsabilità penale dell'attestatore*, in www.ilcaso.it, GUERINI, *La responsabilità penale del professionista attestatore nell'ambito delle soluzioni concordate per le crisi d'impresa*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2013, LUPU, *Un tentativo di scaricare la responsabilità su altri*, in www.ilsole24ore.it, Gruppo24ore, 2012, MEZZETTI, *Falso in attestazioni o relazioni*, in www.archiviopenale.it, MONTELEONE, *La responsabilità penale e civile dell'attestatore nei procedimenti di composizione della crisi di impresa*, in www.oci.it, MUCCIARELLI, *Il ruolo dell'attestatore e la nuova fattispecie penale di «falso in attestazioni e relazioni»*, in www.ilfallimentarista.it, SPINOSA, *Il c.d. decreto sviluppo nel sistema della legge fallimentare: i rapporti tra nuove procedure concorsuali e profili di responsabilità penale*, in *Dir. pen. cont.*, 1 marzo 2013, TETTO, *La (ritrovata) indipendenza del professionista attestatore nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Il Fallimento* 6/2013, Ipsoa, Milano, 2013, ppg. 679 e sgg.

¹² PISTORELLI e CARCANO, *Relazione III/07/2012, Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, Servizio Novità* e BRICCHETTI e PISTORELLI, *op. cit.*

¹³ BAFFI, *La nuova disciplina del falso in attestazioni e relazioni del professionista nella Legge Fallimentare*, in *Gazzetta Forense* 4/2012 Luglio-Agosto, il Denaro Libri, Napoli, 2012.

¹⁴ PIVA, *Vecchie soluzioni per nuovi problemi nella falsa attestazione del professionista*, in questa *Rivista.*, 3-4, 2014, pag. 375.

¹⁵ Cfr. il comunicato stampa dell'Associazione Nazionale Commercialisti ANC del 9 Luglio 2012 a firma del Presidente CUCHEL e del Consigliere delegato al Polo Scientifico CECCHERINI all'indomani della pubblicazione in G.U. Del DL 83/12 "[...] l'attività del professionista in genere, ed in particolar modo di questo professionista che si trova ad operare in un contesto di "insolvenza" o comunque di "crisi manifesta", può indurlo in errori che la magistratura penale potrebbe classificare tra quelli oggetto di sanzione. [...] Questa norma, così come è stata prevista, impone un sovrasforzo al professionista al fine di evitare che un errore di superficialità possa costituire un grave reato. [...] Non vorremmo che il nostro ruolo e la nostra attività fatta di sacrifici e studi, ovviamente quando è svolta con diligenza professionalità e correttezza, possano trasformarci in un capro espiatorio, sanzionabile in maniera più pesante di quanto venga sanzionato un bancarottiere professionista".

¹⁶ Trib. Torino, Giudice per le indagini preliminari, 16 luglio 2014. Estensore MACCHIONI, edita da www.ilcaso.it.

¹⁷ Trib. Roma, 15 maggio 1996, in *Giurisprudenza Commerciale Vol II*, 1997, pag. 207, con nota a sentenza di GALLI, *ibidem*, Giuffrè, Milano, 1997 pag. 226 e sgg.

¹⁸ DI AMATO, *Sul dolo dell'attestatore nel reato di falsa attestazione – Nota a Tribunale di Rovereto, 12 gennaio 2012, n. 5*, in *Gazzetta Forense* 2/2014, Giapeto Editore, Napoli, 2014, pag. 36.

ratio e non certo come *panacea*. Ancora una volta infatti, lungi dal praticare “*l’auspicabile enforcement*” della disciplina civilistica di settore¹⁹, il Legislatore fa sì che non l’ultima ma l’unica parola sul tema divenga quella del Giudice penale, gravato in questo frangente dall’onere di “*un sindacato paradossalmente più esteso rispetto a quello preventivo del giudice della procedura, su condotte di mendacio connotate da un forte margine di discrezionalità*”²⁰.

2.

Il fatto storico come ricostruito dall’ordinanza.

Tornando al caso di specie, il GIP di Torino era chiamato a pronunciarsi sulla sussistenza dei gravi indizi in capo al professionista attestatore. Quest’ultimo, (nella relazione di cui all’articolo 161, comma 3, L.F.) si esprimeva in termini di certezza sulla fattibilità dell’operazione cardine della proposta di concordato, ossia un’offerta di acquisto della società in liquidazione, offerta garantita da una presunta fideiussione a prima chiamata.

Fin qui nulla di particolarmente patologico. Ma val la pena di ripercorrere la questione in fatto nei suoi punti salienti, per poter realmente comprendere la portata della condotta.

L’azienda offerente, “*in persona del legale rappresentante*” formulava su carta non intestata offerta irrevocabile di acquisto dell’azienda proponente il concordato.

La medesima offerta recava in calce una sottoscrizione illeggibile ed era priva della sottoscrizione per ricevuta del documento originale da parte del difensore della società in liquidazione.

L’impegno alla messa a disposizione delle risorse finanziarie necessarie al sostegno del piano concordatario, sempre a nome della società offerente, in persona del legale rappresentante, era anch’essa su carta non intestata, recava firma illeggibile ed era anch’essa priva della sottoscrizione per ricevuta dell’originale da parte del difensore della società in liquidazione.

Nel sopracitato documento l’offerente si impegnava a costituire sin da quel momento, ed almeno venti giorni prima dell’adunanza dei creditori per esprimere il voto sul concordato, garanzia fideiussoria bancaria, da rilasciarsi a cura di primario istituto bancario senza che vi fosse qualsivoglia riferimento a qualsivoglia istituto di credito.

La relazione del professionista era quindi priva di qualunque documento atto ad identificare la società offerente, a comprovare la sua reale esistenza, a verificare la sua operatività, a vagliare la sua affidabilità, a comprovare la provenienza delle dichiarazioni redatte dall’apparente sottoscrittore, ad attestare il ruolo dell’asserito legale rappresentante della società proponente l’acquisto, a dedurre quanto meno l’esistenza di contatti da parte della società offerente volti a saggiare la disponibilità di un qualche istituto di credito, primario o meno, a rilasciarle una fideiussione per un qualunque importo.

La difesa della società in liquidazione, con una memoria integrativa, produceva altresì una sorta di visura camerale della società offerente, un “*estratto dal quale emerge la qualità di Director*” di colui che veniva individuato come legale rappresentante; produceva altresì la carta d’identità di quest’ultimo, senza però allegare un bilancio della società offerente né elementi che consentissero di vagliarne la solvibilità e la consistenza, né una bozza della paventata fideiussione, né indicava l’istituto di credito disposto a rilasciarla.

A fronte di una simile relazione, il Tribunale, entro i limiti assegnatigli dalla legge e specificati dalla recente giurisprudenza di Cassazione a Sezioni Unite²¹, dichiarava inammissibile la proposta, e circa l’asserita fattibilità del piano quindi chiosava “*Non si comprende, pertanto su quali basi sia stato formulato, allo stato, il giudizio prognostico di fattibilità, non potendosi, dagli elementi raccolti, in alcun modo prevedere il rispetto degli impegni assunti*” (dalla società offerente).

Necessario appare, da ultimo, fornire i dati di fatto relativi alla dimensione quantitativa della proposta avanzata della fantomatica acquirente: era – *ovviamente* – condizionata all’omologa del concordato preventivo, era per un valore di € 7.900.000,00, prevedeva assunzione di obbligazioni relative a *leasing* correnti per € 1.100.000,00, prevedeva inoltre l’apporto di “*nuova finanza*” per € 5.500.000,00 as-

¹⁹ Così MUNARI, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 236.

²⁰ Così PIVA, in *op. cit.*

²¹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili – Sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, Presidente PREDEN, Relatore PICCININNI, *infra*.

servita al buon esito del concordato preventivo, e comunque condizionata all'omologa ed alla cessione dell'azienda, prevedeva che il pagamento dell'importo di € 7.900.000,00, fosse "garantito da una fidejussione bancaria a prima chiamata rilasciata da primario istituto di credito". Dati quantitativi di una certa rilevanza.

3. La motivazione del provvedimento: certezze, dubbi e possibili torsioni ermeneutiche.

È qui che la vicenda va a sovrapporsi alla storia del cd. caso *Busiello*: se quest'ultimo ha rappresentato infatti la concretizzazione della più classica tra le ipotesi di scuola attraverso cui un docente avrebbe illustrato il reato di *insider trading* ai suoi discenti, altrettanto si può dire di questo caso, relativamente al reato di cui all'art. 236-bis l.f. Ciò non aiuta nessuno, perché davanti ad una condotta così macroscopicamente tipica, altro non poteva probabilmente fare il GIP di Torino, se non applicare la misura interdittiva.

Il vero problema sta però nel fatto che proprio le peculiarità della condotta hanno consentito che il GIP di Torino fosse esentato nella redazione dell'ordinanza da particolare sforzo ermeneutico e motivazionale. Al contempo la macroscopicità di quella condotta ha segnato quella che potrebbe – ad opinione di chi scrive – essere una pericolosissima *pietra miliare* nella storia della giurisprudenza sul 236-bis l.f.

Va a ciò aggiunto che il percorso motivazionale del GIP di Torino lascia degli spiragli inquietanti a possibili torsioni interpretative. Ma su questo si tornerà in seguito.

Le motivazioni di irrogazione della misura però, se da un lato a destano una serie di perplessità, offrono al contempo qualche prima certezza.

3.1. Il momento consumativo del reato e le condotte successive.

Un primo spunto di riflessione viene infatti posto dal GIP il quale sottolinea che "il reato si deve ritenere consumato all'atto del deposito della relazione, e che pertanto la sia pur parziale integrazione che ha avuto luogo in seguito, a nulla rileva". Questo inciso – che sia condiviso o meno – mette l'interprete nella condizione di poter quantomeno constatare come l'annosa questione delle condotte *lato sensu* "riattestative" sia da tale interpretazione totalmente risolta in direzione della inutilità dei cd. *supplementi di attestazione*, generalmente praticati al sol fine di *mettere una toppa*. Al contempo però il *dictum* rafforza la riconoscibilità di alcuni connotati della norma, relativi al suo inquadramento dogmatico, come si vedrà in seguito.

Tranchant è poi la prima parte della motivazione, relativa alla condotta: "l'indagato, in buona sostanza, ha fornito una attestazione di fattibilità basata, con riguardo alla proposta di acquisto, sul nulla, perché nulla di serio e concreto, in quanto fonte di impegni giuridicamente rilevanti, dicevano i documenti sui quali egli ha fondato la sua valutazione e perché egli non ha compiuto, al riguardo, nessuna verifica. Egli ha giudicato realizzabile con ragionevole certezza una proposta che obbiettivamente, stando alla documentazione allegata alla relazione, chiunque, anche il meno solvibile, il meno affidabile ed il più incompetente dei soggetti avrebbe potuto formulare"²². Rispetto a ciò, poco c'è da dire anche se l'inciso potrebbe essere foriero di qualche dubbio in materia di *grossolanità* del fatto.

²² Per completezza si riporta il seguito "Il fatto che egli abbia vincolato, nella sua relazione, la fattibilità dell'operazione alla fidejussione e solo ad essa è doppiamente inaccettabile, perché una garanzia patrimoniale in tanto è affidabile in quanto il soggetto che la propone lo sia e perché comunque una garanzia patrimoniale semplicemente dichiarata in termini del tutto generici, da un soggetto sulla cui affidabilità nulla sia dato di sapere e senza alcuna documentazione di supporto, tutto può essere meno che una condizione capace di costituire, da sola, la base di una offerta che possieda i requisiti della concreta e ragionevole fattibilità. È fuor di dubbio che, oggettivamente, l'attestazione in discorso fosse in grado di incidere in modo determinante sulle valutazioni finali, dal momento che aveva ad oggetto le qualità dell'unica proposta sul tappeto. È evidente che se l'indagato avesse valutato gli elementi a disposizione nell'unico modo ragionevole nel quale avrebbe potuto valutarli – ed il Tribunale fallimentare li ha valutati, non a caso avvertendo il pericolo di uscire dai limiti del potere di controllo che gli competevano ma, al contempo, consapevole della oggettiva pericolosità della proposta con cui aveva a che fare – il suo giudizio di fattibilità sarebbe stato radicalmente diverso".

3.2. *L'elemento psicologico, l'automatica deduzione del dolo, l'inconfigurabilità della colpa.*

Glissando, non senza sforzi, gli spunti sul falso inoffensivo, appare necessario analizzare il passaggio che il GIP fa riguardo all'elemento psicologico del reato, sceverandone il percorso argomentativo.

La sua possibile mutuabilità in futuro nasconde probabilmente insidie la cui portata è allo stato celata dalla macroscopicità dei fatti di causa attraverso i quali si è portati a leggere ed interpretare le parole del GIP che seguono: *“Non si può peraltro ragionevolmente ipotizzare che quanto sin qui descritto sia stato il frutto di una semplice negligenza, di una mera imperizia, di una banale incompetenza. [...] è un dottore commercialista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma lett. d) l. fall.; nella parte iniziale della sua relazione egli ha esposto fra l'altro, in un apposito capitolo, i criteri ai quali intendeva conformarsi”*²³

Nell'ottica di una possibile applicazione futura di tale inciso, appare necessario quindi scindere l'inciso stesso dalla cornice fattuale all'interno della quale va ad instaurarsi.

In alcuni osservatori questo passaggio ha infatti provocato un barlume di speranza dal momento che è stato interpretato come una possibile apertura alla configurabilità di una alternativa condotta *colposa* del professionista, *non punibile* data la struttura del reato di cui all'art. 236-bis l.f. che richiede sia il dolo a sorreggere l'operato dell'agente. In altri osservatori²⁴ – tra cui chi scrive – invece questo passaggio desta più d'una preoccupazione perché in qualche modo certifica la correttezza dell'atteggiamento di commentatori guardinghi nei confronti della norma, i quali chi prima e chi dopo, all'indomani della sua entrata in vigore ne denunciavano la pericolosità. Appare infatti intrinseca la tendenza con cui la norma si presta a torsioni dirette verso la disperata ma facile ricerca di un dolo eventuale più vicino ad un *dolus in re ipsa* che ad una colpa. Magari specifica, magari con previsione.

A ben leggere l'inciso del GIP di Torino, non esiste nel caso di specie un'ipotesi colposa della condotta del professionista. E questo assunto può anche essere astrattamente condivisibile. Ma soprattutto, da quanto scritto nell'ordinanza, emergerebbe che non può esistere un'ipotesi colposa in alcun caso di falso in attestazioni e relazioni. E tale assunto sarebbe invece ben poco condivisibile.

Il GIP ancora infatti la sostanziale inconfigurabilità di una condotta colposa su due dati, ovvero il possesso da parte dell'indagato *“dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma lett. d) l. fall.”*, e l'aver egli *“nella parte iniziale della sua relazione [...] esposto fra l'altro, in un apposito capitolo, i criteri ai quali intendeva conformarsi [...]”*.

In virtù del possesso dei requisiti e del riferimento ai criteri citati, secondo il GIP non è quindi possibile che quanto accaduto *“sia stato il frutto di una semplice negligenza, di una mera imperizia, di una banale incompetenza”*.

Superando lo scontato appunto circa l'apparente assenza di alcun riferimento alla colpa specifica²⁵, che – forse – meglio si attaglierebbe ad un'azione che resta pur sempre regolata da requisiti previsti *ex lege* e da criteri enucleati dagli Ordini Professionali di riferimento, va sottolineato che tutte le procedure all'interno delle quali può concretizzarsi il reato in questione prevedono che il professionista attestatore possieda i requisiti richiamati all'art. 67, terzo comma lett. d) l.f.²⁶

Così per il concordato preventivo ex art. 161 l.f., per gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.f., per il concordato con continuità aziendale ex art. 186-bis l.f., (non-

²³ Riportava infatti ampi brani delle *“Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale della crisi d'impresa, elaborate dalla commissione di studio crisi e risanamento d'impresa del CNDCEC, dai documenti elaborati dalla Commissione Paritetica per i principi di Revisione del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e Consiglio Nazionale dei Ragionieri”*.

²⁴ CERADINI, *L'attestatore, il punto (triste) sulla responsabilità penale*, in *Euroconference News*, 21 gennaio 2015, *“La diligenza del comportamento, che sino a ieri costituiva l'elemento discriminante dell'adempimento contrattuale del professionista e della conseguente sua eventuale responsabilità per danni cagionati, assume quindi anche un rilievo penale, nella misura in cui il Tribunale ne tragga la convinzione che l'attestatore abbia fornito un'informazione falsa, (mediante) l'adozione dei principi di controllo, o viceversa, avendoli adottati abbia ommesso di utilizzarne gli elementi probativi ottenuti”*.

²⁵ A meno di non far rientrare nella locuzione *“incompetenza”* la violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

²⁶ Per un corretto inquadramento sistematico dei requisiti richiesti dalla norma, dei rapporti con l'art. 28, lettere a) e b) l.f. ai sensi dell'articolo 2501-bis, quarto comma, del codice civile cfr. BERSANI, *La responsabilità penale del professionista attestatore ai sensi dell'art. 236 bis l. f. fra analisi dottrinali e prime applicazioni giurisprudenziali*, § 3, da www.ilcaso.it, *Crisi d'Impresa e Fallimento*, 21 gennaio 2015.

chè per le disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-quinquies I.f.). Queste sono infatti le *procedure* all'interno delle quali può perfezionarsi il falso in attestazioni e relazioni, ed in ognuna di esse vi è un riferimento ai requisiti che il GIP di Torino fa assurgere a perno intorno al quale far ruotare l'impossibilità di configurare un condotta colposa dell'indagato.

Senza quei requisiti, il professionista non è abilitato né titolato alla stesura di relazioni od attestazioni di cui all'art. 236-bis I.f.

Certo, altro è commentare la motivazione di irrogazione di una misura interdittiva, ed altro sarà commentare le pronunce che verranno. Così come altro sarà commentare la tenuta di questo compendio probatorio e motivazionale, nonchè verificarne l'eventuale identità con le basi su cui poggerà il provvedimento definitorio di questa specifica vicenda. Resta però l'augurio che gli interpreti futuri non finiscano col mutuare pedissequamente quanto statuito dal GIP di Torino in questa pronuncia, e non perché essa appaia evidentemente *forzata* o priva di elementi di motivazione, ma perché dagli elementi di fatto a disposizione appare evidente come essa si riferisca ad un *caso limite* le cui peculiarità sono assolutamente singolari e non utilizzabili *omnibus*.

Il GIP di Torino chiude infatti il provvedimento scrivendo: *“Si deve pertanto ritenere che l'indagato abbia consapevolmente formulato le valutazioni in discorso, nella piena consapevolezza del fatto che esse non disponessero di alcuna concreta corrispondenza con affidabili dati di realtà, verosimilmente auspicando che il lettore della relazione potesse accontentarsi di questa [...]”*. Non si hanno elementi per discostarsi da questa affermazione, anzi probabilmente ce ne sono a sufficienza per comprenderla – e magari anche per condividerla – ma bisogna restar saldi sul dato della singolarità della vicenda.

3.3.

Il rapporto tra l'attestatore ed il debitore: le asimmetrie sanzionatorie

È fuor di dubbio che il professionista sia oggi sovraesposto a rischi rilevanti grazie a questa norma. E grazie alla sua assai criticabile formulazione, il professionista lo è ancor di più per tutti quegli aspetti che riguardano la funzione ricognitiva ad egli affidata, a causa non solo di un recente passato contrassegnato dall'*impunità* dell'attestatore infedele, ma anche – e soprattutto – a cagione del marcato pregiudizio da cui è marcato per il fatto di essere retribuito dal debitore.

Tra i tanti limiti di questa norma – alcuni frutto di un sistema legislativo alluvionale²⁷, altri frutto di una concezione *panprivatizzante* della crisi d'impresa²⁸ – non può infatti non sottolinearsi quello della *immunizzazione* del debitore imprenditore, rispetto al quale va ricordato, il professionista non ha potere ispettivo autonomo²⁹.

Se infatti aggiungiamo a ciò la stigmatizzata previsione normativa in virtù della quale, all'omissione di informazioni *rilevanti*³⁰ fa da *pendant* l'esposizione di *qualsiasi* informazione falsa, i rischi della creazione di una giurisprudenza contrassegnata da tratti di *diritto penale dell'autore-attestatore* diventano tutt'altro che peregrini. Anche in assenza di una interpreta-

²⁷ Basti pensare che nel momento in cui si scrive, una nuova delega per la redazione di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali è oggetto dei lavori della Commissione Ministeriale diretta dal Presidente RORDORF, insediatasi il 18 febbraio 2015, con termine individuato per i lavori nel 31 dicembre 2015. Tra i punti oggetto della delega vi è una generica valutazione circa la *“necessità di ulteriori eventuali interventi di riordino”*, nonché la *“razionalizzazione della legge e semplificazione dei procedimenti previsti dalla legge fallimentare”*, la ricognizione *“per il periodo 2010-2014, della durata e degli esiti dei procedimenti di concordato preventivo e di fallimento e all'adozione delle conseguenti misure funzionali”*, ed infine l'individuazione di *“linee generali di riforma della procedure concorsuali”*.

²⁸ Cfr. sul punto LUPI, op. cit., *“Le responsabilità del professionista attestatore si inquadrano in uno schema ricorrente – e forse gattopardesco – di travaso di decisioni dalle autorità pubbliche a soggetti privati. È come se le autorità pubbliche si chiamassero fuori, delegando scelte impegnative e delicate, e poi sanzionando il delegato nell'ipotesi in cui qualcosa, a posteriori, andasse male. In questa cornice pseudo-privatistica le autorità realizzano il proprio sogno proibito di non decidere o decidere sotto copertura, facendo riferimento a valutazioni di altri. [...] Da una simile idea nasce la preoccupazione che, se le cose vanno bene, sia merito della legge e non di chi ha deciso, criticato invece se nasce qualche problema. Ciò provoca sempre crescenti deresponsabilizzazioni nelle autorità chiamate a prendere decisioni di opportunità, non giustificabili con meccanismi richiami alla normativa, come può fare la magistratura giudicante e non invece quella fallimentare. Quest'ultima non è infatti nella posizione statica tipica del giudice, ma deve prendere decisioni di opportunità economica prospettica, soggette a potenziali critiche di negligenza, basate sul «senno di poi» se qualcosa dovesse andare male. Tali responsabilità possono essere oggi meglio scaricate sul professionista.”*

²⁹ LAUDONIA, *Il professionista “attestatore infedele” nel concordato preventivo: profili penali*, in *Gazzetta Forense*, Marzo – Aprile 2014, Giapeto Editore, Napoli, pag. 36.

³⁰ Sul concetto di rilevanza VITIELLO, *Le soluzioni concordate della crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2013 pag. 20.

zione *illuminata*³¹ della discrasia appena esposta.

A fronte di tali biasimevoli e biasimate discrasie³², il Legislatore ha infatti recentemente dimostrato come e quanto sia capace, quando vuole, di tenere presenti le problematiche sottese al rapporto tra il privato che fornisce contenuti documentali ed il professionista destinato ad espletare un incarico di rilevanza *lato sensu* attestativa. È il caso dell'art. 5-septies della L. 227/90 recentemente introdotto dall'art. 1 della L. 15 dicembre 2014, n. 186 *“Disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di autoriciclaggio”*.

La norma rubricata *“Esibizione di atti falsi e comunicazione di dati non rispondenti al vero”* prevede che *“L'autore della violazione [...] che, nell'ambito della procedura di collaborazione volontaria [...] esibisce o trasmette atti o documenti falsi, in tutto o in parte, ovvero fornisce dati e notizie non rispondenti al vero è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni”*. Ma soprattutto, al secondo comma stabilisce che *“L'autore della violazione [...] deve rilasciare al professionista che lo assiste nell'ambito della procedura di collaborazione volontaria una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà con la quale attesta che gli atti o documenti consegnati per l'espletamento dell'incarico non sono falsi e che i dati e notizie forniti sono rispondenti al vero”*.

In questo delicatissimo frangente, relativo al rapporto triangolare tra il privato aderente alla procedura, il professionista incaricato e l'Agenzia delle Entrate, il Legislatore ha quindi dimostrato particolare attenzione al tema, nonostante l'oggetto del rapporto sia di natura fiscale e quindi di particolare delicatezza ed importanza in termini di interesse per l'esercizio di una potestà statale. Il risultato è una mirabile asimmetria rispetto a quanto operato con l'art. 236-bis l.f. che – come lucidamente sottolineato a poca distanza dalla sua entrata in vigore – comporta una *“poderosa irrazionalità nel trattamento sanzionatorio di due dei soggetti che si muovono nel teatro della crisi di impresa”*³³.

Rispetto a quanto avviene oggi con la cd. *Voluntary disclosure*, in ambito 236-bis l.f., il professionista viene gravemente sanzionato in caso di attestazione *lato sensu* infedele³⁴, mentre il vero beneficiario dell'attestazione rimane esente da responsabilità penale³⁵. Anzi, paradosso dei paradossi, salve sul tema le clausole di estensione della punibilità ex art. 110 c.p. e sgg.³⁶ il debitore è punibile, esattamente come nel passato, solo nel caso in cui l'attestazione falsa venga predisposta nell'ambito di un concordato preventivo da cui scaturisca un'imputazione ex art. 236 l.f.: lo statuto del debitore e delle sue responsabilità nell'ambito delle procedure, dopo tanto rumore, continua quindi ad atteggiarsi in maniera esattamente identica al pre-riforma del 2012.

³¹ BRICCHETTI E PISTORELLI, in *op. cit.*, “[...] se interpretata letteralmente, la norma incriminatrice finisce per rivelare un'asimmetria tra le condotte prese in considerazione, giacché qualsiasi falsità commissiva, ancorché a oggetto dati di scarsa rilevanza, rischia di integrare il reato di nuovo conio a fronte della previsione, invece, di una più restrittiva modulazione della tipicità delle falsità omissive. Distanza questa non facilmente giustificabile e che potrebbe dunque suggerire interpretazioni tese a estendere il requisito di rilevanza anche alla condotta commissiva”.

³² Sia tollerata sul punto l'autocitazione: BAFFI, in *op. cit.*, “In realtà il primo comma della norma suscita già a prima lettura un serio interrogativo: la condotta omissiva è, in qualche modo, para-tassativizzata dall'ombrello della rilevanza, mentre per quel che riguarda la condotta commissiva, almeno a giudicare dal tenore letterale, l'esposizione di qualsiasi informazione falsa è bastevole perché il reato sia integrato. I sessanta giorni necessari per la conversione del decreto legge non sono bastati al nostro Parlamento per correggere questa palese disarmonia, introducendo almeno il criterio della rilevanza quale canone di qualificazione delle informazioni che possono esporre del professionista alla contestazione di falso in attestazioni e relazioni. [...] A ben vedere, però, il requisito della rilevanza è in re ipsa un elemento in grado di suscitare dubbi in merito al rispetto dei canoni di tassatività e determinatezza; ce lo testimoniano la storia e l'evoluzione degli articoli 2621 e 2622 C.C., con il lunghissimo dibattito creato da dottrina e giurisprudenza attorno al concetto di rilevanza, seppur diversamente inteso ed articolato dalle norme sulle false comunicazioni sociali, rispetto a quella sulla falsità delle informazioni attestate dal professionista. [...] Anche a fronte di un indice concreto come la patrimonializzazione delle soglie di rilevanza, ci sono voluti, infatti, anni di confronti e contributi per stabilire, ad esempio, quali fossero il bene giuridico protetto dalla norma, la natura giuridica delle soglie, i margini di sopravvivenza del concetto di “falso qualitativo”. Eppure quella norma dagli orizzonti liquescenti era, in termini di tassatività e determinatezza, ben più precisa di quanto non appaia a prima vista questa”.

³³ CONSULICH, in *op. cit.*

³⁴ Sul punto FIORELLA E MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Giappichelli, Torino, 2014, pag. 134, “Vi è la possibilità di concepire la funzione certificativa dell'atto nel senso di farla ricadere sulla veridicità dei dati contabili, patrimoniali e finanziari indicati dall'impresa; dovendo tuttavia chiarirsi in che misura tale costruzione si concili con i poteri attribuiti al professionista, tra i quali non pare annoverarsi – non emergendo dalla legge – alcuna potestà autonoma accertativa o istruttoria rispetto a quanto dichiarato o riferito dal debitore”.

³⁵ Sui possibili correttivi cfr. BRESCIA, *Le attestazioni del professionista nella legge fallimentare*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2014, pag. 406, “La valutazione rigorosa della sussistenza dell'elemento psicologico limiterebbe tuttavia di non poco il rischio, oggettivamente ampio e concretamente esistente, di incorrere nel reato, posto che da una parte non è detto che all'attestatore siano fornite tutte le informazioni (essendo invece probabile il contrario) e dall'altra parte bilancerebbe il concetto “eccessivamente soggettivo” di rilevanza dell'informazione. Pertanto in concreto nel tentativo di ricondurre ad unità il *modus procedendi* dell'attestatore, si potrebbe ipotizzare che la relazione sia sempre accompagnata “da una descrizione analitica dei documenti esaminati e delle informazioni ricevute dall'imprenditore”, con relativa sottoscrizione accertativa del debitore, potendo tale condotta essere ritenuta sufficiente a scriminare il reato”.

³⁶ Sul punto BUCCARELLA, *I “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 131.

4.

I principi CNDCEC: natura, limiti e possibili rischi.

Circa le lacune di formulazione della norma vi è però da sottolineare un dato, indipendente dalla pronuncia ma ad essa collegabile in termini di applicazione futura della disposizione secondo l'orientamento del GIP di Torino: di poche settimane successiva all'ordinanza è infatti l'approvazione dei *Principi di attestazione dei piani di risanamento* da parte del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili³⁷, pubblicazione ad opera di un gruppo di lavoro composto, tra gli altri, dall'Istituto di ricerca dei Dottori commercialisti ed Esperti Contabili (IRDCEC) e dall'Accademia italiana di economia aziendale (AIDEA).

Proprio per sopperire alle carenze di formulazione della norma, sono quindi nati i *Principi di attestazione nei piani di risanamento*, come espressamente riportato tra i *profili generali dei principi di attestazione* ove al punto 1.5, voce *principi e responsabilità* si legge “Con l'introduzione nella legge fallimentare del nuovo art. 236-bis [...], l'Attestatore assume, infatti, nuove responsabilità, tanto più che il legislatore non ha precisato cosa si intenda per informazioni false e informazioni rilevanti, la cui esposizione od omissione rilevano penalmente. Si rende perciò necessario, oggi più che in precedenza, permettere agli Attestatori di svolgere il proprio incarico con una certa sicurezza e tranquillità, ai creditori di esprimere il proprio voto con cognizione di causa e con convinzione e agli organi giudiziari di fare affidamento su norme di comportamento e procedure precise che non si prestino a varie interpretazioni.”

Agli occhi di chi scrive, per tecnica di redazione prima ancora che per obiettivo, la pubblicazione tanto somiglia nel contenuto a quelle *buone pratiche* mediante il rispetto delle quali (insieme alle *linee guida*) la responsabilità penale per *colpa lieve* del medico è stata espunta dall'area del penalmente rilevante³⁸.

Non appaia un fuor d'opera questa constatazione: le *buone prassi* insieme alle *linee guida* spiegano oggi, grazie alla L. 189/12, una funzione di spartiacque tra ciò che è penalmente rilevante e ciò che non lo è. Evidente agli occhi di tutti è che ciò avvenga in una materia come la responsabilità professionale medica, caratterizzata da contestazioni a titolo di colpa, a differenza di quanto avviene con l'art. 236-bis l.f. punibile solo a titolo di dolo.

Meno evidente appare il compendio di rischi connessi al mancato rispetto dei suddetti *principi in materia di attestazione dei piani di risanamento*, alla luce proprio del *dictum* del GIP di Torino: utilizzando in futuro il percorso motivazionale come quello della pronuncia in oggetto, edificato sui *requisiti* professionali dell'attestatore, nonché sull'eventuale riferimento ai *criteri* citati e sui *principi* di attestazione, non è affatto inverosimile prevedere l'apertura di pericolosi varchi nell'insidiosa breccia di un *automatico* dolo del professionista³⁹.

4.1.

Il rispetto dei principi CNDCEC e la valutazione da parte del dominus della procedura.

Un veloce inciso infatti merita la concreta possibilità che il rispetto dei *principi* divenga oggetto di valutazione del *dominus* della procedura⁴⁰, secondo una non peregrina ipotesi di

³⁷ Approvati in data 3 settembre 2014, pubblicati in data 11 settembre 2014. Reperibili su www.cndcec.it con lettera di accompagnamento del Presidente CNDCEC recante l'inciso “Il documento vuole formulare principi e soprattutto proporre modelli comportamentali condivisi ed accettati riguardanti le attività che l'Attestatore deve svolgere. [...] i Principi cercano di ridurre le difficoltà che gli Attestatori incontrano ed aumentare le certezze sulle modalità operative da adottare e sui risultati da esporre”.

³⁸ Ad opera del decreto Legge 13 settembre 2012, n. 158 convertito in data 8 novembre 2012 dalla L. n. 189, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 10 novembre 2012, n. 263.

Art. 3 - Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie

1. L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo. [...]

³⁹ Sul punto MARTIELLO, *Art. 236-bis*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione per debiti - Commento per articoli*, a cura di NIGRO, SANDULLI e SANTORO, Giappichelli, Torino, 2014, pag. 595.

⁴⁰ Sulla valutazione dell'operato dell'attestatore da parte del Tribunale in sede di omologa, ed il relativo rapporto con il vaglio del Giudice penale, D'ORAZIO, *Falso in attestazioni e relazioni*, in *Le procedure di negoziazione della crisi dell'impresa*, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 523.

applicazione del *dictum* delle Sezioni Unite Civili⁴¹ che qui si riporta: “Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall’attestazione [...]; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l’effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest’ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile [...]”.

Non appare peregrina a chi scrive la possibilità che tali assunti, letti insieme alla giurisprudenza inaugurata dal GIP di Torino ed ai *principi CNDCEC*, facciano sì che il mancato rispetto di questi ultimi sia ritenuto – anch’esso *in re ipsa* – motivo di rimessione degli atti in Procura per la contestazione del reato di cui all’art. 236-bis l.f. A ben leggere, l’inciso delle Sezioni Unite Civili sulle funzioni dell’attestatore non è infatti foriero di sonni tranquilli se analizzato oggi, alla luce dei *principi CNDCEC*. Ciò specialmente se si pone l’accento sulla *malam partem* relativa all’attestatore, rispetto alla *bonam partem* relativa al vaglio del “giudicante”⁴². Ed anche rispetto al momento consumativo del reato, la valutazione del *giudicante* sull’attestazione resta una rivoltella carica, spesso – ma non sempre – puntata in maniera paradossale sulla tempia dell’attestatore più che su quella del debitore.

Dalle prime pronunce in ambito concordatario – e paraconcorsuale in genere – sul tema appare infatti evidente come all’interno del *contenitore* della *causa concreta* sia possibile inserire valutazioni che *prima facie* potevano sembrarne escluse, come dimostrato dalla pronuncia del Tribunale di Torino sui temi dello svuotamento della causa concreta del concordato, del vaglio da parte del Tribunale delle argomentazioni dell’attestatore e sulla fattibilità economica del concordato nonché sui rapporti tra la portata dell’art. 236-bis e l’art. 173 l.f.⁴³.

⁴¹ Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili – Sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, Presidente PREDEN, Relatore PICCININNI, par. 19 “b) il sindacato del giudice in ordine al requisito di fattibilità giuridica del concordato deve essere esercitato sotto il duplice aspetto del controllo di legalità sui singoli atti in cui si articola la procedura e della verifica della loro rispondenza alla causa del detto procedimento nel senso sopra delineato, mentre non può essere esteso ai profili concernenti il merito e la convenienza della proposta; c) agli eventuali difetti di informazione circa le condizioni di fattibilità del piano consegue il rigetto della domanda. Tuttavia, ove espresso da parte dei creditori un giudizio positivo in ordine alla fattibilità del piano e mutate le condizioni rappresentate rispetto alle previsioni originarie per eventi non riconducibili a dolose o colpose omissioni del debitore, soccorre l’intervenuta modifica della L.F., articolo 179, che impone al commissario giudiziale la comunicazione del relativo avviso ai creditori, ai fini di una loro eventuale costituzione nel giudizio di omologa per l’eventuale modifica del voto precedentemente espresso”.

⁴² Sempre Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili – Sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, Presidente PREDEN, Relatore PICCININNI, par. 12.4 “Al detto attestato deve infatti essere attribuita la funzione di fornire dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri effettuati dall’interno, elementi tutti che sarebbero altrimenti acquisibili esclusivamente soltanto tramite un consulente tecnico nominato dal giudice. Ne consegue dunque che, pur non essendo un consulente del giudice – come si desume dal fatto che è il debitore a nominarlo –, il professionista attestatore ha le caratteristiche di indipendenza [...] e professionalità idonee a garantire una corretta attuazione del dettato normativo. Deve dunque ritenersi che egli svolga funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice, [...] circostanza questa che esclude che destinatari naturali della funzione attestatrice siano soltanto i creditori e viceversa comporta che il giudicante ben possa discostarsi dal relativo giudizio, così come potrebbe fare a fronte di non condivise valutazioni di un suo ausiliario”.

⁴³ Trib. Torino, 20 maggio 2014, “Il punto, che resta in ombra [...], è il discriminare tra giudizio di fattibilità economica e verifica da parte del tribunale della “manifesta” mancanza di causa in concreto e il nesso tra quest’ultima e il controllo sulla coerenza e logicità dell’attestazione. Pur senza pretesa di esaurire la materia, si possono svolgere due osservazioni. Primo. Se l’attestazione “espone informazioni false ovvero omette di fornire informazioni rilevanti”, la condotta si qualifica come reato proprio dell’attestatore, procedibile d’ufficio (art. 236-bis l.f.). È coerente con tale qualificazione penalistica che la materia, anche agli effetti della procedura di concordato, ricada nella sfera di controllo del tribunale, ergo non possa ritenersi riservata al solo consenso informato dei creditori; [...] Secondo. Malgrado la pretesa riserva delle questioni inerenti la fattibilità economica al solo consenso informato dei creditori, persiste il controllo del tribunale, se: 1) l’attestazione, pur fornendo una rappresentazione non infedele del nucleo dei fatti sottesi alla prognosi di fattibilità, trae conclusioni manifestamente incoerenti con tali premesse; e 2) lo scostamento tra i dati previsionali dell’attestatore e una ragionevole previsione su quelle premesse di fatto è di tale entità da lasciare presumere ex ante il mancato soddisfacimento anche solo ipotetico e parziale dei creditori. [...] In definitiva, se è vero che di massima le prognosi e valutazioni formulate dall’attestatore attengono alla fattibilità economica (Cass. n. 24970) e che il giudizio di fattibilità economica spetta di massima ai soli creditori, tuttavia appaiono esistere prognosi e valutazioni che il tribunale legittimamente può sottoporre a verifica perché formulate: 1) assumendo dati di fatto falsi; 2) tacendo dati di fatto veri, rilevanti secondo un canone di normalità ai fini del giudizio prognostico; 3) discostandosi in modo manifestamente incoerente da una pur genuina rappresentazione del quadro delle circostanze fattuali. Su queste premesse, la linea di confine tra la manifesta irrealizzabilità, di fronte alla quale “non c’è da effettuare valutazioni o da assumere rischi di sorta” (Cass. 24970) e il giudizio di fattibilità che “fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore rischio per gli interessati” (Cass. 1513) passa dunque lungo lo spartiacque segnato dalla rappresentazione veritiera, non irrealistica del quadro delle circostanze fattuali e dalla non manifesta incoerenza e irragionevolezza delle conclusioni rispetto alle premesse di fatto”, da www.ilcaso.it.

5.

L'indagine sull'elemento psicologico.

Chiusa questa *invasione di campo*, i *principi* potranno spiegare la loro funzione – *rectius* ambizione – paraordinamentale di eterointegrazione del 236-bis l.f. solo se gli interpreti istituzionali di Procure e Tribunali non si faranno ammaliare dalla concreta possibilità di utilizzare i medesimi come fondamento di contestazioni ad *automatico* titolo di dolo.

Il problema appare di non poco conto, dal momento che se si estende il ragionamento contenuto nell'ordinanza citata, nella qualificazione giuridica data dal Giudice o nella imputazione mossa dal PM, il professionista che violi i *principi* verosimilmente non verserà in una *colpa* non punibile. E forse, maliziosamente potremmo aggiungere l'inciso “proprio perché *non punibile*”.

Appare invece verosimile che proprio in virtù delle competenze – automaticamente sussistenti in presenza dei requisiti di cui all'art. 67 co.3 lett. D l.f.⁴⁴ – l'atteggiamento psicologico del professionista verrà facilmente ricondotto nell'alveo del dolo. Qualora infatti si ripercorresse il *dictum* del GIP di Torino senza adattarlo alle peculiarità dei singoli casi concreti che verranno, quel che nel caso di specie si appalesa come dolo quantomeno *generico*, in casi meno marchiani potrebbe prestarsi alla *truffa delle etichette*, ed essere quindi contrassegnato da un dolo di particolare pericolosità.

Paradossalmente proprio col contributo dei *principi CNDCEC*.

Non esistendo infatti una condotta colposa punibile, la necessaria rigorosa indagine circa l'elemento psicologico del reato *de quo* rischia di estrinsecarsi lungo un asse passibile di rilevante torsione ermeneutica. L'interprete, posto innanzi all'annosa alternativa tra un *forzato* dolo in grado di rendere punibile la condotta, ed una evidente colpa – magari specifica, magari con previsione – in grado di rendere il fatto insussumibile nell'archetipo normativo per difetto dell'elemento psicologico, verosimilmente propenderebbe verso la prima ipotesi pur di evitare che la condotta *lato sensu* infedele resti impunita.

5.1.

Dolus in re ipsa?

Si è in precedenza speso un inciso sulla pericolosa possibilità di ricondurre la contestazione mossa al professionista nell'alveo dei reati sorretti dalla presenza di un elemento psicologico come detto “*più vicino ad un dolus in re ipsa che ad una colpa con previsione*”, anche grazie allo stigma che contraddistingue un soggetto su cui incombono oneri attestativi rilevanti per la procedura, ma che al contempo resta sempre contrassegnato dal pregiudizio di essere retribuito dal debitore⁴⁵. Appare quindi il caso da un lato di ripercorrere le critiche e l'inquadramento del *dolus in re ipsa* e dall'altro analizzare le peculiarità del dolo eventuale nei reati di falso, e ciò per dimostrare che purtroppo *il nemico* è dietro l'angolo. Ovviamente esigenze di sintesi impediscono qualsiasi forma di esegesi, ed i riferimenti vanno in questa sede considerati senza alcuna pretesa di esaustività⁴⁶, ma al solo fine di motivare le preoccupazioni legate ad alcune tra le possibili forme utilizzo della norma⁴⁷.

Riportare pedissequamente le parole di Antolisei può in questo caso rappresentare una prima soluzione per affrontare i nodi centrali delle questioni che si pongono oggi con il re-

⁴⁴ Cfr. sul punto la relazione CNDCEC n. 30/IR-2013 pag. 17, “*L'espressa menzione di precisi requisiti soggettivi in capo all'attestatore, pertanto induce a concludere che l'attestazione sottoscritta da un soggetto che ne sia privo sia invalida*” da www.cndcec.it.

⁴⁵ Peraltro in un contesto che ha visto l'avvicinarsi di disposizioni normative ed orientamenti della Suprema Corte antitetici in materia di prededucibilità dei compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre attestazioni e relazioni. Sul punto cfr. DI DIEGO e MICOZZI, *La responsabilità civile e penale dell'esperto nelle procedure concorsuali*, in *Piano industriale e crisi d'impresa*, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2012, pag. 272.

⁴⁶ Insuperato perno scientifico sul tema resta a distanza di più di cinquant'anni l'opera del Maestro dei Maestri BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Giuffrè, Milano, 1960.

⁴⁷ Così BRESCIA, in *op. cit.* “*Sul piano dell'elemento psichico del reato ex art. 236-bis l.f. va tenuto conto che, secondo il pacifico orientamento della giurisprudenza di legittimità in materia di falsità in atti, nonché della dottrina, il dolo non può ritenersi implicito nella materialità del fatto, vale a dire in re ipsa e, quindi, va rigorosamente provato. L'accertamento dell'elemento psichico doloso è particolarmente complesso e delicato, soprattutto nella ipotesi di omissione di informazioni, in cui non è agevole distinguere i casi di falsità consapevole da quelli di falsità dovuta a semplice negligenza o imperizia e quindi riconducibili a mera colpa. La valutazione rigorosa della sussistenza dell'elemento psicologico limiterebbe tuttavia di non poco il rischio, oggettivamente ampio e concretamente esistente, di incorrere nel reato, posto che da una parte non è detto che all'attestatore siano fornite tutte le informazioni (essendo invece probabile il contrario) e dall'altra parte bilancerebbe il concetto “eccessivamente soggettivo” di rilevanza dell'informazione.*”

ato di cui all'art. 236-bis l.f.: *“La più cruda espressione del rigorismo dominante è costituita dal principio [...] del dolus in re ipsa e cioè del principio secondo cui il dolo è insito nel fatto stesso della falsificazione. [...] La coscienza giuridica moderna ripudia nel modo più reciso il rozzo principio, ed esige perentoriamente che il dolo in quanto requisito essenziale del reato, sia sempre provato, pur riconoscendo che l'indagine relativa deve svolgersi con particolari modalità che la natura delle cose rende inevitabili”*⁴⁸.

Richiamare invece il contributo di Bricola può inoltre rappresentare il *file rouge* lungo il quale iniziare e concludere il passaggio sull'elemento psicologico: *“Di dolus in re ipsa nei delitti contro la fede pubblica è lecito parlare solo allorché si restringe il dolo alla «coscienza e volontà dell'immutatio veri», cioè lo si circoscrive ad una nozione inconsistente, il che porta al risultato pratico di far presumere l'elemento psichico nel comportamento materiale”*⁴⁹.

I riferimenti precedenti non appaiano superflui: l'indagine sull'elemento psicologico nei reati di falso è storicamente terreno scivoloso, e tutto in salita se percorso lungo vie che siano compatibili con un impianto della responsabilità penale *costituzionalmente orientato* (e volendo fare un salto nel passato, alla genesi del Codice, da un lato il dolo eventuale nella modalità *representativo-centrica* non sarebbe compatibile nemmeno col codice stesso, almeno nell'idea di chi lo ha redatto e che sul punto nei lavori preparatori disse testualmente *“Dice il commissario Marciano che allora vi è un dolo indiretto, e dice il commissario Ferri che vi è un dolo eventuale. Ma che cosa sono queste distinzioni del dolo? Esse sono finite tutte nel nulla: o l'evento dannoso è voluto, e c'è dolo, o non è voluto e non c'è dolo”*⁵⁰). Dall'altro però relativamente ai reati di falso, la relazione illustrativa al Codice Rocco recava l'inciso *“è sufficiente agire con la coscienza e la volontà di perpetrare il falso, anche se non sussista il proposito di arrecare d'altri un danno, o di procurare a sé e ad altri un vantaggio”*⁵¹.

Evidente quindi che pur di reprimere penalmente la condotta perseguendo il reato, l'interprete istituzionale potrebbe facilmente percorrere le ben più comode strade lastricate dalla progressiva erosione di una effettiva indagine sull'elemento psicologico.

Ciò a favore di una discutibile indagine sul dolo che poggi le sue basi sulla concezione normativa del dolo stesso, concezione presa in prestito dalla colpa, con buona pace dell'art. 27 co. 1 Cost.

È qui che per un attimo dobbiamo dimenticare la macroscopicità del caso di specie ed immaginare la possibile applicazione futura del *dictum* del GIP di Torino, perché solo così avremo la prova tangibile della sostanziale applicazione del *dolus in re ipsa* nel caso in cui il falso di cui all'art. 236-bis l.f. venga contestato senza una scrupolosa indagine sull'elemento psicologico.

Adattando il *dictum* del GIP ad un ideale caso, futuro e meno lapalissiano del presente, contestato a titolo di *dolo eventuale* o a sostanziale titolo di *dolus in re ipsa*, avrem(m)o infatti da un lato il modello di comportamento considerato doveroso (quello dei *requisiti*, dei *criteri*, dei *principi*) e dall'altro quello concreto tenuto dal professionista, rilevandosi il *dolo (eventuale o in re ipsa)* di quest'ultimo come fornito dallo iato tra l'*azione doverosa* e quella tenuta. Con il solo argine quindi di una valutazione del *quoad poenam*, che non potrebbe non tener conto dell'indice di cui all'art. 133 c.p. in termini di un'intensità di un dolo che in realtà, nei comuni casi di *malpractice* professionale colposa, non c'è.

Ponti d'oro al *dolus in re ipsa*, non sorretto da alcuna indagine sulla componente volitiva, e desunto solo ed unicamente per presunzione, dall'inosservanza di una regola, con il risultato di far ricadere nel dolo un'assenza di diligenza, che dovrebbe essere aliena ad esso, e riconducibile alla sola responsabilità colposa (e quindi non punibile)⁵².

⁴⁸ ANTOLISEI, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale, Volume 2*, Giuffrè, Milano, Ed. 2008, pag. 79.

⁴⁹ BRICOLA, in *op. cit.* Alcuni casi dottrinali e giurisprudenziali di *dolus in re ipsa* – Due casi di *dolus in re ipsa* nei reati formali. *Dolus in re ipsa* nei reati di falso: necessità di un superamento dell'oggettività giuridica di tali reati, pag. 141.

⁵⁰ MANGINI, (a cura di), *Verbalì della Commissione ministeriale*, in *Codice penale illustrato con i lavori preparatori*, Colombo Ed., Roma, 1930, pag. 47.

⁵¹ Rocco, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Tipografia delle Mantellate per il Ministero della Giustizia e degli affari di culto, Roma, 1929.

⁵² Sugli *standard* della prova del dolo del professionista, IADECOLA, *Attività professionali e reati di falso*, relazione al Convegno organizzato dall'associazione Ciceroassogiur, Frosinone, 9 novembre 2007, www.ciceroassogiur.it, anche in *Giurisprudenza di Merito*, Giuffrè, Milano, 2009, ppg. 863 e sgg.

5.2.

Dolo eventuale?

Terreno scivoloso si diceva, reso ancor più infido dal contenuto delle attestazioni del professionista, perché queste rappresentano spesso il punto di crisi nella distinzione tra *dichiarazione di scienza* ed *espressione di un giudizio* ovvero tra *giudizi di fatto* e *giudizi di valore*. Come eminentemente sottolineato⁵³ su questioni del tutto sovrapponibili a quella che qui interessa, tale tipo di distinzione comporta – *rectius*: dovrebbe comportare – l'esclusione della configurabilità dei reati di falso ideologico quando oggetto delle dichiarazioni – come le attestazioni del professionista – sia un giudizio di valore.

Va infatti, tenuto presente che le dichiarazioni di giudizio scaturiscono dall'analisi di fattori la cui interpretazione non è inequivocabile, essendo il risultato di valutazioni soggettive e, quindi insuscettibili di verifica secondo il parametro *vero/falso*, ma, semmai, secondo il parametro *corretto/errato*. Ne discende l'impossibilità di porre a verifica il giudizio, ossia di controllare se le affermazioni contenute nell'atto siano il frutto delle convinzioni del redattore, oppure siano il risultato di un atteggiamento infedele. Abbandonando per un attimo la teoria più *conveniente* ovvero quella in virtù della quale sono solo gli atti constatativi o descrittivi a poter essere veri o falsi, e facendo proprio l'orientamento in virtù del quale il falso ha rilevanza anche quando ha ad oggetto valutazioni, “il modello *vero/falso*, [...] potrà applicarsi solamente quando i parametri normativi siano incontrovertibili. Se questi, viceversa, sono dotati di una pur minima duttilità, allora lo schema da adottare non potrà che essere quello del *corretto/errato*”⁵⁴.

E per quanto attiene ai parametri posti alla base delle attestazioni del professionista, chi scrive non è eufemisticamente certo della loro relativa incontrovertibilità, indipendentemente dai *principi CNDCEC*⁵⁵.

Rectius: se con una *ficcio* volessimo ritenere certi i parametri di cui ai *principi di attestazione* richiamati, ciò sarebbe forse possibile per quanto attiene alla funzione ricognitiva⁵⁶ del professionista, ma non certo per quella valutativa⁵⁷.

E poiché di questo lungo *excursus* urge tirare le fila, va rimarcato ancora una volta che l'oggetto materiale delle attestazioni e relazioni di cui all'art. 236-bis l.f. riguarda prettamente *giudizi di valore*, rispetto ai quali il giudice penale compie sempre una valutazione soggettiva *ex post*. Peraltro sulla scorta dello schema *corretto/errato* e non sulla scorta di quello *vero/falso*. Basti pensare che, paradossalmente, persino le conclusioni dell'attestatore circa la fattibilità dell'iperbolico piano nell'iperbolico caso in oggetto possono ricondursi più facilmente allo schema *corretto/errato* che allo schema *vero/falso*. Come visto in precedenza, va inoltre rimarcato che da un lato il reato si perfeziona con l'entrata dell'attestazione nella procedura, e dall'altro la *tenuta* dell'attestazione rispetto al buon esito della procedura stessa può invece rivelarsi, in positivo come in negativo, anche ad una certa distanza dal momento consumativo.

Tenuto presente che lo schema *corretto/errato* è foriero di una serie di soluzioni intermedie tra le due che ne sono oggetto, anche per quanto attiene la stragrande maggioranza delle valutazioni oggetto delle attestazioni del professionista va condiviso quanto sostenuto dalla dottrina citata: l'ammissione della compatibilità tra il modello *corretto/errato* ed il concetto di *probabilità* proprio del dolo eventuale comporterebbe una nuova ed ulteriore dilatazione dell'area del penalmente rilevante attraverso il conio della “*probabilità della possibilità*”. Ne conseguirebbe un tipo di evento non integrabile in un “*dato obiettivamente accertabile*”, ma

⁵³ CATERINI, *Il dolo eventuale e l'errore su norma extrapenale nei reati di falso ideologico*, in *L'indice penale* – n. 1/2007, Cedam, Padova, 2007, ppg. 116 e sgg.

⁵⁴ Così CATERINI, *ibidem*

⁵⁵ Cfr. sulla questione il punto 1.7 – Portata e limiti naturali dell'attestazione – dei citati *principi CNDCEC*: “Come in ogni altra attività professionale, l'obbligazione dell'Attestatore è una obbligazione di mezzi. [...] L'attestazione implica un giudizio prognostico che talvolta può non trovare conferma nello svilupparsi dei fatti e nei successivi accadimenti. [...] Per la natura essenzialmente previsionale del piano di risanamento, l'Attestatore, a differenza del revisore legale, non potrà mai fornire una *reasonable assurance*, stanti i maggiori rischi che caratterizzano il giudizio di fattibilità del piano e il tempo a disposizione per gli accertamenti”.

⁵⁶ Sull'allargamento del “perimetro semantico della nozione di informazioni”, AMBROSINI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni*, in *Le altre procedure concorsuali – Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da VASSALLI, LUISO, GABRIELLI, Giappichelli, Torino, 2014, pag. 458.

⁵⁷ Sull'esclusione dall'ambito di applicazione della norma delle attestazioni e delle relazioni del professionista aventi portata interpretativa e quindi di conseguenza valutativa a carattere congetturale, FIORELLA e MASUCCI, *La responsabilità penale del professionista incaricato di attestare l'idoneità del piano di pagamenti, del concordato preventivo, o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in AA. VV., *Gli effetti del fallimento*, Giappichelli, Torino, 2014, pag. 973.

viceversa pericolosamente integrato nella “diversa interpretazione della vicenda data dal giudice e dal discostarsi della condotta dell’agente da quella particolare sfera del doveroso individuata sempre dal giudice”⁵⁸.

5.3.

Le possibili soluzioni.

Se il tutto si riduce, come si riduce, alla censura dell’agente che si è discostato dalla condotta *doverosa* individuata dal giudice *ex post*, è evidente che la *truffa delle etichette* è pronta per essere servita, forse sul piatto del *dolo eventuale*, forse sul piatto del *dolus in re ipsa*.

Inutile dire che entrambe le ipotesi preoccupano: la prima però, se da un lato vede riemergere i problemi sottesi all’individuazione della linea di confine aldilà della quale si versa in dolo eventuale nei reati di mera condotta⁵⁹ come il 236-bis l.f., dall’altro vede un importante contributo della dottrina⁶⁰ per risolvere tali problemi.

Abbandonando per un attimo la condivisibile opinione in virtù della quale “Accettare il rischio della verifica dell’evento [...] è atteggiamento completamente differente dal volere l’evento oggetto del rischio. Accettare il rischio significa rischiare, ossia un atto soggettivo che rientra nell’imprudenza e nella temerarietà, non nel dolo”⁶¹, va sottolineato che secondo la citata dottrina l’atteggiamento psicologico riconducibile al dolo eventuale sarà integrato qualora l’agente, innanzi al dubbio, si rappresenti uno stato di rischio di realizzazione della fattispecie penalmente rilevante, il quale sia da un lato *non* consentito, e dall’altro, contemporaneamente non considerabile dall’*homo eiusdem conditionis et professionis* posto nelle stesse condizioni in cui si trovava l’agente al momento dell’azione. Viceversa, qualora il medesimo rischio sia passibile d’esser preso in considerazione dal medesimo agente modello, posto nella medesima condizione di cui alla precedente ipotesi, il dubbio sarà ascrivibile a titolo di colpa.

Ribadendo quanto in premessa circa la non esaustività dell’indagine sul tema, si auspica che il precedente passaggio possa però essere considerato sufficiente a chiudere la parentesi del *dolo eventuale* e (ri)aprire quella del possibile *dolus in re ipsa* dell’attestatore.

A ben vedere, ripercorrendo il *dictum* del GIP di Torino, del *dolo eventuale* potrebbe in futuro non esserci nemmeno il bisogno, stante la presunzione assoluta di conoscenza dei *principi CNDCEC* da parte del professionista, dal momento che, secondo l’orientamento inaugurato dal GIP di Torino, proprio tale presunzione comporta che qualsiasi violazione ad essi relativa valga a fondare la prova di un dolo diretto.

Anche in questo frangente, nel quale sono possibili le più svariate modalità di condotta del soggetto agente, va forse rimarcata l’assenza di quella *terza via* ritenuta condivisibilmente fondamentale⁶², ovvero di una *recklessness*, di “un titolo di responsabilità intermedio tra dolo e colpa” da poter utilizzare anche per le condotte professionali.

E forse vanno rimarcati da un lato le colpe di una categoria che ha per anni messo la testa sotto la sabbia per non vedere né sanzionare disciplinarmente gli scempi compiuti in nome del tentativo di salvataggio dell’impresa in crisi, e dall’altro il pregiudizio che tale condotta “di categoria” ha generato nei confronti del professionista attestatore, che oggi viene visto con sospetto da Procure e Tribunali grazie agli abusi di ieri. Non siano interpretate queste parole come incisi moralizzanti: sono solo e semplicemente constatazioni circa gli elementi che, insieme alla sistematica *panprivatizzazione della crisi di impresa* – ed alla relativa deresponsabilizzazione dei veri pubblici ufficiali delle procedure – rischiano di orientare negativamente il convincimento di chi valuta l’operato dell’attestatore. Peraltro *ex post*, chiudendo così definitivamente quel cerchio con cui il sistema della composizione della crisi d’impresa, come no-

⁵⁸ Così CATERINI, in *op. cit.*

⁵⁹ Rispetto ai quali purtroppo limitata efficacia ermeneutica spiegano i recenti contributi delle Sezioni Unite su reati dalla diversa struttura, con le sentenze Thyssenkrupp (SS.UU., sentenza 18.09.2014, n. 38343) e Nocera (SS.UU., sentenza 30.03.2010, n. 12433).

⁶⁰ CANESTRARI, *Dolus eventualis e colpa cosciente nell’ambito delle diverse tipologie dei c.d. reati di pura condotta*, in *Dolo eventuale e colpa cosciente: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 206-207.

⁶¹ FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 252 e sgg.

⁶² VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014, precedentemente in *Il libro dell’anno del diritto*, Treccani, 2013. Contra, CANESTRARI, *La distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nei contesti a rischio di base «consentito»*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2013, già Relazione al Convegno organizzato dall’Associazione Franco Bricola, «Reato colposo e modelli di responsabilità. Le forme attuali di un paradigma classico», Università degli Studi di Bologna, sede di Ravenna, 23-24 marzo 2012.

vellato, pone in capo all'attestatore funzioni che dovrebbero essere pubblicistiche, sollevando invece i soggetti istituzionali da responsabilità e rischi di cui al contempo invece viene onerato il professionista.

La possibile violazione dei *principi*, letta insieme alla *disinvoltura* ed all'*impunità* di ieri, potrebbe essere vista oggi con la lente deformata dell'individuazione di un predeterminato *tipo d'autore*, nei confronti del quale il soggetto che procede, o che giudica un fatto di reato di cui all'art. 236-bis l.f. rischia di avere meno remore del necessario quando si tratti di optare per la *forzatura* di una categoria di imputazione, al fine di rendere punibile una condotta che senza quella *forzatura* punibile non sarebbe.

A ben vedere, il rischio della *forzatura* esiste, e la struttura della norma non aiuta ad evitarlo: il 236-bis l.f. come un *Giano bifronte* si atteggia da un lato come i ben più *noti* e diffusi reati di falso ideologico codicistici, e dall'altro come un falso in scrittura privata o come false comunicazioni sociali. Ma con *orizzonti* però ancor più *liquescenti*⁶³. Ha cornici edittali – nonchè profili rinvenibili nella concezione di *immutatio veri* – assimilabili al primo, ma non si perfeziona con la sua redazione, bensì con la sua *entrata* nella procedura, con atteggiamento quindi più proprio dei secondi.

Ed a voler dirla tutta, *nasconde* profili da falso in perizia, almeno nell'interpretazione dell'attestazione che – come dimostrato in precedenza – hanno iniziato a fornire i Giudici delle procedure.

Questa natura ibrida ed ambivalente finisce col pregiudicare l'interprete, il quale ad esempio non ha allo stato contezza dei margini di applicabilità in tale ambito di categorie del falso inoffensivo come il falso grossolano ed il falso innocuo⁶⁴: di tal che la tipicità ancorché apparente sarà sempre tipicità, con buona pace dell'art. 49 c.p., della concezione realistica dell'illecito e del principio di offensività.

Ed allora, tenendo sempre presenti le parole di Rocco in sede di relazione illustrativa⁶⁵ del codice, va probabilmente revocato in dubbio che si possa correttamente parlare di vero e proprio *dolus in re ipsa* dell'attestatore, e va chiesto soccorso al prezioso insegnamento del Bricola per giungere alla conclusione di questo discorso sull'elemento psicologico. Affrontando tali temi risuona ancor oggi l'eco delle sue parole in materia di sussistente univocità oggettiva, ed assenza di univocità soggettiva nei reati di falso, dal momento che *l'azione del falsificare* è sempre *teleologicamente orientata verso un fine che è l'opposto di quello intrinseco all'oggetto su cui essa cade*, ma tale assunto *“non importa necessariamente una gravidanza in senso soggettivo dell'azione del falsificatore, tale da dispensare dall'indagine sull'elemento psichico”*.

Tale assunto fa sì che ci si trovi quindi *“al di fuori di ogni presunzione, e nel campo di una semplificazione della prova”*, con la naturale conseguenza di porre in capo all'organo dell'accusa la ricerca della prova non solo di coscienza e volontà del fatto, ma anche *“dell'atteggiamento psichico del soggetto in rapporto all'offesa”*.

Anche per quel che riguarda la prova della fattispecie obiettiva, veniva rimarcato come *“il passaggio probatorio relativo alla sussistenza dell'offesa dell'interesse specifico”* possa essere semplificato dalle *“circostanze delle singole fattispecie concrete di falso”* a patto che ciò avvenga attraverso lo schema della presunzione semplice e mai attraverso una presunzione *juris tantum* tale da comportare inversioni dell'onere di prova, onere che resta e deve restare in capo all'accusa. *A*

⁶³ NAPOLEONI, *Gli orizzonti liquescenti delle false comunicazioni sociali: il delitto di cui all'art. 2621 c.c. come reato di pura omissione*, in *Cassazione Penale*, Giuffrè, Milano, 1999, pag. 295.

⁶⁴ Sul punto AMBROSETTI, voce *Art. 236 bis l. fall.: «falso in attestazioni e relazioni»*, in *Addenda a Diritto penale dell'impresa*, Zanichelli, Torino, 2014, pag. 14. BRESCIA, in *op. cit.*, pag. 395, CONSULICH, in *op. cit.*, pag. 619, FIORE, *Nuove funzioni e vecchie questioni per il diritto penale nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione: dal decreto “crescita” al decreto del “fare”*, AA.VV., Ipsoa, Milano, 2013, pag. 1193, LAUDONIA, in *op. cit.*, pag. 34, MAPELLI, *Il reato dell'attestatore*, in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, a cura di CAIAFA E ROMEO, Cedam, Padova, 2014, pag. 956, MONTELEONE, in *op. cit.*, pag. 7.

⁶⁵ Rocco, *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, cit., pag. 257, par. 514 *“In ordine all'elemento subiettivo, non mi sono discostato, nelle falsità in atto pubblico, dal Codice vigente; non ho richiesto cioè, nell'agente – pubblico ufficiale o privato –, alcun fine speciale. È sufficiente agire con la coscienza e volontà di perpetrare un falso, anche se non sussista il proposito di arrecare ad altri un danno o di procurare, a sé o ad altri, un vantaggio. Era qui necessario riaffermare vigorosamente il principio che in tema di atti pubblici in genere non è lecito, qualunque sia il fine, formare ciò che non esiste o alterare il vero. Per le scritture private, invece, ho richiesto il fine di procurare un vantaggio a sé o ad altri, ovvero di recare ad altri un danno. Ho aderito così ai voti della più autorevole dottrina, la quale reclamava una maggiore precisazione del dolo in tema di scritture private, inteso come animus nocendi aut sibi locupletandi, il vantaggio e il danno debbono intendersi, non soltanto nel senso di vantaggio o danno patrimoniale, ma di qualsiasi utilità o documento, di carattere politico, morale, ecc.; anche il fine di vendetta, ad es., integrerebbe l'elemento intenzionale. Per la incriminazione del falso in scritture private non si può prescindere dall'effettivo commercio giuridico di esse, e quindi ho mantenuto il principio che, di regola, il momento consumativo del delitto è quello dell'uso che il falsario faccia, o lasci fare ad altra persona, di una scrittura privata falsa.”*

fortiori fondamentale per l'analisi delle questioni che ci riguardano risulta quindi l'assunto in materia di percorso verso *“la prova della consapevolezza (con accettazione del rischio) di offendere l'interesse specifico”*, che deve essere di tipo complesso, attraverso *“il passaggio dal fatto noto al fatto ignoto, che costituisce il substrato della presunzione semplice, da corredare con un maggior numero di illazioni congetturali criticamente vagliate”*⁶⁶.

5.4.

La condotta ideale dell'agente modello.

Proprio in tema di *illazioni congetturali criticamente vagliate*, ecco ritornare quindi alla carica uno dei problemi principali creati da questa norma e dal compendio di norme della legge fallimentare che regolano la funzione attestatrice del professionista: qual è la condotta ideale dell'agente modello? La domanda apparirebbe abominevole in termini dogmatici e sistematici, dal momento sottende a categorie di imputazione della responsabilità estranee a quella richiesta dalla norma. Ma diviene domanda necessaria alla luce delle considerazioni svolte fin qui, ed alla luce dell'interpretazione del 236-bis l.f. che la giurisprudenza ha dimostrato ritenere corretta con l'ordinanza in commento.

Le remore a porsi tale domanda possono quindi venir meno se il quesito viene posto alla luce delle fondamentali ricadute che l'individuazione della *condotta doverosa* può avere nei termini precedentemente illustrati di utilizzazione dei parametri distintivi suggeriti dalla dottrina citata⁶⁷.

La condotta ideale dell'agente modello integra un'ipotesi nella realtà inesigibile⁶⁸: una sorta di *full audit*, sulla scorta del controllo che un revisore è tenuto a svolgere per redigere la relazione di revisione⁶⁹. La condotta ritenuta viceversa adeguata da dottrina e da parte degli operatori del settore prevede invece un tipo di controllo attenuato dalla possibilità per il professionista di utilizzare – *rectius* riutilizzare – il frutto dell'attività precedentemente svolta da altri organi di controllo.

Il punto cruciale è purtroppo semplice.

Volendo superare in questa sede il dato relativo alla dimensione media ed alla capacità di spesa media delle aziende in sofferenza, sinceramente perplimo il fatto che proprio il Legislatore non vi abbia prestato la dovuta attenzione: le *procedure* all'interno delle quali il professionista può esplicitare la sua opera sono infatti caratterizzate da tempi stringenti e dalla *navigazione a vista* dell'impresa⁷⁰, spesso in *acque procellose* (anche perché in caso di perfetto andamento, difficilmente le imprese avrebbero bisogno delle procedure. Questo sì è certamente *in re ipsa*). A ciò va aggiunto che il ruolo di attestatore può essere svolto anche da professionisti e associazioni professionali privi delle peculiarità di cui alle società di revisione⁷¹: inoltre, rispetto all'attività di revisione, e rispetto ai relativi tempi ed organizzazione, come detto poc'anzi le risorse destinabili al professionista saranno verosimilmente ridotte ogni qual volta l'attività di quest'ultimo venga svolta in pendenza di una *procedura*. E saranno verosimilmente ridotte in maniera direttamente proporzionale alla dimensione dell'impresa.

Per quanto appaia condivisibile l'opinione⁷² di chi censura l'ipotesi del rinvio asettico alle risultanze di accertamento eseguite dal collegio sindacale e dai revisori del debitore, predi-

⁶⁶ BRICOLA, in *op. cit.*, pag. 146-151.

⁶⁷ CANESTRARI, in *Dolus eventualis*, cit.

⁶⁸ BARACHINI, *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014, pag. 54, *“La verità è che a questo professionista si chiede di fare dichiarazioni semplicemente impossibili, o perché richiederebbero un'estesa due diligence sull'impresa, che naturalmente non c'è il tempo di fare, o perché coinvolgono giudizi prognostici altamente aleatori. E si pretende faccia tali dichiarazioni sotto minaccia di responsabilità civile, ed oggi anche penale”*.

⁶⁹ Sul punto ad esempio Trib. Milano, 18 marzo 2010, Est. LAMANNA *“Il professionista che, ai sensi dell'art.161, comma 3, legge fallimentare, attesta il piano concordatario, deve svolgere tutte le verifiche che, secondo le regole tecniche della revisione contabile e delle discipline che rilevano in ordine alla concreta articolazione della proposta concordataria, siano necessarie ai fini dell'attestazione richiesta, ossia ai fini della sua idoneità ad assicurare, secondo una valutazione ex ante, la ragionevole certezza dell'attuazione del piano. Non può, quindi, ritenersi ammissibile, in sede di attestazione, l'utilizzo di formule generiche volte a delimitare la portata dell'attestazione stessa, e quindi della responsabilità ad essa connessa, mediante il semplice rinvio ad alcune verifiche, pur concretamente svolte dall'attestatore, ma che omettano qualunque motivazione sulla ritenuta adeguatezza delle stesse in seguito ad un loro vaglio critico e prive di assunzione di responsabilità in ordine al loro recepimento”*.

⁷⁰ Sul punto PAPAGNI, *Il professionista attestatore*, in *Le azioni revocatorie nelle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2013, pag. 141 e sgg.

⁷¹ Sui requisiti di iscrizione, sulla questione relativa a revisori legali e revisori contabili, cfr. la circolare del CNDCEC 30IR/13, www.cndcec.it.

⁷² FISCHETTI, *Crisi d'impresa: alcune considerazioni sulla figura dell'attestatore a un anno dal Decreto Sviluppo*, in *Rivista di diritto bancario*, 2013, www.dirittobancario.it.

ligendo la tesi dei controlli autonomi a campione attraverso la cd. *limited review* dei dati aziendali, è opinione di chi scrive che ciò potrebbe non bastare qualora la contestazione della condotta fosse ascritta a titolo di dolo eventuale. Perché se l'*agente modello* è quello che applica un *full audit*, il professionista che si attiene alla *limited review* avrà purtroppo svolto il proprio lavoro con un *quid minus* in grado di integrare lo *iato* tra condotta doverosa e condotta tenuta potenzialmente sufficiente ad attribuirgli una responsabilità ex 236-bis l.f. a titolo di dolo eventuale.

La concreta speranza è che *agente modello* sia invece ritenuto il soggetto che opera nel rispetto dei *principi di attestazione CNDCEC*, senza che al professionista siano richiesti standard oggettivamente e soggettivamente *inesigibili*, ma soprattutto senza che qualsivoglia eventuale violazione dei *principi* integri automaticamente agli occhi della Magistratura condotte delittuose a sfondo doloso⁷³. Ed in tal senso utilizzare la soluzione proposta dalla dottrina per risolvere l'annosa questione del confine del dolo eventuale in tale frangente di mera condotta potrebbe rappresentare una felice quadratura del cerchio.

In caso contrario, giungeremmo alla conclusione di ritrovarci in un contesto di responsabilità professionale paradossalmente aggravata in termini sistematici dalla inesistenza di ipotesi colpose punibili. Con il risultato della messa in pericolo dell'intero compendio di soluzioni concordate della crisi d'impresa.

6. Conclusioni.

Tutti quei rimedi su cui la norma spiega la propria operatività rischiano purtroppo di essere stritolati dalla morsa di una norma che, seppur col nobile intento di porre necessario freno a condotte deprecabili⁷⁴, sta lentamente finendo col pregiudicare l'esistenza – e quindi l'apertura stessa – delle procedure, i cui dati numerici lasciano pensare, forse proprio perché allo stato, fatta salva come nel passato l'applicabilità del “*vecchio*” ma sempre efficace art. 236 l.f., comportano grazie al dettato dell'art. 236-bis l.f. l'assunzione di troppi rischi per un unico soggetto: il professionista attestatore.

Solo ed unicamente da una corretta applicazione dell'art. 236-bis l.f. da parte dell'Autorità Giudiziaria dipende, nella sostanza, il futuro di tutte le procedure all'interno delle quali l'attestazione del professionista è suscettibile di subire l'operatività della norma.

Passerà tempo prima che una giurisprudenza autorevole come quella di legittimità segni netti confini alla portata della norma: inoltre non è certo che ciò avvenga, e non è detto che i confini siano poi riconosciuti come inequivoci ed invalicabili da Procure e Giudici di merito. Rispetto a tutta una serie di criticità segnalate, come quella del falso inoffensivo, è invece immaginabile che in un prossimo futuro possa fungere da argine la previsione normativa di nuovo conio che prevede l'introduzione nel Codice Penale dell'art. 131-bis⁷⁵ rubricato “*Esclusione*

⁷³ Sul punto GIANOGLIO, La responsabilità penale dell'attestatore e cenni sull'art. 217-bis l.f. in *L'impresa in crisi: Soluzioni offerte dal nuovo diritto fallimentare*, di BADINI, CONFALONIERI, FAROLI, GIANOGLIO e RITEGNO, Giappichelli, Torino, 2014, pagg. 405-406.

⁷⁴ Sul punto Bianchi, D.L. n. 83 del 22.06.2012 (*Decreto sviluppo*) integrato con la legge di conversione n. 134 del 7 agosto 2012, in *Manuale delle società di capitali*, CEDAM, Padova, 2012, pag. 71.

⁷⁵ Art. 131-bis. – *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*.

Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale.

L'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità, ai sensi del primo comma, quando l'autore ha agito per motivi abietti o futili, o con crudeltà, anche in danno di animali, o ha adoperato sevizie o, ancora, ha profittato delle condizioni di minorata difesa della vittima, anche in riferimento all'età della stessa ovvero quando la condotta ha cagionato o da essa sono derivate, quali conseguenze non volute, la morte o le lesioni gravissime di una persona.

Il comportamento è abituale nel caso in cui l'autore sia stato dichiarato delinquente abituale, professionale o per tendenza ovvero abbia commesso più reati della stessa indole, anche se ciascun fatto, isolatamente considerato, sia di particolare tenuità, nonché nel caso in cui si tratti di reati che abbiano ad oggetto condotte plurime, abituali e reiterate.

Ai fini della determinazione della pena detentiva prevista nel primo comma non si tiene conto delle circostanze, ad eccezione di quelle per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale. In quest'ultimo caso ai fini dell'applicazione del primo comma non si tiene conto del giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui all'articolo 69.

La disposizione del primo comma si applica anche quando la legge prevede la particolare tenuità del danno o del pericolo come circostanza attenuante.

(Articolo introdotto dal Decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28 – Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67. GU n.64 del 18-3-2015 Vigente al: 2-4-2015)

della punibilità per particolare tenuità del fatto". Seppur con la rilevante riserva che su condotte del genere pone l'efficacia di giudicato nei giudizi civili⁷⁶.

Nel momento in cui si scrive si è all'alba dell'entrata in vigore della norma, nel cui ambito di applicabilità appare rientrare il reato di cui all'art. 236-bis l.f. Non privo di interesse sarà constatare in futuro l'auspicabile applicazione della disposizione di nuovo conio per quei fatti che per le "modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma," vedano concretizzarsi un'offesa "di particolare tenuità", allorquando il comportamento risulti "non abituale". Ulteriore risposta questa per i casi, seppur rari, ma non per questo trascurabili, di fatti sì tipici, ma di limitata offensività del bene giuridico tutelato.

Argomento in più questo ultimo per ribadire come e quanto nelle mani della Magistratura, inquirente da un lato e giudicante dall'altro, sia affidato il futuro degli strumenti di composizione delle crisi d'impresa del concordato preventivo ex art. 161 l.f., degli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis l.f., del concordato con continuità aziendale ex art. 186-bis l.f., nonché delle disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-quinquies l.f.

All'indomani del conio dell'art. 217-bis l.f.⁷⁷ si è sottolineato come – finalmente – il tentativo di risanamento condotto attraverso gli strumenti richiamati dalla norma non comporti più responsabilità penale per bancarotta fraudolenta preferenziale o bancarotta semplice, (e relativamente a quest'ultima, soprattutto nel caso che dalla prosecuzione dell'attività d'impresa possa scaturire un aggravamento del dissesto).

A tal proposito, da una voce autorevole come quella dell'allora Presidente del Tribunale di Torino ed odierno Presidente della Corte d'Appello di Roma, nel 2011 proveniva questo monito "Il tentativo di risanamento non è un'attività ad esito certo. Se il debitore e coloro che vengono in rapporto con lui nell'ambito dello svolgimento dell'attività d'impresa dovessero temere d'incorrere nella responsabilità penale, anche quando il risanamento viene perseguito per il tramite di una delle procedure previste dalla legge, la possibilità stessa di tentare il salvataggio verrebbe seriamente compromessa"⁷⁸.

Si parva licet componere magnis, il tentativo di risanamento resta un'attività ad esito incerto, l'attestazione non è mai il frutto di una *chiaroveggenza* del professionista per quanto riguarda il futuro e, soprattutto, a causa di fattori che esulano da qualsivoglia forma di dolo, non è sempre il frutto di una *omniscienza* per quel che attiene il passato dell'impresa in sofferenza. Se l'attestatore che viene in rapporto con il debitore nell'ambito dello svolgimento della crisi d'impresa dovesse temere sempre d'incorrere nella responsabilità penale a causa di un'attività può essere *imperfetta* senza che sia per ciò stesso *falsa*, la possibilità stessa di tentare il salvataggio verrebbe seriamente compromessa. Come già avviene – a detta di più operatori del settore – in un segmento nel quale il risanamento viene perseguito per il tramite di una delle procedure previste dalla legge, la paura che l'Autorità Giudiziaria ritenga *falso* ciò che è invece *imperfetto* porterebbe i professionisti titolari dei requisiti di cui all'art. 67 co. 3 lett. D l.f. a ri-

⁷⁶ Sulla responsabilità civile dell'attestatore cfr. BERTI, *La responsabilità civile dell'attestatore*, in BADINI, CONFALONIERI, FAROLI, GIANOGGIO e RITEGNO, *op. cit.* pag. 353 e sgg, nonché CARABBA, *La responsabilità del professionista*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato: Coordinamento tra imprese. Responsabilità patrimoniale del debitore. Soluzione negoziale delle crisi d'impresa*, a cura di Nuzzo, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 605.

⁷⁷ Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267. – *Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa. – Art. 217-bis – Esenzioni dai reati di bancarotta*

Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell'articolo 182-quinquies.

(Articolo inserito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, che ha convertito, con modificazioni, il D.L. 31 maggio 2010, n. 78. La modifica ha effetto dal 31 luglio 2010, data di pubb. sulla Gazzetta Ufficiale, supp. ord. n. 174. L'art. 18 del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221, ha sostituito le parole "ovvero del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)" con le seguenti: "o del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'articolo 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3. La modifica è entrata in vigore il 19 dicembre 2012, data di entrata in vigore della legge di conversione citata. L'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134 ha inserito l'ultimo paragrafo. La modifica di applica dal 11 settembre 2012).

⁷⁸ PANZANI, *Relazione introduttiva al Convegno Crisi d'impresa e risanamento: le responsabilità in caso di default*, Alba, 19 novembre 2011 – in *Il nuovo diritto delle Società*, Numero 11, Italia Oggi Editore, 2012 pagg. 17 e sgg.

fuggire qualsivoglia attività attestativa, a causa degli eccessivi rischi che essa comporterebbe⁷⁹.

Sia consentito chiudere con una considerazione su di un piano più strettamente dogmatico, sul rapporto che politica criminale e sistema di diritto penale hanno in questo frangente. È innegabile che la norma sia nata grazie ad una macroscopica spinta di natura generalpreventiva. Poiché appariva necessario in termini di tenuta del sistema della crisi di impresa trovare una qualificazione giuridica all'operato dell'attestatore, appariva altrettanto necessario disincentivare con una sanzione penale di una certa rilevanza i comportamenti – purtroppo diffusi – di attestatori infedeli. In termini di prevenzione speciale integratrice, a meno che la norma non sia applicata *cum grano salis*, contestare il falso in attestazioni e relazioni forzando le categorie dell'imputazione soggettiva, perseguendo e condannando un soggetto che ha agito senza rappresentarsi e senza volere alcun illecito, non riuscirà mai a sortire gli effetti cui la pena deve tendere nel nostro assetto costituzionale.

Se la norma non verrà correttamente applicata, difficilmente questa sperequazione in direzione generalpreventiva sortirà quindi effetto alcuno sui consociati, se non il progressivo ma ineluttabile abbandono delle soluzioni concordate delle crisi di impresa da parte di professionisti scrupolosi⁸⁰, laddove viceversa alcun freno imporrà a quelli *temerari*, ai quali verosimilmente non basterà l'introduzione della norma per temperarne la spregiudicatezza⁸¹.

Parafrasando dal monaco e teologo francescano Thomas Murner⁸² la celebre frase contenuta ne *“L'Esorcismo de'Pazzi”* (1512), potremmo dire che, allo stato dell'arte e delle interpretazioni fornite alla norma dalla giurisprudenza, senza un utilizzo accorto e misurato della norma stessa, il risultato prospettabile per le soluzioni concordate delle crisi d'impresa sarà nella migliore delle ipotesi di *“buttare il bambino insieme all'acqua sporca”*⁸³. E nella peggiore di tenersi l'acqua sporca buttando via il bambino, laddove nel nostro frangente il ruolo del bambino lo interpreta la soluzione concordata alla crisi d'impresa, e nelle vesti dell'acqua sporca recita lo spregiudicato attestatore infedele.

Perché in condizioni così pericolose, forse non è scorretto dire che *attestare stanca* i professionisti più scrupolosi.

⁷⁹ Sul punto, CERADINI, in *op.cit.* “Senza minimamente voler avallare comportamenti men che diligenti nell'adempimento delle funzioni di attestazione, delicatissime e centrali, sempre più, nei progetti di risanamento, non possiamo nascondere le difficoltà che comportano anche per il più preciso e attento dei professionisti, per tempi ed informazioni disponibili, valutazioni richieste, previsioni necessarie. Il quadro che emerge è quindi opprimente, e fa passare la voglia di attestare, ammesso che a qualcuno fosse rimasta”.

⁸⁰ BARACHINI, in *op. cit.* “Il rischio che si formi un fenomeno di selezione avversa dove i migliori professionisti si tengono alla larga da incarichi così rischiosi, è tutt'altro che infondato”.

⁸¹ Sul punto cfr. DI AMATO, in *op.cit.*, pag. 85 “L'esperienza giudiziaria sta, perciò, processando le procedure negoziate e il soggetto su cui si riversa questo giudizio negativo è spesso l'attestatore, ritenuto, a torto o a ragione, colui che con la sua asseverazione ha consentito l'abuso. È una reazione sbagliata, che l'abuso di cui si è detto spiega ma non giustifica. Nel momento in cui si fa di tutta l'erba un fascio, senza distinguere e tutelare l'attività di quei professionisti che elaborano l'attestazione a seguito di un percorso attento di verifiche e di valutazioni, si allontanano dallo svolgimento di una attività tanto delicata proprio i migliori ed i più seri”.

⁸² Che “attraverso le sue opere ricondusse tutte le varie manifestazioni del marasma morale del tempo al comune denominatore della stoltezza e le sferzò in una serie di scene proverbiale con versi di popolarissima fluidità”. Voce Murner Thomas, in *Enciclopedia Treccani*.

⁸³ MURNER., *Das Kind mit dem Bade ausschütten*, in *Doktor Murners Narrenbeschwörung*, GER. 1512.

UN DIALOGO IMMAGINARIO CON LA GIURISPRUDENZA TEDESCA SUI CONFINI DEL DOLO

In tema di omicidio e “soglia d’inibizione”

Massimiliano Dova

ABSTRACT

L'orientamento prevalente della giurisprudenza del Bundesgerichtshof tende a restringere i confini del dolo. In situazioni d'incertezza sull'effettivo accertamento della componente volitiva, il Bundesgerichtshof finisce spesso per negare la sussistenza del dolo (in dubio pro culpa), dando rilievo alla spontaneità, all'avventatezza, all'impeto o allo stato di alterazione emotiva del reo (c.d. teoria della soglia di inibizione – Hemmschwellentheorie). Alla luce della recente sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssen, la teoria della soglia d'inibizione sembra aver trovato accoglimento anche nell'ordinamento italiano.

SOMMARIO

1. L'accertamento del dolo d'omicidio nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*. – 2. La teoria della soglia d'inibizione. – 3. Le coordinate teoriche. – 4. Gli indicatori del dolo. – 5. Il confronto con la giurisprudenza italiana. – 6. La teoria della soglia d'inibizione è stata accolta anche dalle Sezioni unite?

1. L'accertamento del dolo d'omicidio nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*.

La sentenza in commento si inserisce nel solco di un indirizzo giurisprudenziale ormai da lungo tempo consolidato, che si caratterizza per una decisa riaffermazione della componente volitiva del dolo (eventuale).

L'orientamento prevalente della giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* tende a restringere l'area del dolo d'omicidio¹. Ad essere fermamente respinta è qualsiasi concezione normativo-oggettivistica, che inferisca la sussistenza del dolo dalla tipologia qualitativa e quantitativa del rischio innescato dal comportamento del reo. La Corte suprema tedesca, nel condividere una concezione psicologica del dolo che impone l'accertamento di stati mentali effettivi, richiede che sia provata, in modo rigoroso, la componente volitiva, attraverso un'analitica valutazione di tutti gli indicatori del dolo².

In situazioni d'incertezza sull'effettivo accertamento della componente volitiva, il *Bundesgerichtshof* finisce spesso per negare la sussistenza del dolo (*in dubio pro culpa*), dando rilievo alla spontaneità, all'avventatezza, all'impeto o allo stato di alterazione emotiva del reo³. Per giungere a questa conclusione, la giurisprudenza tedesca fa ricorso alla c.d. teoria della soglia di inibizione (*Hemmschwellentheorie*), la quale dà specifico rilievo agli aspetti appena menzionati.

Anche quando si trova a giudicare, come nel caso di specie, situazioni di fatto nelle quali la condotta estremamente violenta e pericolosa del reo sembra suggerire un rimprovero a titolo di dolo⁴, il *Bundesgerichtshof* ritiene che ciò non sia sufficiente per ritenere provato il dolo (eventuale): ad essere necessaria in questi casi è un accertamento rigoroso della componente volitiva.

2. La teoria della soglia d'inibizione.

La giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* degli ultimi trent'anni ha frequentemente negato che fosse stata raggiunta la prova del dolo eventuale ogni qual volta il reo, in stato di alterazione emotiva, derivante da rabbia, umiliazione, disperazione (alterazione emotiva favorita talvolta anche dall'effetto di sostanze alcoliche), ha aggredito, in modo spontaneo o avventato, la vittima con estrema violenza: con calci al torace e alla testa di un bambino di tre mesi; con 23 colpi di martello al collo e alla nuca; con cinque colpi di coltello accompagnati dalle parole "cane, ti uccido"; con un colpo con la mano al collo e altri due colpi con un candelabro di ghisa di 3,5 kg alla nuca di una signora di 84 anni; con calci in faccia e al collo; con un colpo di coltello al torace⁵; con quattro colpi alla fronte e un colpo a mano tesa tra la tempia e la regione

¹ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, C.H. Beck, München, 2006, p. 473, il quale osserva che «mentre in dottrina la componente volitiva del dolo viene sempre più contrastata, la giurisprudenza più recente mostra un'opposta tendenza: il dolo viene negato per mancanza del "volere" anche quando il reo ha riconosciuto la rilevante pericolosità della propria condotta e ha lasciato andare le cose per il loro verso» (trad.it. a cura dell'A.).

² Sul punto v. G. STEINBERG, F. STAM, *Der Tötungsvorsatz in der Revision des BGH*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2011, p. 177 ss., p. 178; in tema di indicatori del dolo, cfr. W. HASSEMER, *Charakteristische des dolo*, in *Ind. pen.*, 1991, p. 481 ss., in particolare p. 501 ss. L'Autore indica numerosi dati rilevanti nell'accertamento del dolo in relazione a tre differenti livelli: a) pericolosità oggettiva; b) rappresentazione del pericolo (livello cognitivo); c) decisione per la realizzazione del pericolo riconosciuto.

³ Cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 475; sul punto v. D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 22 ss., p. 30, il quale rileva, invece, che «la definizione generale del dolo non dà rilievo a profili emozionali o affettivi»; l'A. aggiunge che «elementi emozionali sono estranei alla struttura tipica del dolo: in via generale non valgono (non servono) a fondare il dolo, né valgono ad escluderlo».

⁴ I. PUPPE, sub § 15, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch*, Baden-Baden, 2013, Rn. 95, la quale osserva in senso critico che «la dottrina del dolo della giurisprudenza è una dottrina del dolo d'omicidio in stato di alterazione emotiva e, come tale, soprattutto una dottrina per evitare il dolo» («dass die Vorsatzdoktrin der Rechtsprechung eine Affekttötungsvorsatzdoktrin ist und als solche vor allen Dingen eine Vorsatzvermeidendoktrin»).

⁵ I casi sono riferiti da C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 474, al quale si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche.

occipitale di un bambino di 15 mesi (il reo era un lottatore di Karate)⁶.

Tra i numerosi casi appena menzionati, quest'ultimo merita di essere approfondito in modo particolare, perché traccia le coordinate fondamentali della teoria della soglia d'inibizione alla quale la Corte suprema tedesca dà rilievo determinante per accertare il dolo (eventuale).

Vale la pena di ricostruire la vicenda che ha dato origine all'intervento del *Bundesgerichtshof* nel 1987. Secondo la ricostruzione svolta dal *Landgericht*, l'imputato, che all'epoca dei fatti (1986) aveva due figli di tre e sei anni, viene descritto come «un padre affettuoso e comprensivo» (*ein "zärtlicher, einfühlsamer" Vater*), che si rifiuta di utilizzare la violenza fisica come strumento educativo (*körperliche Züchtigungen als Erziehungsmittel ablehnte*). La sera in cui ha commesso il fatto, l'imputato, come già aveva fatto in altre precedenti occasioni, si prende cura del figlio di 15 mesi della sua compagna: lo lava, lo veste lo mette a letto, dopo aver messo a letto anche i suoi due figli. Irritato dalle continue urla del bambino, l'imputato lo colpisce almeno quattro volte alla fronte (non è stato tuttavia possibile chiarire se l'imputato lo abbia fatto con il pugno oppure facendogli picchiare la testa contro una superficie dura). Dopo aver cercato di far calmare il pianto e le urla del bambino dandogli da mangiare, l'imputato (un allenato lottatore di Karate) lo colpisce con la mano tesa, in modo spontaneo e avventato, tra la tempia e la regione occipitale, causandone la morte.

La condanna per omicidio volontario (ad otto anni di reclusione) pronunciata dal *Landgericht* di Mannheim viene annullata dal *Bundesgerichtshof*, che ritiene non sia stato correttamente accertato il dolo⁷.

Secondo il giudice di merito, l'imputato, pur avendo agito in stato di alterazione emotiva (*in affektiver Erregung*), era consapevole della pericolosità della sua condotta per la vita del bambino. Pur ritenendo che la morte del bambino fosse una possibile conseguenza della sua azione, l'imputato ha agito comunque, accettando così la verifica dell'evento, anche se lo scopo perseguito non era quello di cagionare la morte del bambino⁸.

Secondo il *Bundesgerichtshof* il giudice di merito non ha correttamente accertato il dolo eventuale, poiché ha dedotto l'accettazione dell'evento esclusivamente dalla componente rappresentativa, senza esaminare le caratteristiche del caso concreto.

Dopo aver brevemente tratteggiato le coordinate teoriche sul dolo eventuale e aver enunciato la teoria della soglia di inibizione – su entrambi gli aspetti si tornerà più avanti – il *Bundesgerichtshof* ritiene che la componente volitiva del dolo eventuale possa, in questo caso, essere confutata sulla base di diversi elementi fattuali: a) il comportamento dell'imputato nei confronti dei figli non era mai stato violento; b) prima della commissione del fatto l'imputato era sempre stato premuroso nei confronti della vittima; c) anche la sera in cui ha commesso il fatto, l'imputato ha lavato, vestito e dato da mangiare al bambino; d) l'imputato ha agito in modo spontaneo e irreflesso dovuto al suo stato di alterazione emotiva; e) subito dopo la commissione del fatto, l'imputato ha messo in atto maldestri tentativi per rianimare la vittima.

Questo percorso logico-motivazionale in relazione all'accertamento del dolo ha trovato ampio accoglimento in casi più recenti, che consentono di comprendere a fondo la breve motivazione della Corte suprema tedesca nella sentenza qui annotata.

⁶ In questo caso (BGH, 25 novembre 1987 - 3 StR 449/87, in *Strafverteidiger*, 1988, p. 328) il *Bundesgerichtshof* ha annullato la sentenza di merito, poiché il *Landgericht* non aveva fatto i conti con la soglia di inibizione dinanzi alla commissione di un omicidio e non aveva tenuto conto della personalità del reo in relazione alle specifiche caratteristiche del caso concreto («Es hat aber weder bedacht, daß vor der Billigung des Todes eine erhöhte Hemmschwelle liegt, noch hat es in seine Erwägungen die Persönlichkeit des Angeklagten und die konkreten Besonderheiten der Tat einbezogen»). Sul punto C. ROXIN, *Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr*, in K. ROGALL, I. PUPPE, U. STEIN, J. WOLTER (a cura di), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag*, Neuwied, 2004, p. 243 ss., p. 249, il quale condivide la necessità di tenere in considerazione tutti questi elementi. In senso critico v. I. PUPPE, *Begriffskonzeptionen des dolus eventualis*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2006, p. 65 ss., p. 76 ss., in particolare p. 78. L'autrice ritiene che tali fattori devono essere tenuti in considerazione come elementi di commisurazione della pena in base alla colpevolezza ai sensi del § 46 StGB: «Allgemeine Schuldzumessungsgründe, insbesondere Schuldumilderungsgründe, gehören, entgegen Roxin, nicht zum Vorsatz, sondern zur Schuldzumessung nach § 46 StGB».

⁷ Per un più recente caso analogo v. BGH, 1 giugno 2007 - 2 StR 133/07, in *juris.bundesgerichtshof.de*, nel quale il *Bundesgerichtshof* ha annullato la sentenza di merito, che aveva condannato per omicidio volontario una madre sola di quattro bambini che, a seguito delle continue urla di uno dei figli di poco meno di un anno, lo scuote tanto violentemente da causarne la morte.

⁸ Non trattandosi della traduzione letterale, si riporta qui di seguito il passaggio della sentenza di merito così come citato dal *Bundesgerichtshof* (BGH, 25 novembre 1987 - 3 StR 449/87, cit.): «Hat aber der Angeklagte mit diesem Wissensstand wuchtig mit der Handkante zugeschlagen, dann war er in diesem Augenblick mit dem für möglich gehaltenen Tode des Kleinen auch einverstanden, auch wenn ihm eine solche Willensrichtung sonst ferngelegen hat».

Bundesgerichtshof, 23 giugno 2009-1 StR 191/09⁹

Durante una festa in casa l'imputato, sotto l'effetto di sostanze alcoliche, inizia ad assumere un comportamento fisicamente e verbalmente aggressivo nei confronti della vittima. Dopo essere caduto su un tavolo di vetro a causa di una spinta ricevuta dalla vittima, l'imputato raccoglie un frammento di vetro lungo diversi centimetri e, per vendicarsi dell'umiliazione subita, colpisce la vittima al collo. A causa della ferita profonda 10 cm., dalla quale deriva un'abbondante emorragia, la vittima muore nei successivi cinque minuti.

Bundesgerichtshof, 28 febbraio 2013-4 StR 357/12¹⁰

A seguito di un diverbio e di uno scambio di spinte tra due gruppi contrapposti, l'imputato colpisce violentemente (3 kgf) la vittima con un coltello dalla lama di 14 cm. La ferita al polmone e al pericardio (profonda circa 17 cm.) determina la morte della vittima (accertata in ospedale poche ore più tardi, nonostante i tentativi di rianimazione).

In entrambi i casi il *Bundesgerichtshof*, nel confermare la condanna per lesioni personali aggravate dalla morte (§ 227-Körperverletzung mit Todesfolge), ha escluso la sussistenza del dolo eventuale di omicidio.

Nel primo caso, i giudici tedeschi ritengono che l'imputato, in ragione della particolare violenza e pericolosità della condotta (colpo inferto con forza in una zona vitale), avesse messo in conto la possibilità di uccidere la vittima. Tale considerazione viene, tuttavia, confutata dalla presenza di elementi fattuali particolarmente rilevanti.

Il *Bundesgerichtshof* dà rilievo al fatto, sia pure ritenuto di carattere ambivalente dalla stessa sentenza, che il reo avesse agito con rabbia e in modo spontaneo e irreflesso a causa dell'umiliazione subita (caduta sul tavolo). Una reazione spontanea e irreflessa che era stata sì favorita dall'assunzione di sostanze alcoliche, ma non in modo tale da escludere l'imputabilità («*Schuldfähigkeit*»).

In effetti, proprio laddove la condotta del reo è dettata da un'incontrollata reazione d'impeto racchiusa in una (più o meno) breve parentesi temporale, pare difficile ritenere che il reo abbia voluto realizzare l'evento. In quel breve intervallo temporale non sembra esserci margine

⁹ BGH, 23 giugno 2009 - 1 StR 191/09, in *juris.bundesgerichtshof.de*; analogamente BGH, 20 giugno 2012 - 5 StR 514/11, in *juris.bundesgerichtshof.de*. Si tratta di un caso in cui gli imputati, sotto l'effetto di sostanze alcoliche e dopo aver litigato con la vittima, versano della sostanza infiammabile sulla vittima e accendono il fuoco con un accendino. Con stupore osservano che i vestiti della vittima prendono rapidamente fuoco. Prima cercano di spegnerlo a mani nude e poi utilizzano dell'acqua. Spentosi il fuoco, gli imputati chiamano i soccorsi. La vittima, a distanza di poco più di un mese, muore in ospedale a causa delle ustioni di terzo grado che coprono il 60% circa della superficie corporea. Il *Bundesgerichtshof* conferma la sentenza di merito, che aveva escluso il dolo eventuale, condannando gli imputati per lesioni personali con conseguenze mortali (§ 227 StGB). Nello stesso senso BGH, 10 dicembre 2002 - 4 StR 370/02, in *Strafverteidiger*, 2004, p. 74 s. Questi i fatti giudicati in quest'ultima pronuncia: nell'intento di dare una bella lezione a W. e di rapinarlo, A. colpisce la vittima con un pugno al volto, a causa del quale la vittima cade a terra. A questo punto, B. colpisce violentemente W. con un calcio in pancia. Dopo avergli intimato di smettere, A. impedisce a B. di colpire nuovamente la vittima. Mentre gli altri due imputati C. e D. cercano il denaro, B. colpisce violentemente la vittima, nello stesso punto, con un secondo calcio dall'alto verso il basso. Infine, prima di allontanarsi C., infastidito dal fatto che la vittima non avesse denaro, colpisce con un calcio la W. sul fianco sinistro. Nonostante l'intervento chirurgico, la vittima decede tre giorni più tardi. In ragione della violenza e della brutalità impiegata, il *Landesgericht* ritiene che gli imputati B. e C., nel mostrarsi indifferenti rispetto al possibile esito fatale della loro aggressione, abbiano agito con dolo eventuale. In senso contrario il *Bundesgerichtshof* esclude il dolo eventuale, facendo appello alla teoria della soglia di inibizione. Nello stesso senso anche BGH, 8 maggio 2008 - 3 StR 142/08, in *juris.bundesgerichtshof.de*, che riguarda un caso di omicidio cagionato con sei colpi di spranga di ferro di 75 cm. e dal peso di circa 1 kg. In questo caso il *Bundesgerichtshof* ha annullato la sentenza di merito, che aveva condannato l'imputato per assassinio (*Mord*), rinviando al giudice di merito per una nuova valutazione. Più di recente in tal senso v. anche BGH, 27 agosto 2013 - 2 StR 148/13, in *juris.bundesgerichtshof.de* Sul punto v. anche G. STEINBERG, *Indizwert einer höchst lebensgefährlichen Tathandlung für den Tötungsvorsatz*, in *Juristen Zeitung*, 2010, p. 712 ss.

¹⁰ BGH, 28 febbraio 2013 - 4 StR 357/12, cit., p. 538 ss.; analogamente sia in relazione ai fatti, sia per quanto riguarda l'esclusione del dolo eventuale v. BGH, 18 gennaio 2007 - 4 StR 489/06, in *juris.bundesgerichtshof.de*; nello stesso senso v. anche BGH, 20 settembre 2005 - 3 StR 324/05, in *juris.bundesgerichtshof.de*; in quest'ultimo caso si trattava di tre ferite al torace causate da un'aggressione con un coltello.

per una valutazione razionale delle possibili conseguenze del proprio gesto¹¹; non sembrano trovare spazio né accettazione, né valutazione, né bilanciamento che possano farci ritenere che il reo abbia voluto cagionare la morte della vittima, poiché manca, in ultima analisi, qualsiasi margine di scelta da parte del reo¹².

Comunque si voglia definire il surrogato della volontà nel dolo eventuale e a meno di non volerlo trasformare in un'endiadi della rappresentazione circa la possibile¹³ verifica dell'evento, è indispensabile che vi sia spazio per una decisione consapevole. Accanto alla scelta d'azione contro il bene giuridico vi deve essere spazio per una libera scelta di realizzare l'evento che, in questi casi, sembra invece essere assente, quando ci si trova dinanzi ad un reo emotivamente alterato che agisce al di là di qualsiasi calcolo razionale tra il costo (eventuale) della propria azione e il perseguimento del proprio obiettivo.

Sia pure in relazione ad un contesto decisamente diverso, ma in ogni caso utile a mettere in rilievo un aspetto che prescinde dalle concrete modalità di aggressione al bene giuridico, vale la pena di tenere in considerazione anche le conclusioni del consulente tecnico del p.m. nel caso Lucidi¹⁴, il quale osserva che il «tempo intercorso tra percezione e “botto”, eventi separati da un battito di ciglia» costituisce «un tempo incompatibile con quel quid di cosciente, con quella decisione di “rischiare” che è necessario intestare all'imputato per poter, poi, a lui riferire l'omicidio a titolo di dolo eventuale».

Come è stato osservato in termini generali, il reo «quando ha agito nella furia degli eventi non ha pensato. Ha pensato il giudice al posto suo, da uomo normale e razionale»¹⁵. La razionalizzazione finisce così per avvenire a posteriori e utilizzare la condotta come esclusivo punto di riferimento¹⁶, per concludere che il reo, apparendo indifferente e insensibile rispetto al bene tutelato, ha agito accettando il costo che l'evento si verificasse. Una razionalizzazione a posteriori è in qualche misura sempre riconnessa al ragionamento del giudice che, attraverso massime di esperienza, procede di norma «ad una estensione analogica al caso individuale dell'*id quod plerumque accidit*»¹⁷. Tuttavia, in questi casi, «il costo» rappresentato dell'evento è completamente estraneo alla valutazione di un reo emotivamente alterato che, al di là delle modalità di condotta e dei mezzi impiegati, agisce d'impulso, senza aver un momento per riflettere sulle conseguenze della sua condotta e, al contempo, volerle.

Tornando agli argomenti utilizzati dal *Bundesgerichtshof*, il terzo indicatore al quale si fa riferimento per escludere il dolo eventuale è rappresentato dalla circostanza che il reo, oltre

¹¹ Cfr. F. CARRARA, *Lezioni sul grado nella forza fisica del delitto*, Lucca, 1863, p. 22 ss. Sia pure in relazione al tentativo, Carrara osservava: «Quando però all'agente mancò l'intervallo di tempo per deliberare, e la calma per calcolare le conseguenze degli atti cui si spingeva, negasi dalla comune dei criminalisti potersi applicare la nozione del tentativo. E la ragione è piuttosto psicologica, che giuridica. Giuridicamente si ha l'elemento morale del tentativo di un delitto, tostochè si suppone la intenzione diretta ad eseguirlo. Ma psicologicamente si nega che ad un animo agitato da veemente passione possa attribuirsi, nelle istantanee sue risoluzioni, una volontà finitamente diretta a fine diverso da quello ottenuto. La passione toglie lucidità dell'intelletto. La rapidità dell'azione non dà agio a calcolare. Si agisce per isfogo dell'affetto che ci commove, senza riflettere cosa avverrà da ciò che facciamo. In una parola la distinzione fra atto assunto come mezzo, e effetto voluto come fine, implica un ragionamento, che non è compatibile con l'animo acciecatto della passione istantanea. L'uomo adirato o impaurito che dà di piglio all'arma somministratagli dal furore, o dalla paura, vibra colpi per isfogo del sentimento che l'agita: ferisce per ferire; non pensa alla morte del suo nemico; o se questa idea gli balena nel pensiero, non vi balena come un effetto che assolutamente si voglia da lui conseguire». E ancora l'Illustre Autore aggiunge che «gli atti esterni dell'uomo infuriato essendo d'ordinario irrazionali, e scevri di calcolo, non potrà da questi argomentarsi con sicurezza che in un dato caso nel ferimento si vede piuttosto un mezzo che un fine».

¹² Cfr. S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 35 ss.

¹³ Già di per sé la rappresentazione circa il possibile verificarsi dell'evento ha una scarsissima capacità selettiva. Come possibile ci si può rappresentare quasi tutto. Anche se si affianca l'aggettivo possibile con qualche avverbio (concretamente, seriamente, ecc.), non sembra che si definiscano confini più stringenti ad un concetto, come quello di possibilità, che è una «scatola vuota» priva di qualsiasi aggancio empirico. Si potrà dire che un evento è più o meno probabile – ed allora il problema si sposta sulla individuazione della soglia di probabilità – ma la possibilità è una nozione che può essere liberamente riempita dall'interprete attraverso considerazioni di fatto insindacabili.

¹⁴ Cass., 18 febbraio 2010, n. 11222, in *Foro it.*, 2010, II, c. 307. In questo caso l'imputato, senza patente, a bordo di un'auto di grossa cilindrata, attraversa ad alta velocità un incrocio semaforico con il semaforo rosso, investendo due persone a bordo di un motociclo e provocandone la morte. Mentre il Tribunale di Roma aveva condannato per omicidio volontario commesso con dolo eventuale, la Corte di cassazione ha ritenuto che si trattasse di omicidio colposo aggravato dalla previsione dell'evento.

¹⁵ F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 463 ss., p. 491 e 493. L'A. aggiunge che «il dolo eventuale – i come fatto psichico reale – richiede un ragionamento complesso psico-logico (percezione delle informazioni, elaborazione delle stesse, calcolo delle probabilità dell'evento, deliberazione dei pro e i contro, decisione di correre il rischio e di accettare l'evento) che è inimmaginabile possa avvenire in una frazione di tempo. Mancano i tempi tecnici» (p. 507).

¹⁶ Cfr. F. CARRARA, op. cit., p. 24, il quale osservava che «dagli atti si può argomentare la volontà dell'uomo che ragiona: ma nell'uomo che non ragiona cotesto criterio è fallace. Il giudice quando lo adopera è a sangue freddo: e dalle previsioni che egli in questo stato egli forma, argomenta le previsioni dell'uomo tratto fuori di sé. Ma tale imprestito delle proprie previsioni è logicamente vizioso, perché procede sulla equiparazione di due posizioni difformi; e riuscendo il più delle volte fallace, converte le sentenze in voli pindarici».

¹⁷ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, p. 326.

a essere sconvolto per l'accaduto, avesse cercato di salvare la vittima, provando a fermare l'emorragia con un asciugamano e insistendo in modo perseverante affinché il medico arrivato sul posto mettesse comunque in atto ogni tentativo per rianimare la vittima, pur avendone già constatato il decesso.

Alla luce di tali circostanze di fatto, i giudici tedeschi escludono (*in dubio pro culpa*) che il reo avesse approvato (*gebilligt*) la verifica dell'evento morte, pur essendosi rappresentato la possibilità che un violento colpo al collo con un pezzo di vetro avrebbe potuto avere conseguenze mortali.

Nel secondo caso, sia il giudice di merito che la corte di legittimità hanno dato un peso determinante a elementi che, sia pure dinanzi alle concrete modalità di aggressione, portano a respingere la sussistenza della componente volitiva del dolo: a) il fatto che si trattasse di una sola coltellata inferta in modo spontaneo, irriflesso ed in stato di alterazione emotiva (*angeheitzter Stimmung*); b) l'incertezza sul fatto che il colpo fosse diretto al cuore; c) la mancanza di motivi da parte del reo per voler uccidere la vittima; d) la presenza di testimoni che non potevano far ritenere al reo che la sua azione passasse inosservata; e) lo choc del reo una volta resosi conto di ciò che aveva commesso.

Oltre a quelli appena analizzati, vi è un terzo caso che, a differenza dei primi due, sembra avvicinarsi maggiormente all'ambito nel quale la giurisprudenza italiana è abituata a indagare i confini del dolo.

Bundesgerichtshof, 4 febbraio 2010, 4 StR 394/09¹⁸

Verso le 22.45, l'imputato decide di dare fuoco alla casa in affitto nella quale viveva, fino a qualche tempo prima, insieme alla moglie. L'appartamento dell'imputato si trova al primo di un immobile di due piani, nel quale abitano altre quattro famiglie. Il reo, dopo aver cosperso tre stanze con 28 litri di benzina ed aver acceso il fuoco, assiste con suo stesso stupore ad una deflagrazione prodotta dalla miscela aria-benziana, che abbatte la facciata della casa e permette all'incendio di propagarsi fino al tetto. Mentre i vicini del piano terra riescono a fuggire in tempo dalla casa, la vicina di casa dell'imputato la cui abitazione si trova al secondo piano (in corrispondenza di quella incendiata), non avendo a disposizione alcuna via di fuga, muore a causa delle esalazioni.

Il *Bundesgerichtshof* ha confermato la condanna del *Landgericht* per incendio aggravato dall'evento morte (*Brandstiftung mit Todesfolge*—§ 306c StGB). Anche in questo caso sia il giudice di merito, sia quello di legittimità hanno escluso la sussistenza del dolo eventuale d'omicidio. Il *Bundesgerichtshof*, adito su ricorso della pubblica accusa (*Staatsanwaltschaft*) in relazione alla sussistenza del dolo eventuale, ribadisce che ci sono casi nei quali il reo, pur conoscendo tutte le circostanze che rendono la sua condotta pericolosa per la vita altrui, non è tuttavia consapevole che possa verificarsi la morte della vittima. Per ritenere sussistente l'approvazione dell'evento morte da parte del reo è necessario un esame accurato del caso concreto, stante l'elevata soglia di inibizione che ogni persona normalmente possiede rispetto all'uccisione di un uomo.

Anche in questo caso l'obiettivo pericolosità dell'azione e la rappresentazione dell'evento come possibile non vengono ritenuti sufficienti per affermare il dolo eventuale. L'imputato aveva pianificato l'incendio, decidendo di cospargere un considerevole quantitativo di carburante in più punti. Non solo, l'obiettivo pericolosità del suo comportamento per la vita dei vicini era aumentata dal fatto che l'incendio fosse stato appiccato in orario notturno. Ciò nonostante, il *Bundesgerichtshof* prende in considerazione due elementi per escludere la componente volitiva. Da un lato, viene dato rilievo all'alterazione emotiva del reo, la cui volontà era quella di distruggere l'ambiente di vita che aveva in precedenza condiviso con la moglie. Dall'altro lato, è stata rilevata la mancanza di motivi del reo per voler uccidere la vicina di casa. In tal senso la Corte osserva che il combustibile non era stato versato nelle immediate vicinanze delle vie di fuga.

¹⁸ BGH, 4 febbraio 2010 - 4 StR 394/09, in *juris.bundesgerichtshof.de*; per un caso molto simile nel quale si giunge alle medesime conclusioni v. anche BGH, 22 novembre 2001 - 1 StR 369/01, in *juris.bundesgerichtshof.de*.

3.

Le coordinate teoriche.

Prima di ricostruire le coordinate teoriche del dolo eventuale alle quali la Corte suprema tedesca fa costantemente riferimento, sembra opportuno svolgere una precisazione preliminare.

Leggendo i casi analizzati dal *Bundesgerichtshof* potrebbe sorgere il dubbio che le questioni risolte sul piano del dolo eventuale, possano (o debbano) essere, invece, analizzate attentamente sul piano dell'imputabilità, trattandosi di ipotesi nelle quali il reo ha agito in stato di alterazione emotiva (anche dovuta all'assunzione di sostanze alcoliche). Senza voler entrare qui in un tema tanto complesso e delicato come quello concernente i rapporti tra imputabilità e colpevolezza, vale la pena precisare che, nel sistema tedesco, lo stato di alterazione emotiva, quando non incide sull'imputabilità, si riflette sull'accertamento del dolo eventuale. Come è stato autorevolmente rilevato «questa è una terza forma di efficacia dello stato emotivo, che può verificarsi quando un intenso stato emotivo non raggiunge la soglia dei §§ 20, 21»¹⁹ (si tratta delle norme che disciplinano l'imputabilità nel Codice penale tedesco, analogamente a quanto previsto negli artt. 85 ss. c.p.²⁰). Gli spazi entro i quali la giurisprudenza tedesca dà rilievo, sul piano dell'imputabilità, agli stati emotivi sono assai ristretti, in ragione di esigenze di prevenzione generale²¹. Pur non essendo oggetto di analisi specifica in questa sede, si osserva che l'incidenza sull'imputabilità degli stati emotivi in Germania non sembra essere diversa da quella segnata dalla preclusione presente nell'ordinamento italiano (art. 90 c.p.), anche riletta a seguito dell'importante pronuncia del 2005 delle Sezioni unite²². Ad essere semmai diverso è il rilievo attribuito allo stato emotivo del reo in sede di accertamento del dolo (eventuale), poiché questa «terza forma di rilevanza» dell'emotività è stata utilizzata dal giudice italiano, almeno fino al recente intervento delle Sezioni unite²³, esattamente in senso opposto, ossia come indicatore positivo del dolo eventuale. In tal senso la teoria della soglia di inibizione non si pone sul piano dell'imputabilità, bensì su un piano diverso: la distinzione tra diversi criteri d'imputazione soggettiva.

Per accertare se nel caso di specie il giudice di merito abbia correttamente accertato il dolo eventuale, senza incorrere in contraddizioni o errori di apprezzamento e prendendo in considerazione tutti gli indicatori del dolo, il *Bundesgerichtshof* svolge alcune premesse teoriche. A tal proposito, è necessario riportare testualmente le formule tratte utilizzate dalla giurisprudenza costante della Corte suprema tedesca per definire i confini del dolo eventuale. Il perimetro del dolo eventuale viene fissato attraverso il confronto con la colpa cosciente. E ciò anche se la distinzione non viene fatta con l'omicidio colposo, bensì con un reato aggravato dall'evento morte, come il § 227 StGB (lesioni personali con conseguenze mortali). In questi casi, infatti, l'evento deve essere, per espressa previsione legislativa (§ 18 StGB), rimproverabile al soggetto agente quanto meno a titolo di colpa. Pur trattandosi di un'aggressione di base dolosa, la rimproverabilità dell'evento morte sarà, comunque, al confine tra dolo (eventuale) – nel qual caso verranno in rilievo i §§ 211 e 212 StGB (assassinio e omicidio)²⁴ – e colpa

¹⁹ Sul punto v. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 891 ss., in particolare 896: «Der Affekt kann außer der Wirkungen nach §§ 20, 21 auch di Folge haben, dass der Vorsatz hinsichtlich eines bestimmten Tatbestandsmerkmal oder auch der dolus eventualis ausgeschlossen ist. Dies ist dann eine dritte Form des Affektwirkung, die eintreten kann, wenn ein hochgradiger Affekt die Schwelle der §§ 20, 21 nicht erreicht». Il § 20 stabilisce che «Agisce senza colpevolezza chi, nel commettere il fatto, è incapace di valutare l'illiceità o di comportarsi secondo tale valutazione a causa di un disturbo della coscienza o di deficienza mentale o di un'altra grave anomalia mentale»; il § 21 prevede: «Se la capacità dell'autore di valutare l'illiceità del fatto o di comportarsi secondo tale valutazione è sensibilmente ridotta al momento della commissione del fatto a causa di uno dei motivi indicati nel § 20, la pena può essere diminuita ai sensi del § 49 co. 1°». Vale la pena precisare che il § 21 non descrive una forma autonoma di semi-incapacità di colpevolezza, bensì un'ipotesi di capacità di colpevolezza ridotta. Sul punto v. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 902.

²⁰ Sul confronto tra disciplina italiana e tedesca dell'imputabilità nella letteratura italiana v. G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, p. 319 ss.

²¹ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 893.

²² Cass., Sez. unite, 25 gennaio 2005, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 394 ss.

²³ Cass., sez. Unite, 24 aprile - 18 settembre 2014, n. 38343, in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014. Sul punto v. A. AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2014.

²⁴ Si riporta qui il testo delle due fattispecie, così come tradotto in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale tedesco*, Padova, 2003, p. 251: § 211. Assassinio. (1) L'assassinio è punito con la pena detentiva a vita. (2) È assassino colui che per desiderio di uccidere, per la soddisfazione di un istinto sessuale, per avidità od altrimenti per bassi motivi, perfidamente o crudelmente o con mezzi di comune pericolo, oppure per rendere possibile od occultare un altro reato, uccide un uomo. § 212. Omicidio. (1) Chiunque uccide un uomo senza essere un assassino viene punito in qualità di omicida con la pena detentiva non inferiore a cinque anni. (2) Nei casi particolarmente gravi dev'essere inflitta la condanna alla pena detentiva a vita.

(cosciente) – caso in cui si applicherà invece il § 227 StGB.

L'iter argomentativo seguito dal *Bundesgerichtshof* parte, quindi, dalla distinzione teorica tra dolo eventuale e colpa cosciente. Anche se di norma la colpa cosciente sembra costituire – almeno nei casi in cui inizialmente la contestazione è per omicidio volontario – una categoria residuale, che si ricava per sottrazione, dopo aver identificato i limiti del dolo eventuale, si ritiene più opportuno anticipare, in questa sede, la sintetica definizione giurisprudenziale di colpa cosciente, per focalizzare poi l'attenzione sul dolo eventuale.

Secondo le definizioni elaborate dall'ormai consolidata giurisprudenza tedesca²⁵, «vi è colpa cosciente quando il reo non si rassegna alla possibile realizzazione della fattispecie e confida seriamente – non solo in modo vago – nel fatto che l'evento non si verificherà».

«Il dolo eventuale presuppone [invece] che il reo riconosca come possibile e non del tutto improbabile la verificazione dell'evento tipico, e che egli ne approvi la verificazione [la metta in conto approvandola] o vi si rassegni, per perseguire lo scopo desiderato. Poiché dolo eventuale e colpa cosciente si trovano in un territorio di confine l'uno stretto all'altra, nell'ipotizzare il dolo eventuale devono essere ampiamente provate ed eventualmente dimostrate, attraverso accertamenti di fatto, entrambe le componenti dell'elemento psicologico, quindi sia la componente conoscitiva sia quella volitiva».

Poco importa che l'evento sia indesiderato per il reo. Ciò è confermato da quello che è stato definito il leading case in tema di dolo eventuale: il caso della cintura di cuoio (*Lederrimenfall*) del 1955 (il quale peraltro è proprio in tema di omicidio)²⁶. Il *Bundesgerichtshof* ha affermato che accettare l'evento non significa che quest'ultimo deve corrispondere ai desideri del reo. «Può sussistere dolo eventuale anche quando la verificazione dell'evento è indesiderata per il reo. Sul piano normativo il reo approva comunque l'evento, se, per perseguire l'obiettivo voluto, e non potendo raggiungerlo altrimenti, mette in conto che la sua azione possa causare l'evento indesiderato, e con ciò il reo vuole, nel caso concreto, la sua verificazione»²⁷.

4.

Gli indicatori del dolo.

A questo quadro teorico, che è del tutto assimilabile a quello che fa da sfondo alla giurisprudenza italiana, si sovrappongono problemi che hanno a che fare con la prova del dolo²⁸. Del resto non potrebbe essere diversamente: la prova dei fatti psichici, non potendo essere diretta, deve essere necessariamente dedotta da elementi oggettivi.

Più che di tipo teorico le incertezze della prassi sul dolo eventuale sono legate a problemi

²⁵ Queste premesse sono condivise dalla giurisprudenza costante. Solo per citare alcune delle più recenti e al contempo più interessanti pronunce: BGH, 20 settembre 2012 - 3 StR 140/12, in *Juristische Arbeitsblätter*, 2013, p. 152 ss., nella quale il *Bundesgerichtshof* ha escluso la sussistenza del dolo d'omicidio in forma tentata in un caso in cui il reo, sotto l'influsso di sostanze alcoliche, aveva inflitto alla vittima 13 coltellate alla schiena della vittima (con lama di 7 cm.); negli stessi termini, oltre alle sentenze indicate dalla Corte nel passaggio citato, cfr. BGH, 16 maggio 2013 - 3 StR 45/13, in *juris.bundesgerichtshof.de*; BGH, 20 settembre 2012 - 3 StR 158/12, in *juris.bundesgerichtshof.de*; BGH, 20 settembre 2012 - 3 StR 158/12, in *juris.bundesgerichtshof.de*; BGH, 28 gennaio 2010 - 3 StR 533/09, in *NStZ-RR* 2010, 144, 145; BGH, 22 marzo 2012 - 4 StR 558/11, *NJW* 2012, 1524, 1525; BGH, 23 febbraio 2012 - 4 StR 608/11, in *NStZ* 2012, 443, 444; BGH, 4 febbraio 2010 - 4 StR 394/09, in *juris.bundesgerichtshof.de*; BGH, 27 Agosto 2009 - 3 StR 246/09, *NStZ-RR* 2009, 372; BGH, 23.4.2003 - 2 StR 52/03, in *StV*, 2004, p. 75; sul punto v. J. VOGEL, sub § 15, in G. LAUFHÜTTE, RISSING-VAN SAAN, TIEDEMANN, *Leipziger Kommentar StGB*, Berlin, 2007, p. 1034 ss., p. 1034 ss.; C. ROXIN, Über den «Dolus eventualis», in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 1201 ss., il quale parla di dolo eventuale come «decisione per la possibile lesione del bene giuridico».

²⁶ C. ROXIN, Über, cit., p. 1204; Id., *Strafrecht*, cit., p. 445 ss. Il caso viene utilizzato dall'Autore per tracciare la distinzione tra omicidio commesso con dolo eventuale e omicidio colposo (§ 222 StGB).

²⁷ BGH, 22.4.1955 - 5 StR 35/55 (trad.it. a cura dell'A.). I due imputati vogliono rapinare un loro conoscente. Inizialmente decidono di utilizzare una cintura per fargli perdere conoscenza e poi sottrargli i beni. Consapevoli del fatto che in tal modo avrebbero potuto cagionare la morte della vittima, che rappresenta una conseguenza a loro indesiderata, decidono di abbandonare questo piano. Decidono così di utilizzare un sacco di sabbia per far perdere conoscenza alla vittima. Il sacco tuttavia si rompe e i due imputati decidono di utilizzare la cintura. In tal modo strozzano la vittima fino a quando quest'ultima non si muove più. A questo punto prendono i beni presenti nell'appartamento della vittima. Nel vedere che la vittima continuava a rimanere immobile, i due imputati pensano che la vittima sia morta. Dopo aver tentato di rianimarla, lasciano l'appartamento.

²⁸ Sia pure in relazione ad un ambito differente, cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 153 e s.; sul punto v. anche D. PULITANO, *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Società*, 2008, p. 902 ss., in particolare p. 904.

probatori o, più precisamente, alla gestione processuale delle formule teoriche²⁹. Non è sul piano teorico che il problema del dolo eventuale può trovare una soluzione, tanto meno quando il criterio distintivo è aggrappato ad «una formula buona per tutti gli usi»³⁰. La vaghezza delle formule fa da apripista ad un giudizio di accertamento che, essendo sganciato da dati di fatto in qualche modo verificabili, è rimesso in via esclusiva al ragionamento intuitivo. Ed allora il punto di riferimento dirimente non può che essere ricercato all'interno del «catalogo aperto» di indicatori del dolo: un piano difficile e insidioso perché, oltre a rendere scarsamente prevedibile la soluzione del caso concreto, finisce per aprire la strada a speculazioni su elementi fattuali che hanno in sé un carattere ambiguo e polisenso³¹.

A tal riguardo il *Bundesgerichtshof* ritiene che, «in caso di condotte violente estremamente pericolose, è evidente che il reo fa i conti con la possibilità che la vittima possa morire e – poiché egli nondimeno prosegue nella sua azione – mette in conto un tale evento. Per questo motivo, in tali casi, è di massima possibile trarre la conclusione che sussista il dolo eventuale, in ragione dell'obiettivo pericolosità della condotta del reo. A questo scopo c'è bisogno di una visione d'insieme di tutte le circostanze di fatto oggettive e soggettive del caso di specie, tra le quali sono soprattutto da includere l'oggettiva pericolosità della condotta, le modalità concrete di aggressione da parte del reo, le sue condizioni psichiche al momento della commissione del fatto e i suoi motivi»³².

Secondo l'orientamento maggioritario³³ del *Bundesgerichtshof*, al quale aderisce la sentenza in commento, «è comunque necessario effettuare una particolare e accurata verifica giudiziario-fattuale in considerazione dell'elevata soglia di inibizione per i delitti di omicidio». Ancora

²⁹ Di recente v. M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 70 ss. Sul punto v. G. MARINUCCI, *Finalismo, responsabilità obiettiva, oggetto e struttura del dolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 363 ss., ora in ID. *La colpa. Studi*, Milano, 2013, p. 401 ss., in particolare p. 419; G.P. DEMURO, *Il dolo, II, L'accertamento*, Milano, 2010; in tal senso C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, p. 352 ss., in particolare p. 359; diversamente I. PUPPE, *Begriffskonzeptionen*, cit., p. 78 s., la quale osserva che ritenere superfluo il problema teorico è «una pericolosa illusione. Lo sguardo tanto importante sugli indicatori del dolo non consente di aggirare la scelta sul significato della nozione [di dolo]. Solo il significato di tale nozione circo-scrive e legittima la scelta e la ponderazione degli indicatori»; sul punto v. anche G. DE VERO, *Il dolo e la preterintenzione*, in ID. (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2010, p. 195, dove l'A. mette in rilievo che le teorie sul dolo eventuale non sono altro che «articolazioni concettuali e linguistiche incapaci di cogliere atteggiamenti reali, sia pure di carattere soggettivo, o comunque suscettibili di essere adeguatamente provati, nella sede processuale, in chiave differenziale rispetto alla colpa».

³⁰ M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 47; sul punto vedi anche F.M. IACOVIELLO, op. cit., p. 484 ss., il quale, oltre a definirne «ambigua», «vaga» e «manipolabile» la formula, osserva che «il dolo eventuale ti porta la prova sul piatto d'argento, perché permette di accertare il dolo, by-passando la volontà e puntando esclusivamente sulla prevedibilità» (p. 485).

³¹ I. PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen, 2014, p. 48 ss., la quale mette in rilievo il fatto che «allo stesso indicatore del dolo, come ad esempio dell'azione pericolosa del reo per la vita [della vittima], viene attribuito, in un caso, valore determinante e, in altri casi gli viene attribuito il significato di preliminare elemento indicativo facilmente confutabile» (trad. it. a cura dell'A.).

³² Così, ad esempio, BGH, 28 febbraio 2013 - 4 StR 357/12, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, p. 538 ss., p. 539 (trad. it. a cura dell'A.).

³³ Si tenga presente che una parte minoritaria della giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* non condivide la teoria della soglia d'inibizione: BGH, 22 marzo 2012 - 4 StR 558/11, in *Juristische Rundschau*, 2012, p. 474 con nota adesiva di I. PUPPE. Questo il fatto giudicato dal *Bundesgerichtshof*: dopo vari scontri fisici interrotti dall'intervento del personale addetto alla sicurezza della discoteca, il reo (sotto l'effetto di sostanze alcoliche) aveva aggredito la vittima con un coltello lungo 22 cm. Il colpo alla schiena della vittima (accompagnato dalle parole del reo «crepa, figlio di...»), pur avendo attinto il polmone, non ne aveva causato la morte. I giudici di merito, facendo appello alla teoria della soglia d'inibizione e al principio *in dubio pro reo*, avevano negato la sussistenza del dolo d'omicidio, condannando il reo per lesioni dolose. Secondo il *Bundesgerichtshof* la motivazione è lacunosa e contraddittoria. Dopo aver ripreso le formule tratlizzate utilizzate dalla giurisprudenza per distinguere dolo eventuale e colpa cosciente, la Corte suprema tedesca osserva che «dall'indispensabile sguardo d'insieme di tutte le circostanze oggettive e soggettive del fatto, il giudice di merito, nel valutare la prova del dolo eventuale d'omicidio, non può sottovalutare a tal punto il valore probatorio della palese pericolosità per la vita delle modalità di condotta» (p. 475). In quest'ultima pronuncia, il *Bundesgerichtshof* ha annullato la sentenza del giudice di merito che, in base a teoria della soglia d'inibizione, era giunto ad escludere il dolo d'omicidio (in forma tentata). La Corte suprema tedesca ha altresì precisato che, nell'accertamento del dolo eventuale, non è indispensabile il richiamo alla teoria della soglia d'inibizione. Per negare la componente volitiva del dolo, è necessario individuare elementi fattuali che mostrino l'affidamento del reo circa la non verificazione dell'evento. Così conclude il *Bundesgerichtshof*: «il richiamo del *Landsgericht* alla «teoria della soglia d'inibizione» è privo di qualsiasi rilievo argomentativo. D'altronde il giudice di merito avrebbe dovuto confrontarsi con il fatto che, già dallo svolgimento della condotta accertato, ossia una violenta coltellata indirizzata alla schiena di una vittima inconsapevole, si desume il superamento di un'esistente soglia di inibizione. Anche un considerevole stato di alterazione dovuto all'assunzione di sostanze alcoliche (oppure una condotta posta in essere in stato di alterazione emotiva e a causa di una decisione spontanea) è particolarmente idoneo, secondo la consolidata esperienza, a ridurre la soglia di inibizione esistente anche per azioni violente particolarmente pericolose». Questa inversione di tendenza nella giurisprudenza tedesca, che è stata accolta con favore da una parte della dottrina che critica da tempo non solo l'orientamento giurisprudenziale dominante che accoglie la teoria della soglia d'inibizione, ma anche (più in generale) la scelta di rimettere l'accertamento del dolo eventuale alla nozione di accettazione dell'evento, quando la componente volitiva potrebbe essere adeguatamente apprezzata attraverso la tipologia del rischio doloso; un parametro che secondo l'Autrice garantisce peraltro maggiore certezza del diritto e prevedibilità negli esiti processuali (I. PUPPE, *Tötungsvorsatz und Affekt-Über die neue Rechtsprechung des BGH zum dolus eventualis in Bezug auf den möglichen Todeserfolg bei offensichtlich lebensgefährlichen Gewalttätigkeiten*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2014, p. 183 ss.). Tale orientamento non sembra, tuttavia, aver trovato seguito nella giurisprudenza successiva del *Bundesgerichtshof*: BGH, 27 agosto 2013 - 2 StR 148/13, in *juris.bundesgerichtshof.de*.

più chiaramente il *Bundesgerichtshof* ha avuto modo di osservare che «in ragione dell'elevata soglia di inibizione dinanzi all'omicidio si deve sempre tenere in considerazione che il reo possa non aver riconosciuto il pericolo di morte [per la vittima] o, in ogni caso, possa aver fatto affidamento che l'evento non si sarebbe verificato»³⁴.

«Soprattutto in caso di condotta realizzata spontaneamente, in modo avventato o in stato di alterazione emotiva (*affektive Erregung*), non si può dedurre dalla consapevolezza circa la possibile verifica dell'evento e senza tenere in considerazione le caratteristiche risultanti dal fatto e dalla personalità dell'autore, che sussista la componente volitiva del dolo – in modo autonomo accanto a quella conoscitiva»³⁵.

La tipologia di rischio doloso³⁶ per la vita della vittima innescato dalla condotta del reo è certamente un indicatore necessario, ma non è sufficiente per affermare la sussistenza del dolo eventuale. Non basta quindi stabilire se il comportamento del reo, interpretato come se fosse quello di una persona razionale, è espressione di un'accettazione dell'evento³⁷.

Come è stato osservato, «al centro della più recente giurisprudenza [tedesca] sta l'elemento volitivo, che rappresenta la differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente»³⁸.

Per ritenere provato il dolo eventuale non basta l'oggettiva pericolosità (anche estremamente elevata) dell'azione e la consapevolezza di quest'ultima da parte del reo; non è sufficiente riconoscere la tipicità dolosa del rischio³⁹. A parere del *Bundesgerichtshof*, se si attribuisse una rilevanza decisiva alla obiettiva pericolosità della condotta nell'accertamento del dolo si finirebbe per trasformare un indizio liberamente apprezzabile in una sorta di prova legale che contrasta con il principio di libero convincimento dal giudice⁴⁰.

Perché sussista il dolo eventuale deve essere effettuato un accurato esame di tutte le circostanze fattuali (oggettive e soggettive) del caso concreto, che possono mettere in dubbio l'inferenza del dolo eventuale⁴¹.

Particolare attenzione deve essere data alle caratteristiche personali del reo, alle sue con-

³⁴ BGH, 8 maggio 2008 - 3 StR 142/08, cit. «*Angesichts der hohen Hemmschwelle gegenüber einer Tötung ist jedoch immer auch in Betracht zu ziehen, dass der Täter die Gefahr der Tötung nicht erkennt oder jedenfalls darauf vertraut haben könnte, ein solcher Erfolg werde nicht eintreten*» (trad. it. a cura dell'A.).

³⁵ BGH, 28 febbraio 2013 - 4 StR 357/12, cit., p. 539; BGH, 28 gennaio 2010 - 3 StR 533/09, cit. (trad. it. a cura dell'A.); recentemente in tal senso, sia pure senza fare esplicito riferimento alla soglia d'inibizione, v. BGH, 16 settembre 2015 - 2 StR 483/14, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2016, p. 25 ss., con la quale il *Bundesgerichtshof* ha annullato la condanna per omicidio volontario pronunciata dal *Landgericht Gießen* per non aver adeguatamente valutato, nell'accertamento del dolo eventuale, il carattere spontaneo ed emotivo dell'azione del reo; inoltre v. nota n. 30, per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali in tal senso; sul punto v. anche W. HASSEMER, op. cit., p. 501 e s., il quale inserisce tra gli indicatori del dolo anche l'alterazione derivata dall'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti oppure da stati di alterazione emotiva. Sui problemi applicativi della teoria della soglia d'inibizione ai reati omissivi impropri v. BGH, 7 novembre 1991 - 4 StR 451/91, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, p. 125 s.; sul punto v. I. PUPPE, *Die Logik der Hemmschwellentheorie des BGH*, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1992, p. 576 s.

³⁶ Sul punto cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, p. 198 ss. e 295 ss.

³⁷ I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW* 1991, p. 1, in particolare p. 14. L'autrice ritiene invece che sia proprio questo l'aspetto decisivo nella prova del dolo eventuale; sul punto v. anche G. JAKOBS, *Gleichgültigkeit als dolus indirectus*, in *ZStW* 2002, p. 584 ss., in particolare p. 596 s. L'A. osserva: «chi, ad esempio, senza che questo fosse calcolato, compromette la propria vita, la propria integrità fisica, il proprio patrimonio, la propria libertà, finendo tra le braccia della polizia nel commettere il reato, dimostra la sua incompetenza e si comporta conseguentemente in modo (forse molto) imprudente rispetto alla realizzazione della fattispecie, ma non in modo indifferente». L'A. aggiunge (nota 44) che questo è uno degli argomenti utilizzati dal *Bundesgerichtshof* nel sostenere la teoria della soglia di inibizione: «quando la realizzazione della fattispecie rappresenta una catastrofe per il reo nel suo attuale stato d'animo, è implausibile supporre il dolo». Ciò non di meno, l'A. ritiene che non basta a escludere il dolo (né diretto, né eventuale) il fatto che il reo si sia successivamente dispiaciuto, prendendo le distanze dalla sua indifferenza: «un'interruzione dell'avvedutezza dovuta all'alterazione emotiva non esclude né il dolo diretto, né il dolo indiretto» (trad. it. a cura dell'A.).

³⁸ J. VOGEL, op. cit., p. 1036.

³⁹ Per una concezione del dolo, che colora già la tipicità del fatto, prima ancora della colpevolezza cfr. M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, p. 74 ss.; in tal senso v. anche G. P. DEMURO, *Il dolo*, cit., p. 137 s.

⁴⁰ In tal senso BGH, 16 maggio 2013 - 3 StR 45/13, in *juris.bundesgerichtshof.de*, p. 8 della sentenza. Il *Bundesgerichtshof* osserva: «*Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Tatrichter der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung bei der Prüfung der subjektiven Tatseite von Rechts wegen immer die ausschlaggebende indizielle Bedeutung beizumessen hätte. Darin läge eine vom Einzelfall gelöste Festlegung des Beweiswerts und der Beweisrichtung eines im Zusammenhang mit derartigen Delikten immer wieder auftretenden Umstandes, die einer Beweisregel nabekäme und deshalb dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung widerspräche*».

⁴¹ Condivide la necessità espressa dalla giurisprudenza di tenere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto oggettive e soggettive C. ROXIN, *Zur Normativierung*, cit., p. 247; nella letteratura italiana sul punto cfr. P. M. ASTORINA, *Waiting for the miracle? Ragionevolezza e speranza nel caso Thyssen: dal dolo eventuale alla colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1565 ss.; in tal senso anche la giurisprudenza italiana v. per tutte Cass., 1 febbraio 2011, n. 10411, in *Foro it.*, 2011, II, c. 533 ss., in particolare c. 538.

dizioni psichiche ed emotive, ai suoi motivi, al tipo di relazione intrattenuta con la vittima⁴², alla sua personalità, al suo comportamento in situazioni analoghe, alle concrete modalità di esecuzione, nonché al suo comportamento e alle sue affermazioni prima, durante o dopo la commissione del fatto⁴³.

Tra questi fattori, un aspetto di particolare rilievo è rappresentato proprio dalla c.d. teoria della soglia di inibizione (*Hemmschwellentheorie*).

Pur non facendo esplicito riferimento alla psicologia o alla psichiatria forense, il Bundesgerichtshof, per fondare tale teoria, sembra fare appello al processo di «assimilazione del tabù dell'omicidio» e allo sviluppo di quell'«istintiva soglia di inibizione rispetto all'omicidio, che è comune a tutto il regno animale»⁴⁴.

Se in termini generali si ritiene che gli aspetti affettivi ed emozionali siano «estranei alla struttura del dolo», e si aggiunge che questi ultimi possono escludere il dolo «solo se ed in quanto abbiano influito sul momento intellettuale della rappresentazione dei fatti»⁴⁵, emerge qui un'ulteriore espansione della rilevanza attribuita alla sfera emotiva nella teoria generale del reato⁴⁶.

Alterazione emotiva, spontaneità, avventatezza e impeto (anche quando agevolati dall'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti) incidono sulla soglia d'inibizione, generando una vera e propria rimozione da parte del reo circa il possibile esito fatale della propria azione⁴⁷. Ciò costituisce, almeno secondo il Bundesgerichtshof, il vero baricentro della prova del dolo d'omicidio.

La costruzione del dolo nella giurisprudenza tedesca risulta, dunque, differenziata per tipi di fattispecie⁴⁸. La teoria della soglia di inibizione mal si adatta a fattispecie incriminatrici nelle quali vengono in rilievo interessi di rango inferiore rispetto alla vita, come ad esempio l'integrità fisica. In relazione, ad esempio, alla fattispecie di lesioni personali la giurisprudenza non fa riferimento alla stessa soglia d'inibizione⁴⁹. Inoltre, quando si trova ad applicare fattispecie incriminatrici poste a tutela di interessi patrimoniali (ad es. truffa e infedeltà patrimoniale), il Bundesgerichtshof aderisce ad una concezione che presenta una coloritura molto più normativa del dolo⁵⁰. Ad esempio, in relazione al reato di infedeltà patrimoniale (§ 266 StGB), il Bundesgerichtshof, pur richiedendo l'accettazione dell'evento, ritiene che i rigorosi criteri di accertamento del dolo fissati per la fattispecie di omicidio non possano trovare applicazione, in modo stereotipato, in relazione a casi che presentano accadimenti di carattere ambiguo. In queste ipotesi, l'accertamento della componente volitiva dipende dalla qualità del rischio doloso innescato dalla condotta del reo⁵¹.

Vi è, infine, un ultimo aspetto che merita di essere messo in evidenza in questa sede. L'estrema cautela con la quale la giurisprudenza tedesca tratta il problema del dolo eventuale merita particolare attenzione. Anche dinanzi a condotte violente estremamente pericolose per

⁴² Nel senso che la mancanza di motivi da parte del reo per uccidere la vittima possa escludere il dolo eventuale cfr. C. ROXIN, *Zur Normativierung*, cit., p. 246.

⁴³ In tal senso cfr. C. ROXIN, *Zur Normativierung*, cit., p. 249.

⁴⁴ J. VOGEL, ult. op. cit., p. 1038 s.; critico sul punto K. GEPPERT, *Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, insbesondere bei Tötungsdelikten*, in *Jura*, 2001, p. 55 ss., 59., che la definisce una finzione priva di corroborazione scientifica.

⁴⁵ D. PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2009, p. 334 e 338 ss.; in tal senso cfr. Cass., 14 giugno 2001, in *Cass. pen.* 2002, p. 3069, nella quale il Giudice osserva: «mentre i giudici di primo grado hanno ritenuto che il comportamento sessuale dell'imputato (la reiterazione dei rapporti sessuali, ma soprattutto la mancata adozione di misure precauzionali durante gli stessi) risultava indicativo di un atteggiamento tipicamente "doloso" nel senso sopra specificato, non potendosi sostenere l'ipotesi che egli non si fosse rappresentata l'alta probabilità della morte della moglie a causa del contagio, quelli di seconde cure hanno invece ritenuto di poter ravvisare nell'atteggiamento dell'imputato un vero e proprio fenomeno di rimozione e di allontanamento psicologico della eventualità del contagio e della susseguente possibilità di morte della consorte».

⁴⁶ G. AMATO, *Diritto penale e fattore emotivo: spunti di indagine*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 661 ss.

⁴⁷ A tal riguardo, in relazione ai sistemi di *Common Law*, cfr. G. WILLIAMS, *Textbook of Criminal Law*, Third Edition, D.J. BAKER (a cura di), London, 2012, p. 117, il quale rileva che «the judge would doubtless tell the jury that they are entitled to find that acts done in rage or fear can be found to be purposive, the emotional state overcoming the defendant's inhibitions rather than is awareness».

⁴⁸ In tema di costruzione separata del dolo per tipi di fattispecie nella giurisprudenza italiana cfr. Cass., Sez. Unite, 26 novembre 2009, n. 12433, imp. Nocera, con nota di M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite scoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 2555 ss.; sul punto v. anche D. PULITANO, *I confini*, cit., p. 47, il quale sostiene, invece, una «concezione generale e unitaria di dolo».

⁴⁹ In tal senso cfr., ad esempio, BGH, 24 luglio 2003 - 3 StR 159/03, in *juris.bundesgerichtshof.de*, che riguarda un caso in cui il padre di un neonato di un mese, infastidito dalle continue grida del figlio, aveva scosso così violentemente il figlio da provocare un'emorragia celebrale e la conseguente morte. La questione problematica riguardava il dolo delle lesioni personali dalle quali era derivata la morte (*Körperverletzung mit Todesfolge* - § 227 StGB).

⁵⁰ J. VOGEL, op. cit., p. 1039.

⁵¹ In tal senso BGH, 6 aprile 2000 - 1 StR 280/99, in *juris.bundesgerichtshof.de*.

la vita della vittima, il *Bundesgerichtshof* è consapevole dei rischi legati ad un'affrettata conclusione circa la sussistenza del dolo eventuale. Vi è qui la necessità di vagliare con cura tutti gli elementi fattuali che, nel valorizzare la dimensione volitiva, possono metterne in dubbio la sussistenza nel caso concreto. Nel catalogo aperto degli indicatori del dolo trova così spazio una più attenta considerazione delle concrete situazioni umane che sfuggono troppo spesso alle categorie concettuali astratte⁵².

Questa prudenza del *Bundesgerichtshof* nell'affermare il dolo eventuale ha un indubbio vantaggio: prevenire un'espansione incontrollata del dolo eventuale e tenere (implicitamente) in considerazione le severe conseguenze sanzionatorie connesse all'affermazione del dolo⁵³. E ciò tanto più se si pensa al fatto che, in questi casi, «il realizzarsi dell'evento, una volta tenuta la condotta, risulta estraneo alla sfera di controllo dell'agente o, in altre parole, dipende dal caso»⁵⁴.

Per altro verso, questa delimitazione rigorosa, che nella prassi viene data all'ambito di rilevanza del dolo eventuale, è affetta da un'intrinseca debolezza, essendo fondata su indicatori di carattere ambivalente e polisenso⁵⁵. Tra le pieghe degli indicatori del dolo, che dovrebbero consentire al giudice di ricostruire le scelte di valore del reo (in termini di accettazione dell'evento, di decisione contro il bene giuridico o di bilanciamento tra interessi), rischiano di inserirsi giudizi di valore del giudice⁵⁶ che evocano il dibattito sulle teorie della pena.

Se la debolezza intrinseca degli indicatori del dolo rischia di rimettere l'accertamento del dolo all'arbitrio del giudice⁵⁷ e di rendere imprevedibili gli esiti processuali, questa debolezza non sembra che possa essere «curata» con regole di valutazione troppo rigide⁵⁸. Così facendo si cercherebbe (ancora una volta) di imbrigliare il giudice in forme più o meno spinte di prove legali.

Per altro verso il tentativo di agganciare il dolo ad un processo di normativizzazione o oggettivazione sembra contrastare anche con la finalità risocializzativa della pena, perché un dolo oggettivizzato prescinde dalle caratteristiche personali del reo nella ricostruzione di ciò che di più personale ed elettivo esiste nella struttura del dolo: la componente volontaristica. Se interpretate in senso favorevole e tenendo sempre presente il rischio (più ipotetico che reale) di cadere nella trappola del diritto penale d'autore, le caratteristiche personali del reo costituiscono l'unico valido punto di riferimento per una risposta punitiva razionale allo scopo risocializzativo⁵⁹.

In tal senso si potrebbe ipotizzare che la giurisprudenza tedesca voglia farsi carico di esigenze di prevenzione speciale, in senso favorevole al reo, in sede di accertamento del dolo e, di

⁵² O. DI GIOVINE, *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuretica*, Torino, 2009, p. 130.

⁵³ Cfr. J. VOGEL, sub § 15, cit., p. 1045, il quale osserva che «in particolare si condivide la giurisprudenza, che richiede prudenza dinanzi ad una precipitosa affermazione del dolo d'omicidio, anche perché la pena che viene in rilievo per l'assassinio (*Mord*) in caso di sussistenza del dolo eventuale risulta problematica per ragioni che non possono essere qui approfondite». Ragioni che, in estrema sintesi, sono legate al fatto che la pena comminata dal § 211 StGB è l'ergastolo.

⁵⁴ L. EUSEBI, *Verso la fine del dolo eventuale? (salvaguardando, in itinere, la formula di Frank)*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 118 ss.; nonché Id., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in AA.VV., *Sudi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, p. 963 ss.

⁵⁵ In senso estremamente critico sull'orientamento giurisprudenziale del *Bundesgerichtshof* v. I. PUPPE, *Tötungsvorsatz und Affekt*, cit., p. 184 s. e 186. L'autrice ritiene che i criteri utilizzati dal *Bundesgerichtshof* nell'accertamento del dolo, con particolare riguardo alla teoria della soglia di inibizione, siano «indeterminati e poco chiari» (*unbestimmt und unklar*), «gli esiti inconsistenti e imprevedibili» (*inkonsistent und unberechenbar*) e che un accertamento basato sulla complessiva valutazione di tutte le circostanze fattuali del caso concreto conduca a una giurisprudenza affidata alle emozioni (*Gefühlsjurisprudenz*) (trad.it. a cura dell'A.).

⁵⁶ H. SCHNEIDER, op. cit., Rn. 52, il quale critica i criteri di accertamento del dolo utilizzati dalla giurisprudenza tedesca.

⁵⁷ L. VON BAR, *Dolus eventualis?*, in *ZStW*, 1898, p. 534 ss., 556, il quale riteneva che il dolo eventuale non fosse altro che «un fantasma nato dagli errori e, dunque, generatore di errori, in grado di screditare la giustizia penale agli occhi della popolazione» (trad.it. a cura dell'A.). «Der eventuelle Dolus dagegen, wie er in der neuern und besonders der neuesten Doktrin und Praxis sein Wesen treibt, ist nur ein aus Irrtümern hervorgegangenes und darum irreleitendes Phantom, geeignet, die Strafjustiz bei dem Volke in Mißkredit zu bringen». In tal senso anche I. PUPPE, *Tötungsvorsatz und Affekt*, cit., p. 186, definisce l'accettazione dell'evento un fantasma.

⁵⁸ I. PUPPE, sub § 15, cit., Rn. 98, la quale ritiene che il catalogo degli indicatori del dolo debba essere chiuso e il peso relativo di ciascuno di essi debba essere predeterminato, per stabilire quale debba prevalere («*Solche Zuschreibungen müssen, um nicht in Willkür und Unberechenbarkeit auszuarten, Regeln unterliegen. Der Katalog der Gründe für die Zuschreibung muss geschlossen und nicht offen sein und das relative Gewicht der einzelnen Gründe untereinander muss bestimmt sein, damit nicht bald dieser, bald jener sich gegen die anderen durchsetzt*»).

⁵⁹ Cfr. I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt*, cit., p. 14 ss. suggerisce, invece, di fare a meno di sottili differenze psicologiche, per privilegiare una concezione normativa del dolo. Il tentativo di Puppe di tracciare i confini del dolo attraverso il grado obiettivo del pericolo innescato dalla condotta del reo viene ritenuto «profondamente ingiusto e in contrasto con il principio di rimproverabilità individuale»; così C. PRITZWITZ, *Strafrecht*, p. 357.

conseguenza, anche nella determinazione in concreto della risposta punitiva⁶⁰. La fattispecie di lesioni personali con conseguenze mortali di cui al § 227 StGB consente al giudice non solo di muoversi all'interno di una più ampia cornice editale, il cui limite minimo è tre anni (anziché cinque in caso di omicidio-§ 212 StGB) e quello massimo è quindici anni (§ 38, comma 2, StGB), ma soprattutto di evitare di ricadere sia tra i casi particolarmente gravi di omicidio (§ 212, c. 2 StGB), sia all'interno della fattispecie di assassinio (Mord-§ 211 StGB), per i quali il legislatore commina la pena dell'ergastolo.

Si potrebbe obiettare che questo orientamento della giurisprudenza tedesca, così prudente e rigoroso nell'accertamento del dolo, finisca poi per riflettersi su altre fattispecie. Si potrebbe cioè avanzare il dubbio che questa cautela dei giudici tedeschi possa risolversi in un allargamento dell'ambito di rilevanza dei reati aggravati dall'evento morte a discapito dell'omicidio colposo, al fine di soddisfare surrettiziamente esigenze di prevenzione generale analoghe a quelle che la giurisprudenza italiana, prima dell'intervento delle Sezioni unite, inseguiva sul piano dell'omicidio doloso.

L'ipotesi meriterebbe di essere vagliata attentamente e approfondita più di quanto non si possa fare in questa sede. Nei limiti di queste note si può svolgere solo qualche breve osservazione per confutare, in prima approssimazione, questo dubbio.

Già alla luce del dato positivo pare che l'obiezione non possa trovare riscontro. Da un lato le lesioni personali con conseguenze mortali (§ 227 StGB) hanno già in astratto un ambito di rilevanza ben più limitato dell'omicidio preterintenzionale in Italia, il quale dà rilievo ad una condotta base ben più ampia, essendo estesa agli atti diretti a commettere percosse e lesioni. Dall'altro lato, le altre ipotesi di reato aggravato dall'evento morte nel sistema tedesco, per quanto numerose, risultano comunque un catalogo chiuso e non sono rimesse ad una clausola aperta come quella di cui all'art. 586 c.p. A ciò si aggiunga, che i reati aggravati dall'evento del codice penale tedesco sono espressamente previsti, almeno sulla carta, come ipotesi di dolo misto a colpa (§ 18 StGB).

Ma vi è di più. In aperto contrasto rispetto alle indicazioni fornite dalla giurisprudenza costituzionale, la recente giurisprudenza italiana in tema di omicidio preterintenzionale interpreta la fattispecie in termini di vera e propria responsabilità oggettiva⁶¹, estendendo i confini della fattispecie ben al di là di quelli che anche la più azzardata interpretazione del giudice tedesco potrebbe "escogitare".

5.

Il confronto con la giurisprudenza italiana.

Prima dell'intervento delle Sezioni unite sul caso *Thyssen*, il prevalente indirizzo giurisprudenziale italiano tendeva ad allargare progressivamente l'ambito di applicazione del dolo

⁶⁰ Cfr. G.P. DEMURO, *Il dolo*, cit., p. 126, il quale mette in rilievo che «almeno in via generale e di principio, possono ritenersi plausibili in tema di dolo gli abbinamenti "prevenzione speciale – concezioni psicologiche" e "prevenzione generale – concezioni normative"», perché la finalità specialpreventiva presuppone un'attenzione diretta al singolo reo, mentre la finalità generalpreventiva si rivolge alla collettività e studia e punta a condizionare le reazioni di essa».

⁶¹ In tal senso v. Cass., 27 giugno 2012, n. 35582, in CED 253536, secondo la quale «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale (art. 548 cod. pen.) non è costituito da dolo misto a colpa, ma unicamente dalla volontà di infliggere percosse o provocare lesioni, a condizione che la morte dell'agredito sia causalmente conseguente alla condotta dell'agente, il quale, pertanto, risponde per fatto proprio sia pure per un evento più grave di quello effettivamente voluto che, per esplicita previsione legislativa, aggrava il trattamento sanzionatorio»; in termini parzialmente diversi, ma di fatto contrari a quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale, cfr. Cass., 10 ottobre 2012, n. 791, in CED 254386, secondo la quale «l'elemento soggettivo del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né dal dolo misto a colpa, ma unicamente dal dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 cod. pen. assorbe la prevedibilità di un evento più grave nell'intenzione di risultato. Pertanto, la valutazione relativa alla prevedibilità dell'evento da cui dipende l'esistenza del delitto "de quo" è nella stessa legge, essendo assolutamente probabile che da una azione violenta contro la persona possa derivare la morte della stessa». Più di recente, nello stesso senso, Cass., 8 maggio 2013, n. 27161, in *iusexplorer.it*.

eventuale non solo a settori dell'ordinamento (circolazione stradale⁶²; incidenti sul lavoro) che appartengono tradizionalmente alla responsabilità colposa⁶³, ma anche «a scapito dell'omicidio preterintenzionale»⁶⁴. E ciò in forza di un accertamento del dolo fondato su un unico punto di riferimento: la pericolosità oggettiva della condotta.

La giurisprudenza italiana, in alcuni casi, sembrava addirittura andare oltre l'idea (già di per sé discutibile) in base alla quale il rischio doloso generato dalla condotta rappresenta l'indicatore decisivo in base al quale accertare anche il versante volitivo del dolo: era la stessa rappresentazione dell'evento ad assumere come oggetto la possibile verifica di una generica classe di eventi o, peggio, a trasformarsi nella mera possibilità di conoscere gli elementi di fatto, «trasformando così la prova del dolo nella prova della colpa»⁶⁵. Le «disinvolte dilatazioni giurisprudenziali in tema di dolo eventuale»⁶⁶, da lungo tempo in voga nella prassi italiana, sembrano culturalmente molto vicine alle numerose ipotesi di «c.d. dolo per equivalente» presenti nell'ordinamento⁶⁷. Tali dilatazioni giurisprudenziali del dolo eventuale riguardano non solo le tipologie d'autore (legate più o meno profondamente a «stereotipi sociali»⁶⁸), ma soprattutto si fondano su un accertamento sommario che, nell'essere «inesorabilmente [...] assoggettato al tranello del “senno di poi”»⁶⁹, si fonda troppo spesso su «comode ma fuorvianti [...] valorizzazioni *ex post*»⁷⁰.

Non potendo qui ricostruire compiutamente il dibattito giurisprudenziale italiano⁷¹ sul

⁶² A quanto consta, vi è un solo caso legato alla circolazione stradale nel quale il *Bundesgerichtshof* ha annullato la sentenza del *Landesgericht* che escludeva il dolo dell'omicidio in forma tentata, imponendo un nuovo giudizio di merito: BGH, 25 marzo 2010 - 4 StR 594/09, in *juris.bundesgerichtshof.de*. L'imputato, dopo aver tentato senza successo di riavvicinarsi alla sua compagna, la aggredisce fisicamente. In uno stato di alterazione emotiva dovuto, da un lato, alla ferita narcisistica subita e, dall'altro lato, alla paura delle conseguenze penali dell'aggressione ai danni della compagna, quindi l'imputato si mette alla guida della propria auto. Dopo aver comunicato telefonicamente al padre la propria volontà di farla finita, l'imputato procede ad una velocità 140 km/h nella corsia di destra di una strada statale. Ormai giunto a ridosso di uno sbarramento per lavori stradali, sterza improvvisamente, travolgendo una macchina che si trova su quella corsia. Le tre persone all'interno della macchina non subiscono ferite gravi. Il *Landesgericht* esclude la sussistenza del dolo d'omicidio. Secondo i giudici di merito l'imputato, pur avendo previsto come possibile che le tre persone all'interno dell'altra auto avrebbero potuto rimanere ferite a morte, ha confidato seriamente e non solo in modo vago che l'evento morte non si sarebbe verificato. Secondo il *Bundesgerichtshof*, il *Landesgericht* ha imposto requisiti troppo stringenti per l'accertamento della componente volitiva del dolo. In particolare, il giudice di merito non ha adeguatamente dimostrato che le intenzioni suicide dell'imputato potessero al contempo essere compatibili con un serio affidamento del reo sul fatto che l'evento non si sarebbe verificato, nonostante l'estrema pericolosità della sua condotta. In casi più risalenti nei quali il reo in fuga si è scontrato con l'auto contro un posto di blocco organizzato dalla polizia, il *Bundesgerichtshof* ha escluso di regola la sussistenza del dolo eventuale. Facendo appello alla teoria della soglia di inibizione, la Corte suprema tedesca ha ritenuto che il dolo eventuale dovesse essere escluso sulla base di due argomenti fondati su massime di esperienza: a) il poliziotto è in grado di spostarsi per togliersi dalla situazione di pericolo; b) il reo fa seriamente affidamento sul fatto che il poliziotto si sposterà. Sul punto H. SCHNEIDER, sub § 212 StGB, in W. JOECKS, K. MIEBACH (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München, 2012, Rn. 15, il quale condivide questa soluzione interpretativa. Sul punto v. anche BGH, 30 maggio 2000 - 4 StR 90/00, in *juris.bundesgerichtshof.de*, con la quale il *Bundesgerichtshof* ha confermato la sentenza del giudice di merito che aveva escluso il dolo eventuale in un caso in cui gli imputati avevano travolto con un furgone una persona che, dopo aver subito un furto, si era attaccata alla porta del furgone. In relazione alla circolazione stradale anche chi, nella dottrina tedesca, sostiene una concezione normativa del dolo fortemente legata alla tipologia di rischio doloso innescato dalla condotta del reo, ritiene che «quando tuttavia l'abitudine al rischio (*Risikogewöhnung*) è la conseguenza di un comportamento „inevitabile“, come in particolare la legittima partecipazione alla circolazione stradale, allora il suo motivo non appartiene allo spettro della responsabilità del reo e una normativizzazione [del dolo] è esclusa»: così G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin, 1993, p. 277; in tal senso anche B. SCHUNEMANN, *Von philologischen zum typologischen Vorsatzbegriff*, in T. WEIGEND, G. KÜPPER (a cura di), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York, 1999, p. 363 ss., 377, il quale ritiene che, in relazione alla circolazione stradale, l'abitudine al rischio (*Risikogewöhnung*) e la messa in pericolo di se stessi (*Selbstgefährdung*) costituiscono ragioni valide per escludere che il reo nutra un atteggiamento interiore ostile rispetto ai beni giuridici (*als Gründe für den Ausschluss der rechtsgüterfeindlicher Gesinnung*).

⁶³ Cfr. D. PULITANO, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 22 ss., p. 26 s.; M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 8.

⁶⁴ Così F. MANTOVANI, op. cit., p. 327.

⁶⁵ G. MARINUCCI, *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 430.

⁶⁶ A. ALESSANDRI, sub art. 27, comma 1, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Roma, 1991, p. 1 ss., p. 87.

⁶⁷ G. P. DEMURO, *Il dolo*, cit., p. 94.

⁶⁸ F.M. IACOVIELLO, op. cit., p. 494.

⁶⁹ A. ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, in corso di pubblicazione, p. 41 del dattiloscritto.

⁷⁰ C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1265, ora in Id., *Diritto penale, I, Scritti di parte generale*, Milano, 2003, p. 317; a confermarlo è lo stesso F.M. IACOVIELLO, op. cit., p. 508, il quale osserva che «molto spesso il dolo eventuale è un ragionamento *ex post* che viene trapiantato nel fatto».

⁷¹ Per una puntuale ricostruzione della giurisprudenza italiana sul tema si rinvia a A. AIMI, *DOLO EVENTUALE E COLPA COSCIENTE AL BANCO DI PROVA DELLA CASISTICA*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, p. 301 ss.; Id., *Dolo eventuale e colpa cosciente: il caso Thyssen al vaglio delle Sezioni unite*, in *Dir. pen. cont.*, 14 aprile 2014, p. 14 ss.; F. VIGANÒ, *Il dolo eventuale nella giurisprudenza recente*, in *Il libro dell'anno del diritto 2013 Treccani*, 2013, p. 118 ss. In particolare si veda Cass., 1 febbraio 2011, n. 10411, in *Foro it.*, 2011, II, c. 533 ss., con nota di DI FRESCO. In quest'ultima pronuncia si insiste peraltro sul fatto che «il criterio distintivo [tra dolo eventuale e colpa cosciente deve essere ricercato sul piano della volizione]». Lo stesso piano sul quale viene risolto, sia pure con risultati estremamente differenti, dalla giurisprudenza tedesca

dolo eventuale, ci si limita a qualche sommaria osservazione.

Sebbene la giurisprudenza italiana prenda le mosse dalle medesime premesse teoriche accolte dai giudici tedeschi⁷² nell'individuare i confini del dolo eventuale, gli esiti sono profondamente diversi: casi analoghi a quelli trattati dal *Bundesgerichtshof* vengono pacificamente qualificati come dolosi⁷³. La gestione processuale delle stesse formule, sia pure dinanzi ad un contesto fattuale del tutto analogo, sfocia in opposte valutazioni.

La Corte di cassazione ha, ad esempio, confermato la condanna di merito per omicidio volontario commesso con dolo diretto in un caso in cui l'imputato aveva ucciso la vittima con coltellate all'inguine e all'addome, «*spinto da una fortissima animosità, propria di chi aveva litigato con la vittima fino ad un attimo prima [e] nella soggettiva condizione di perdere il controllo dei freni inibitori*» (favorita anche dall'assunzione di sostanze alcoliche)⁷⁴.

In caso di coltellata al collo, la Corte di cassazione ha recentemente affermato che è stato «correttamente ravvisato il *dolo diretto*, valorizzando quali elementi sintomatici della volontà omicidiaria: a) la qualità del mezzo usato (un coltello con unico margine affilato e lama di circa 10 cm); b) la violenza dell'unico colpo vibrato, desunta dalla penetrazione della lama per circa 9-10 cm nel corpo della vittima; c) la breve distanza tra aggressore e vittima nell'occorso; d) la parte vitale del corpo della vittima attinta (il collo); e) la tipologia delle lesioni in concreto provocate (ferita in regione latero-cervicale sinistra, con lesione della vena giugulare)»⁷⁵.

Vi è qui un aspetto ulteriore che merita di essere sottolineato, perché sembra segnare, quanto meno fino al recente intervento delle Sezioni unite (v. *infra* § 6), un punto di radicale divergenza nelle coordinate di accertamento del dolo nei due paesi. Mentre la giurisprudenza italiana afferma che lo stato di alterazione mentale/emotiva tale da affievolire i freni inibitori è un indicatore positivo del dolo (eventuale o diretto)⁷⁶, il *Bundesgerichtshof* nega, invece, la sussistenza del dolo proprio perché lo stato di alterazione mentale/emotiva produce un effetto disinibitivo rispetto al (profondamente radicato) tabù dell'omicidio, generando così una vera e propria rimozione da parte del reo circa la possibile verifica dell'evento (teoria della soglia d'inibizione-*Hemmschwellentheorie*).

Ed in effetti, ravvisare una scelta ponderata da parte del reo che, nel decidere di compiere l'azione, accetta «pienamente il prezzo del verificarsi dell'offesa» è «difficile in stati emotivi e passionali, più consoni alla preterintenzione una volta che si ricostruiscano almeno atti diretti a ledere o percuotere»⁷⁷.

Lasciando per un momento da parte il diverso contesto fattuale nel quale si colloca la sentenza della Corte d'assise d'appello di Torino sul caso *Thyssen*⁷⁸, c'è un passaggio chiave della motivazione che, oltre a ripercorrere il quadro teorico sul dolo eventuale, sintetizzata bene la diversa valutazione della componente emotiva fatta dalla giurisprudenza italiana rispetto a quella della giurisprudenza tedesca nell'ambito della teoria della soglia d'inibizione in riferimento agli stessi indicatori (positivi o negativi) del dolo:

«Mentre, infatti, nel dolo eventuale occorre che la realizzazione del fatto sia stata "accettata" psicologicamente dal soggetto, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del verificarsi del fatto, nella colpa con previsione la rappresentazione come certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto l'agente. Il concetto si spiega ulteriormente in altre efficaci espressioni di altre sentenze di legittimità descrittive della volizione dell'agente quali "agire anche a costo di determinare l'evento" oppure "accettare di pagare un (eventuale) prezzo pur di poter agire e raggiungere il risultato voluto". Ciò premesso, desumiamo i criteri per affrontare nel merito la questione specifica dal complesso

⁷² Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali tedeschi in tema di dolo eventuale cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 448 s., 451 e 477 s.; in particolare l'A., al quale si rinvia per gli ulteriori riferimenti bibliografici, mette in rilievo la sostanziale condivisione della medesima concezione teorica da parte di dottrina e giurisprudenza.

⁷³ Cass., 8 giugno 2007, n. 28175, in Cass. pen. 2008, p. 1916.

⁷⁴ Cfr. F.M. IACOVIELLO, op. cit., p. 497, il quale osserva che «in presenza di stereotipi diversi, lo stesso argomento porta a conclusioni opposte».

⁷⁵ Così di recente Cass., 19 novembre 2013-10 gennaio 2014, n. 734, in *Iusexplorer*.

⁷⁶ Cfr., ad esempio, Cass., 4 luglio 2007, n. 35369, CED 237685; *Assise Appello Milano, 1 febbraio 2012, n. 9, imp. Mega*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2014.

⁷⁷ Cfr. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., p. 59. Queste le parole esatte utilizzate dall'Autore: «il soggetto ha quindi chiara consapevolezza del rischio, ma questo non gli viene ascritto a dolo solo perché egli se lo è più o meno perfettamente rappresentato, bensì a condizione che la sua scelta sia stata *ponderata* (difficile in stati emotivi e passionali, più consoni alla preterintenzione una volta che si ricostruiscano almeno atti diretti a ledere o percuotere) e abbia deciso di compiere l'azione *accettando pienamente il prezzo del verificarsi dell'offesa*».

⁷⁸ Corte di assise di appello di Torino, 28 febbraio – 23 maggio 2013, cit., p. 301 s. della sentenza.

delle sentenze di legittimità. Pressoché tutte le sentenze della Cassazione pronunciate sul punto negli ultimi anni hanno riguardano fattispecie di reati contro l'incolumità fisica o di violazioni di regole di circolazione stradale causatrici di morti. Nel primo gruppo di pronunce l'attenzione del Giudice di legittimità viene appuntata sul valore sintomatico della continuità fra le condotte tenute (atti violenti semmai reiterati diretti contro la persona) e l'evento traumatico della morte: è indubbio infatti che in tali casi al Giudice sarà più agevole effettuare la verifica ipotetica cui è chiamato giacché l'agente ha già dato con la sua condotta la prova materiale di voler attentare all'incolumità della vittima. Nel secondo gruppo ritroviamo condotte di guida che hanno violato regole di comportamento particolarmente significative (attraversamento di incrocio stradale ad alta velocità con il semaforo rosso) accompagnate da condizioni ambientali tali da far presumere la presenza in loco di possibili vittime. Spesso in tali fattispecie concrete ritroviamo che l'agente o agiva in condizioni estreme di fretta e/o in stato di alterazione mentale (da abuso di sostanze psicoattive) ovvero era animato dal fermo obiettivo di allontanarsi da una zona (ad esempio perché inseguito dalle forze di polizia). Queste due ultime connotazioni diventano molto importanti per l'interprete che, nel giudizio ipotetico da effettuare, può ritenere nell'agente rispettivamente affievoliti gli ordinari freni inibitori ovvero tanto prevalente l'obiettivo perseguito da fargli abbandonare qualunque remora morale di poter ledere l'altrui incolumità; in altre parole si coglie in questi casi nelle sentenze di legittimità la raccomandazione di tener conto di una volizione nell'agente cieca o determinata dal costi quel che costi pur di raggiungere l'obiettivo perseguito».

Anche se si sposta l'attenzione su casi nei quali il contesto fattuale è analogo a quello giudicato dal *Bundesgerichtshof*, la Corte di cassazione non dà alcun rilievo al carattere impulsivo e subitaneo della reazione aggressiva in sede di accertamento del dolo (eventuale) d'omicidio:

«in astratto non sussiste incompatibilità logica e giuridica tra dolo d'impeto e dolo eventuale, posto che l'agire in assenza della dovuta ponderazione e sulla spinta emotiva del momento non esclude la lucidità mentale e le facoltà cognitive richieste dalla previsione dell'evento quale conseguenza cagionata dalla propria azione»⁷⁹.

Questa differente valutazione operata dal giudice italiano rispetto a quello tedesco non sembra potersi ricondurre al diverso tessuto normativo italiano né in tema di stati emotivi e passionali, né in riferimento alla finzione di imputabilità relativa all'uso di sostanze alcoliche o stupefacenti.

La scelta preclusiva della giurisprudenza italiana non fa riferimento neppure indirettamente a limiti legislativi che imporrebbero di attribuire questo significato alla componente emotiva, in funzione di indicatore del dolo, su un piano (diverso) qual è appunto l'accertamento dell'elemento psicologico.

Inoltre, come già precisato, la teoria della soglia di inibizione elaborata dalla giurisprudenza tedesca trova spazio proprio in relazione alla delimitazione dei confini del dolo eventuale, ossia laddove la componente emotiva non assume rilevanza sul piano dell'imputabilità. La componente emotiva non assume, in tali ipotesi, rilievo per la valutazione dell'imputabilità, poiché la giurisprudenza tedesca fissa standard elevati per arrivare ad escludere la capacità di colpevolezza, prediligendo così esigenze di prevenzione generale (l'alternativa in questi casi sarebbe, infatti, la non punibilità).

Inoltre, in relazione al secondo aspetto, ossia l'influsso delle sostanze alcoliche e stupefacenti sulla sfera emotiva e sulla soglia d'inibizione, la finzione di imputabilità prevista dall'ordinamento italiano non sembra precludere la possibilità di dare rilievo all'effetto disinibitivo delle sostanze alcoliche e stupefacenti in sede di accertamento del dolo. E ciò tanto più se si considera che, in Germania, dottrina e giurisprudenza prevalenti fanno ricorso ad un'analoga finzione di imputabilità (i.e. *actio libera in causa*), che non fa dipendere la colpevolezza dal comportamento tenuto in stato ebbrezza, bensì dal momento in cui il reo ha assunto le sostanze alcoliche o stupefacenti⁸⁰.

Nello stesso senso, non sembrano esserci limiti preclusivi per il giudice italiano per valutare gli aspetti emotivi come indicatori negativi del dolo al pari di quanto avviene nella giurisprudenza del *Bundesgerichtshof*. Ed infatti qualche apertura sul punto sembra proprio provenire

⁷⁹ Così di recente Cass., 7 marzo 2013-30 maggio 2013, n. 23517, in CED 256472.

⁸⁰ C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 915.

recentemente dalle Sezioni unite.

6.

La teoria della soglia d'inibizione è stata accolta anche dalle Sezioni unite?

In modo del tutto condivisibile la recente sentenza delle Sezioni unite sul caso *Thyssen* è indubbiamente ispirata da una duplice e convergente finalità: rendere, da un lato, più nitidi i confini del dolo eventuale e restringerne, dall'altro lato, l'ambito applicativo⁸¹. Una delimitazione che chiude (ci si augura) una stagione giurisprudenziale segnata da una progressiva e incontrollata espansione dei confini del dolo.

Non essendo possibile analizzare compiutamente i numerosi e complessi aspetti sui quali si sono soffermate le Sezioni unite, ci si limita a mettere in rilievo alcuni passaggi della lunga motivazione che indicano non solo un avvicinamento del perimetro del dolo eventuale individuato dalla Cassazione a quello tracciato dal *Bundesgerichtshof*, ma che soprattutto sembrano suggerire la possibilità che la teoria della soglia d'inibizione possa trovare accoglimento anche nell'ordinamento italiano.

Le Sezioni unite rilevano, innanzitutto, la necessità di «comprendere se l'agente si sia lucidamente raffigurata la realistica prospettiva della possibile verifica dell'evento concreto costituente effetto collaterale della sua condotta». A tal riguardo si osserva che «ciò che è di decisivo rilievo è che si faccia riferimento ad un reale atteggiamento psichico che [...] esprima una scelta razionale» (p. 182 s.).

Se, come osserva la Corte, gli atteggiamenti della sfera emotiva, gli stati d'animo non rilevano in quanto tali, «la sfera emotiva non [è] del tutto estranea al nostro tema». E ciò perché occorre «comprendere le ragioni che hanno determinato la speranza o altro atteggiamento emotivo» (p. 183).

Sulla base di tali premesse, la Corte torna sul tema poche pagine oltre, nell'ambito dell'analisi degli indicatori (positivi e negativi) del dolo. Ed è proprio in relazione ad uno di essi (i.e. la durata e la ripetizione della condotta) che la Cassazione sembra aprire la strada, anche nella giurisprudenza italiana, alla teoria della soglia d'inibizione. Si osserva, infatti, che «un comportamento repentino, impulsivo, accredita l'ipotesi di un'insufficiente ponderazione di certe conseguenze illecite. In generale la bravata e l'atto compiuto d'impulso in stato emotivo alterato indiziano un atteggiamento di grave imprudenza piuttosto che la volontaria accettazione della possibilità che si verifichino eventi sinistri» (p.185).

Con specifico riguardo al reato di omicidio, la categoria del dolo eventuale e, più in particolare, i casi di dolo d'impeto sembrano così perdere rilievo sia a favore dell'ambito di rilevanza della variante colposa aggravata dalla previsione dell'evento, sia a favore della preterintenzione.

Non resta, quindi, che aspettare di apprezzare le conseguenze che, in sede di accertamento del dolo d'omicidio, questo rinnovato rilievo attribuito agli atti compiuti d'impulso in stato emotivo alterato sortirà sulla giurisprudenza di merito.

⁸¹ Uno sforzo delimitativo che non ha sempre trovato accoglimento nella giurisprudenza successiva: [Cass., 28 ottobre 2014-18 dicembre 2014, n. 52530](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 marzo 2015; Cass., 11 marzo 2015-30 aprile 2015, n. 18220, in CED 263856, la quale «ha annullato con rinvio la sentenza di condanna per omicidio doloso pronunciata in relazione alla condotta dell'imputato, il quale, in stato di ebbrezza, aveva viaggiato contro mano in autostrada, provocando così la collisione con altra auto e, per l'effetto, sia il ferimento del conducente sia il decesso immediato dei quattro trasportati, affinché la corte territoriale enucleasse, con maggiore precisione e valutandone analiticamente gli indicatori sintomatici, l'elemento soggettivo del reato». A seguito dell'annullamento la Corte d'Assise d'Appello di Torino ha confermato, lo scorso 16 gennaio 2016, la condanna per omicidio doloso, disattendendo la richiesta di condanna per omicidio colposo formulata dal Pubblico Ministero.

LA SENTENZA DELLA CASSAZIONE SUL CASO BERLUSCONI-RUBY: TRA MORALE E DIRITTO

A proposito di Cass. Pen., Sez. VI, 10.3.2015 (dep. 28.5.2015), n. 22526, Pres. Milo,
Est. Villoni, ric. P.G. c. Berlusconi

Gian Luigi Gatta

ABSTRACT

L'A. svolge alcune considerazioni a margine della sentenza con la quale la Corte di cassazione, nell'ambito della vicenda giudiziaria nota come 'caso Ruby' (o Rubygate), ormai entrata nella storia degli scandali della vita politica italiana, ha assolto l'ex Presidente del Consiglio Silvio Berlusconi dai reati di concussione e prostituzione minorile. La Cassazione ha in particolare escluso la concussione, difettando una condotta costringente, e, in particolare, una vera e propria minaccia rivolta al Capo di Gabinetto del Questore di Milano affinché procurasse il rilascio della ragazza da parte della polizia; ha altresì escluso la prostituzione minorile perché il fatto, pur accertato nella sua materialità, non costituisce reato in quanto realizzato senza la consapevolezza dell'età minore dell'avveniente ragazza. Nel commentare la decisione, l'A. coglie e distingue, nella vicenda, il piano delle valutazioni giuridiche da quello delle implicazioni politico-'morali'.

1.

Il 28 maggio scorso la Corte di cassazione ha depositato le [motivazioni della sentenza](#) con la quale è stato rigettato il ricorso del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Milano avverso la sentenza della Corte meneghina che, nel luglio del 2014, aveva assolto l'ex Presidente del Consiglio dei Ministri dai reati di **concussione (art. 317 c.p.) e prostituzione minorile (art. 600 bis c.p.)**, per i quali era stata invece pronunciata sentenza di condanna da parte del [Tribunale di Milano](#).

La vicenda è a tutti nota: l'accusa di concussione è stata mossa dalla Procura di Milano per la richiesta – rivolta al Capo di Gabinetto del Questore di Milano, per telefono, nel cuore della notte, dall'allora Presidente del Consiglio – di rilasciare la minorenn **Ruby**, fermata poche ore prima perché accusata di furto; richiesta motivata col pretesto di ragioni diplomatiche – ancorate a un'inesistente rapporto di parentela con l'allora Presidente egiziano Mubarak – e in realtà volta a occultare attività di prostituzione realizzate, anche e proprio da Ruby, presso la residenza di Arcore dell'ex Presidente del Consiglio (nel contesto del famigerato 'bunga-bunga'). L'accusa di prostituzione minorile è stata poi mossa, sempre dalla Procura di Milano, per gli atti sessuali compiuti dal Presidente Berlusconi con Ruby, all'epoca dei fatti minorenne, in cambio di denaro e altre utilità economiche.

Confermando la sentenza della [Corte d'Appello di Milano](#), la Cassazione rende definitiva l'assoluzione del Presidente Berlusconi perché *il fatto di concussione non sussiste*, difettando una condotta costringitiva, e, in particolare, una vera e propria *minaccia* rivolta al Capo di Gabinetto del Questore di Milano, e perché *il fatto di prostituzione minorile*, pur accertato nella sua materialità, *non costituisce reato* in quanto realizzatosenza la *consapevolezza dell'età minore* dell'avvenente ragazza.

2.

La vicenda giudiziaria – accompagnata, in Italia e all'estero, da un enorme clamore mediatico (a detrimento dell'immagine del Paese) – è paradigmatica di quanto, a volte, la giustizia penale possa essere avvertita come ingiusta. Ma come, si domanda il cittadino, si accerta un abuso di potere commesso dal Presidente del Consiglio, si accerta altresì che lo stesso ha pagato una minorenne per avere rapporti sessuali, e tutto finisce nel nulla, con un'assoluzione? Ebbene sì. Perché ciò che rileva per il giudizio morale-politico, che orienta (o dovrebbe orientare) le libere scelte del cittadino-elettore, non sempre coincide – come mostra la vicenda in esame – con quel che, in un sistema retto dal principio di legalità, è sufficiente per fondare l'affermazione della responsabilità penale. **La valutazione etica, insomma, non sempre combacia con quella penalistica**, almeno da quando si è reciso e reso non imprescindibile il nesso tra diritto e morale. Se ben amministrata, in conformità al canone della soggezione del giudice alla legge, la giustizia penale non risponde agli umori o allo sdegno dei più, per fatti eticamente riprovabili: risponde e deve rispondere solo alla legge, per l'appunto, e ai principi che fondano il sistema, a partire da quelli di rango costituzionale. Anche a costo di apparire come ingiusta.

3.

Il profilo delle **valutazioni morali-politiche**, necessariamente implicate in una vicenda tanto clamorosa, che ha coinvolto un'alta carica dello Stato, non è certo compito del giurista. Il giurista può però – e forse deve, se non vuole chiudersi in una torre d'avorio – svolgere una funzione civica mettendo in risalto, nel complesso di una sentenza, pur di assoluzione, gli elementi di valutazione rilevanti per il giudizio morale e politico dei cittadini. Ebbene, in questa prospettiva la lettura della sentenza della Cassazione, qui allegata, conferma **almeno due dati di fatto tutt'altro che irrilevanti e risultati definitivamente accertati**, se pur nel contesto di una vicenda conclusasi con un'assoluzione, altrettanto definitiva: l'ex Presidente del Consiglio

- a) ha commesso **un abuso di potere** allorché ha chiesto al Capo di Gabinetto della Questura di Milano di rilasciare la minorenne Ruby (cfr. in partic. p. 20 della sentenza della Cassazione);
- b) ha compiuto **atti sessuali a pagamento con una minorenne** (cfr. in partic. p. 21 della sentenza della Cassazione, dove viene "data per acquisita la *prova certa* che, presso la residenza di Arcore...vi fu esercizio di attività prostitutiva che coinvolse anche" Ruby).

Non ha però commesso **fatti penalmente rilevanti**: perché l'abuso di potere rileva per il diritto penale solo quando è realizzato secondo le modalità tipiche di una determinata figura di reato (es. concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, abuso d'ufficio), ritenute

insussistenti nel caso di specie; e perché, in un sistema in cui avere rapporti sessuali con una prostituta non è reato, gli atti sessuali a pagamento con persona *minorenne* rilevano penalmente solo se l'agente è *consapevole*, per l'appunto, dell'età minore della partner. Ed è quest'ultima una circostanza *di fatto* – decisiva – che all'esito del processo Ruby non è stata provata, almeno secondo quanto ha ritenuto la Corte d'Appello di Milano, con una motivazione ritenuta dalla Cassazione priva di vizi sotto i profili della contraddittorietà e della illogicità.

4.

Sotto il profilo delle **valutazioni giuridiche** – in particolare, di quelle di diritto sostanziale – la sentenza della Cassazione sul caso Ruby si segnala per più di una ragione.

4.1.

Diciamo subito che nell'economia complessiva della motivazione della sentenza, l'imputazione di **prostituzione minorile** (pp. 20-27) – oggetto delle maggiori attenzioni da parte dei media e dell'opinione pubblica – ha in realtà un ruolo secondario e pone indubbiamente “minori problemi” (p. 20), legati pressoché esclusivamente alla vicenda ‘in fatto’ e alla tenuta della motivazione della sentenza impugnata in ordine alla *prova* della mancata consapevolezza, da parte del celebre imputato, dell'età minore di Ruby, all'epoca dei rapporti sessuali. Sul punto rinviato il lettore alla sentenza allegata, non senza però sottolineare che la Cassazione, come si è anticipato, con un'interessante e articolata argomentazione ha ritenuto immune da vizi la motivazione della sentenza della Corte d'Appello di Milano e ha confermato l'assoluzione dal delitto di prostituzione minorile. Ciò dopo aver ribadito, in punto di diritto (p. 20/21), che il **principio di colpevolezza** esige, per la rimproverabilità personale del fatto (si richiamano le note sentenze nn. 364/1988 e 322/2007 della Corte costituzionale) che tutti e ciascuno gli elementi della fattispecie di cui all'art. 600 *bis* c.p. siano investiti dal *dolo*, compresa l'età minore della persona con la quale si hanno rapporti sessuali. La rilevanza della *colpa*, in ordine a questo elemento del fatto di reato, è stata stabilita solo *dopo* la commissione del fatto, per effetto dell'introduzione del nuovo **art. 602-quater c.p.** (inserito dalla l. 1° ottobre 2012, n. 172), a norma del quale l'autore del delitto di prostituzione minorile (e degli altri delitti previsti nella Sezione I, Capo III, Libro II del Codice penale) “non può invocare a propria scusa l'ignoranza dell'età della persona offesa, *salvo che si tratti di ignoranza inevitabile*”. Con una disposizione del tutto analoga a quella contestualmente introdotta nel riformato art. 609 *sexies* c.p. (e ‘anticipata’, in via di interpretazione conforme al principio di colpevolezza, dalla sent. n. 322/2007 della Corte costituzionale), il legislatore ha così dato rilievo all'ignoranza evitabile – e pertanto *colpevole* – dell'età minore della persona offesa. Orbene, come afferma la Cassazione, nella sentenza annotata (p. 20), “trattasi di *previsione che incide sull'elemento soggettivo dell'illecito*, in particolare riducendo l'area dell'errore di fatto scusabile (art. 47 comma 1 c.p.) e come tale consistente in **una modifica in senso sfavorevole all'autore del reato**, soggetta al principio dell'applicazione retroattiva o ultrattiva della legge più favorevole di cui all'**art. 2, comma 4 c.p.**”.

4.2.

Assai più articolata – e rilevante sotto il principio dell'enunciazione dei principi di diritto – è la parte della motivazione relativa all'imputazione di **concussione**.

a) La S.C. mostra, anzitutto, di seguire la strada recentemente tracciata dalle Sezioni Unite con la [sentenza Maldera](#): la concussione è configurabile in presenza di una condotta realizzata con modalità costrittive e, in particolare, attraverso violenza fisica o (come per lo più avviene) **minaccia**, cioè prospettazione di un danno ingiusto. Orbene, secondo la sentenza annotata la Corte d'Appello di Milano ha escluso, con un “logico” e “persuasivo” apprezzamento del compendio probatorio, che nel caso di specie l'ex Presidente del Consiglio abbia richiesto la liberazione di Ruby con una vera e propria minaccia. È una conclusione alla quale la S.C. perviene attraverso **una lettura restrittiva del concetto di minaccia penalmente rilevante** (e, di conseguenza, della concussione stessa), coerente con quella proposta dalla citata sentenza Maldera delle Sezioni Unite e nella quale – sia consentito segnalarlo – ci sembra trovino conferma alcune tesi di fondo da noi sostenute in un lavoro monografico del 2013 ([G.L. Gatta, La minaccia, contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante, Roma, 2013, ivi, in partic., p. 238 s.](#)). È una lettura garantista che, in ossequio al principio di legalità, è attenta

a restituire al concetto di ‘minaccia’ le note tipiche della modalità della condotta ‘costrittiva’ che il legislatore ha individuato, nell’art. 317 c.p. per selezionare i fatti penalmente rilevanti di concussione. Troppo spesso quel concetto viene invece rarefatto dalla giurisprudenza, che fa riferimento, in decine di massime tralatizie, a *qualsiasi comportamento* capace di incutere timore. Nel nostro lavoro del 2013 sottolineavamo, in proposito, che per reggere il confronto con la violenza fisica – modalità alternativa della condotta, nelle fattispecie incardinate sulla coazione del soggetto passivo – la minaccia deve consistere in un atto di sopraffazione prepotente, diretto contro l’integrità psichica del destinatario. E se anche è configurabile in via di principio una minaccia ‘implicita’ – nessuno può negarlo, con sano realismo (basti pensare al contesto mafioso) – è anche vero che per la realizzazione di un fatto penalmente rilevante di minaccia è necessaria la prova di “un *minimum* di comportamento minatorio, che deve essere oggetto di prova – di riscontri oggettivi – in sede processuale” (G.L. Gatta, *La minaccia*, cit., p. 242). È **necessaria l’esteriorizzazione di una condotta intimidatoria**, anche perché, come insegna un’antica tradizione giuridica, che affonda le più salde radici nel diritto canonico, **la minaccia presuppone che il metus sia incusso ab extrinseco**, essendo irrilevante ogni forma di *metus ab intrinseco*. In passato la mancata prova del carattere estrinseco del *metus* – o, se si vuole, della *esteriorizzazione di una vera e propria minaccia* – ha portato la Cassazione ad annullare sentenze di condanna pronunciate all’esito di noti processi in materia di *criminalità organizzata* (Cfr. Cass. Sez. II, 24 aprile 2012, n. 31512, Barbaro, CED 254031 – relativa al processo ‘Cerberus’ – infiltrazione della ‘ndrangheta nell’hinterland milanese). Oggi quella mancata prova ha portato la Cassazione a confermare l’assoluzione dell’ex Presidente del Consiglio in un processo ancor più noto.

Si legge infatti nella sentenza annotata che *ai fini dell’integrazione del delitto di concussione “è necessario che la condotta abusiva del pubblico ufficiale divenga positivamente concreta, nel senso che la vittima deve essere posta nella condizione di percepirne l’effettiva portata intimidatoria e costrittiva, idonea a ingenerare in lei il timore di un danno contra ius, in caso di mancata adesione alla richiesta dell’indebito che gli viene rivolta. È necessario, in sostanza, dimostrare che il pubblico ufficiale ha abusato delle sue qualità o dei suoi poteri, esteriorizzando concretamente un atteggiamento idoneo a intimidire la vittima, tanto da incidere negativamente sulla sua integrità psichica e sulla sua libertà di autodeterminazione”*.

b) È una prova che, nel caso di specie, è stata esclusa dalla Corte d’Appello di Milano che, con una motivazione ritenuta dalla Cassazione logica e immune da vizi, ha individuato la molla del comportamento accondiscendente del Capo di Gabinetto del Questore di Milano non già in una “esterna e grave coazione psicologica della sua volontà”, bensì “nella combinazione di più fattori, tutti interni al medesimo soggetto, costituiti da **timore reverenziale**, debolezza caratteriale, desiderio di non sfigurare, timore autoindotto, convinzione di agire nel lecito” (p. 13). E il mero **timore reverenziale**, proprio in quanto auto-indotto, è riconducibile al **metus ab intrinseco**, del quale anzi rappresenta un’ipotesi classica nella tradizione canonistica e civilistica (cfr. G.L. Gatta, *La minaccia*, cit., p. 249 s.). La sentenza annotata si segnala anche e proprio per avere affermato in ambito penalistico un principio di portata generale nell’ordinamento, contribuendo così all’affermazione di **un concetto di minaccia tendenzialmente unitario** (è la tesi da noi sostenuta nel più volte citato lavoro monografico). Afferma in proposito la sentenza annotata che *“il timore autoindotto, di per sé, non incide sulla libertà di determinazione del soggetto, tanto che non integra, anche sul piano civilistico, un vizio della volontà, quale causa di annullamento del contratto (art. 1437 cod. civ.)”*.

L’affermazione della S.C. assume una particolare rilevanza, che va oltre all’ambito dei rapporti gerarchici interni alla P.A. **La concussione non è “un reato di posizione” (p. 16):** *“non è infatti la mera posizione sovraordinata e di supremazia, sempre connaturata alla qualifica di pubblico ufficiale in ragione della qualità rivestita o della funzione svolta, a integrare il delitto di concussione soltanto perché la controparte, per motivazioni a sé interne, venga comunque ad avvertire uno stato di soggezione”*. E “si è di fronte a un’evidente petizione di principio” se si afferma che “un’alta carica dello Stato, se contrastata in una sua richiesta, certamente attiverebbe iniziative ritorsive nei confronti della persona che ha osato contrastarla”.

D’altra parte, sottolinea la sentenza annotata (p. 18 s.), **la prova di una minaccia**, vera e propria – come anche la prova di una induzione rilevante per la fattispecie di cui all’art. 319-*quater* c.p. – è **ancor più rigorosa “ove il destinatario della pressione abusiva sia, come nel caso in esame, un altro pubblico ufficiale**, sul quale gravano precisi doveri inerenti al

corretto espletamento delle sue funzioni nel settore di competenza”: “non può infatti essere sottovalutato il particolare **obbligo di resistenza** da lui esigibile”. Ne consegue che “l’effetto coartante o induttivo sulla libertà di determinazione del soggetto rivestito di qualifica pubblicistica deve essere apprezzato con particolare prudenza, proprio in considerazione dell’elevato grado di resistenza che da lui ci si aspetta e che se, secondo la fisiologica dinamica che connota lo specifico rapporto intersoggettivo, deve rendere recessiva la forza intimidatrice o persuasiva di cui è destinatario”.

5.

Dopo aver escluso la configurabilità della concussione, la S.C. esclude altresì che il fatto sia riconducibile alla figura dell’**induzione indebita ex art. 319-*quater* c.p.**, “in continuità normativa” con la fattispecie di concussione per induzione (art. 317 c.p., nella versione precedente alla l. n. 190/2012 e vigente all’epoca della commissione del fatto oggetto del giudizio, risalente al 2010). La sentenza annotata ribadisce in proposito – anche in questo caso sulla scia della sentenza Maldera delle S.U. – che la condotta induttiva si caratterizza per la prospettazione (anche in forma implicita) di **un vantaggio indebito, che entrambe le pronunce di merito hanno escluso**. Né tale vantaggio può ritenersi conseguente, di per sé, a un comportamento accondiscendente nei confronti di una richiesta di un superiore gerarchico o, comunque, di un’alta carica dello Stato: si tratta “all’evidenza di argomento assertivo, di mero sospetto, che non trova alcun riscontro probatorio nei dati processuali acquisiti” (p. 18).

La sentenza annotata, d’altra parte, **esclude espressamente “l’idoneità ingannatoria” della prospettata parentela tra Ruby e il Presidente Mubarak**, “rivelatasi immediatamente falsa” (p. 16). È quanto basta, a noi pare, per escludere altresì che sia configurabile la previgente fattispecie di **concussione per induzione-inganno**, non più riconducibile alla previsione dell’art. 319-*quater* c.p., che punisce anche l’indotto (sarebbe irragionevole punire l’indotto/ingannato). Se ciò è vero, **trova conferma la tesi secondo cui l’assoluzione del Presidente Berlusconi non è frutto della riforma della concussione attuata con la legge Severino del 2012**.

6.

La S.C. esclude altresì, infine, che nel fatto oggetto del giudizio sia ravvisabile un **abuso d’ufficio**, realizzato in concorso tra il Presidente Berlusconi (come ‘extraneus’) e il Capo di Gabinetto del Questore di Milano (p. 19/20). “Anche a voler ritenere la procedura amministrativa seguita dalla Questura di Milano per l’affidamento della minore Ruby non conforme al dettato dell’art. 403 c.c.”, mancano comunque, nel caso di specie, gli elementi dell’ingiusto **vantaggio patrimoniale** e del danno ingiusto, necessari, dopo la riforma del 1997, per integrare un abuso d’ufficio penalmente rilevante. Le cose sarebbero ben diverse, sottolinea in modo sibillino la S.C. (p. 20), se fossero tuttora vigenti le norme incriminatrici dell’**interesse privato in atti d’ufficio (art. 324 c.p.)** – abrogata nel 1990 – o dell’**abuso d’ufficio (art. 323 c.p.)**, **nella versione precedente alla riforma del 1997**. Come a dire che se l’abuso di potere realizzato la notte del rilascio di Ruby è penalmente irrilevante – e suscita l’indignazione di buona parte dell’opinione pubblica – è forse dovuto a riforme del passato meno recente, che animate dal pur lodevole intento di una maggiore tipizzazione di alcuni delitti contro la p.a., risultano però avere ristretto eccessivamente le maglie del diritto penale nel contrasto ai più svariati abusi di potere realizzati in seno alla p.a.

SENTENZA DICHIARATIVA DI FALLIMENTO E BANCAROTTA: DAVVERO INCOLMABILE IL DIVARIO FRA TEORIA E PRASSI?

Francesco Mucciarelli

ABSTRACT

Giurisprudenza e dottrina sono storicamente divise sul ruolo da assegnare alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza rispetto ai delitti di bancarotta. Le Corti annoverano la sentenza dichiarativa di fallimento tra gli elementi costitutivi del reato, senza però trarne tutte le implicazioni di carattere sistematico e giungendo talvolta a risultati interpretativi eccentrici. L'impostazione prevalente in dottrina, secondo cui il fallimento è condizione obiettiva di punibilità, non soltanto risulta più coerente sotto il profilo dogmatico, ma a ben vedere si sottrae anche alle possibili criticità concernenti l'individuazione del *tempus* e del *locus commissi delicti*.

SOMMARIO

1. La tradizionale impostazione giurisprudenziale e il dibattito innescato dalla “sentenza Ravenna Calcio”. – 2. Il fallimento come condizione obiettiva di punibilità della bancarotta in ragione del bene giuridico protetto. – 2.1. Condotte di bancarotta e meritevolezza di pena. – 3. La compatibilità delle condizioni obiettive di punibilità con l'art. 27 Cost. – 3.1. Bancarotta e principio di colpevolezza. – 4. La rilevanza delle condizioni obiettive di punibilità nell'ottica del *tempus* e del *locus commissi delicti*.

* Scritto destinato alla pubblicazione in un volume collettaneo in materia di diritto delle procedure concorsuali a cura di Riccardo Borsari.

1.

La tradizionale impostazione giurisprudenziale e il dibattito innescato dalla “sentenza Ravenna Calcio”.

Retrostante alla controversia sulla collocazione della sentenza dichiarativa di fallimento¹ rispetto ai reati di bancarotta prefallimentare sta – soprattutto nella lettura della giurisprudenza – un'esigenza di politica giudiziaria, da ultimo così efficacemente sintetizzata: «far coincidere *tempus* e *locus commissi delicti* rispettivamente con la data e il luogo in cui è stata pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento»², esigenza che non può essere trascurata poste le conseguenze che a prima vista ne deriverebbero (ma delle quali, come si cercherà di mostrare al termine della presente analisi, la qualificazione come condizione oggettiva estrinseca di punibilità non è di per sé foriera).

Come noto, la giurisprudenza della Corte di legittimità presenta una monolitica lettura della sentenza dichiarativa di fallimento nel quadro dei reati di bancarotta, negandone con risolutezza la natura di condizione obiettiva di punibilità, per affermarne invece il carattere di elemento costitutivo del reato: ad esser precisi, se recisa è la componente negativa dell'assunto, meno ferma (almeno nelle varianti linguistiche) è la definizione in positivo di questo estremo, che pur innerva le figure di bancarotta.

Estremo denominato come condizione di esistenza del reato dalla sentenza delle Sezioni Unite del 1958³, dalla quale l'orientamento trae origine, ovvero elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato, o ancora elemento normativo interno alla fattispecie⁴, ovvero elemento indispensabile per attribuire la qualifica di reati a condotte altrimenti lecite o penalmente indifferenti⁵, dove i mutamenti linguistici non sembrano tali da dar luogo neppure a un campo semantico, limitati come sono a poco più che traslitterazioni, posto che, al di là della squama verbale, i termini si equivalgono nel designare il ricordato estremo quale elemento costitutivo del fatto tipico, inteso belinghianamente come l'insieme o la somma degli elementi che incarnano il volto di una specifica figura di reato.

Confidando di non scadere in uno psicologismo interpretativo di rozza fattura e ad un tempo privo di qualsiasi valore, siffatta silloge di definizioni sembra tuttavia dar conto di un malcelato imbarazzo di fronte alle conseguenze che dovrebbero trarsi dall'aperto riconoscimento della sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo del reato.

Icasticamente definita come «concezione dogmaticamente ambigua, perché lascia indeterminata la precisa natura di un elemento di fattispecie distinto dalla condotta, ma non inquadrabile come evento»⁶, essa importerebbe che nel dolo – e più esattamente nel momento rappresentativo d'esso – dovrebbe specchiarsi l'accertamento giudiziale del fallimento, mentre, sul piano della volontà, l'evenienza di tale pronunzia dovrebbe essere accettata almeno a titolo eventuale. Sicché oggetto del dolo dovrebbe essere – in modo assai poco plausibile – il verificarsi di una decisione giudiziale come tale non pensata e che, al momento della condotta, non sarebbe neppur ragionevolmente prevedibile che potesse verificarsi⁷, mentre il momento della volizione, seppur nella forma esangue dell'eventualità, è – nella generalità dei casi – piuttosto riempito dal suo opposto, cioè dalla non volizione di quella decisione che segna l'irreversibilità dello stato d'insolvenza.

Un dato normativo soccorre in proposito, fornendo un preciso riscontro sul versante sistematico: prevede notoriamente l'art. 217, co. 1, n. 4, l. fall. la punibilità dell'aggravamento dello stato di dissesto ad opera dell'imprenditore poi dichiarato fallito, aggravamento derivante dalla tardiva richiesta di fallimento ovvero da altra colpa grave.

¹ Ovvero: della pronunzia giudiziale dichiarativa dello stato d'insolvenza che dà ingresso alle procedure concorsuali.

² Così G. CASAROLI, *Commento all'art. 44 c.p.*, in *Codice Penale*, a cura di T. Padovani, coord. da G.A. De Francesco-G. Fidelbo-A. Vallini, 6^a ed., Milano, 2014, t. 1, 352. In senso analogo M. GALLO, *Appunti di diritto penale*, I, Torino, 1999, 172 s.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3^a ed., Milano, 2004, sub art. 6, § 17, 127.

³ Cass. pen., sez. un., 25 gennaio 1958, ric. Mezzo, in *Giust. pen.*, 1958, II, 513.

⁴ Cass. pen., sez. un., 26/02/2009, n. 24468, Rizzoli, in *Cass. pen.*, 2010, 1619 ss., con nota di F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 24468/2009 delle Sezioni unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*.

⁵ In questi termini, ad esempio, Cass. pen., sez. V, 15 dicembre 1988, n. 2234/1989, Grespan, in *Cass. pen.*, 1990, 1165.

⁶ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari* in C. PEDRAZZI-A. ALESSANDRI-L. FOFFANI-S. SEMINARA-G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2^a ed. agg., Bologna, 1998, 107.

⁷ In questo senso G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 4^a ed., Milano, 2012, 377.

Se, come mostrano di ritenere autorevole dottrina⁸ e la giurisprudenza pressoché unanime⁹, la previsione in discorso estende a tutte le ipotesi di bancarotta semplice (ivi compresa quella del n. 3, *id est* operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento¹⁰), nonché a quelle contemplate dall'art. 224 l. fall.¹¹, il regime soggettivo della punibilità colposa, ci si avvede agevolmente dell'apparente aporia per la quale fatti colposi di bancarotta (certamente al di fuori della volizione dell'agente *ex art.* 43 c.p.) dovrebbero essere addebitati al fallito in quanto egli poteva rappresentarsi – o al limite si è rappresentato, in caso di colpa con previsione – la sentenza dichiarativa di fallimento.

La contraddizione in termini è manifesta: da un lato il fallimento ritardato non è voluto (e quindi non rientra nell'elemento intellettuale), coerentemente con la natura colposa dell'illecito, dall'altro rientra (dovrebbe rientrare) quanto meno nello spettro della prevedibilità quale elemento costitutivo del reato. L'antinomia lascia ancor più convinti che la sentenza di fallimento non possa essere oggetto della volizione, né della rappresentazione, dell'agente qualificato delle fattispecie dolose di bancarotta.

Né può sfuggire nel contesto una sentenza della Corte di Cassazione¹², che ha portato alle conseguenze estreme la risalente qualificazione della decisione dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale (e più in generale delle figure di bancarotta patrimoniale): accolta da parte di taluni interpreti¹³ come segno di un (positivo) mutamento del contegno della Corte regolatrice in relazione ai profili concernenti l'accertamento, da un lato, del rapporto causale fra condotte tipiche e fallimento-evento del reato e, dall'altro, dell'elemento psicologico secondo le più rigorose cadenze derivanti dalla diretta inserzione nell'oggetto del dolo della sentenza dichiarativa di fallimento, il (discutibile e discusso¹⁴) *novum* è stato repentinamente smentito dagli stessi Giudici della legge con una serie ininterrotta di sentenze¹⁵.

Indipendentemente da alcune fragilità argomentative, la ricordata eccentrica decisione della Suprema Corte ha tuttavia il merito indiscutibile di porre la questione in termini di grande chiarezza: se davvero la sentenza dichiarativa di fallimento è elemento costitutivo del reato, allora deve essere colta come tale nell'economia della fattispecie e, dunque, assoggettata ai vincoli sistematici propri degli estremi del fatto punibile.

E ciò non tanto per la pur scarsamente condivisibile qualificazione della sentenza di fallimento come evento del reato di bancarotta, posto che non necessariamente ogni elemento costitutivo del reato diverso dalla condotta ne rappresenta *eo ipso* l'evento, bensì con riferimento al profilo della caratterizzazione sul versante della colpevolezza.

Ritenuta che sia estremo costitutivo, la dichiarazione giudiziale d'insolvenza deve essere illuminata dal dolo sia nel momento della rappresentazione, sia in quello della volizione: siffatta conclusione della discussa pronuncia è peraltro pienamente coerente con l'assunto che la decisione stessa pone alla base del suo percorso motivazionale, assunto – si badi – esattamente tratto da una elaborazione giurisprudenziale che ha ormai superato il mezzo secolo di pressoché ininterrotte conferme. In tal modo qualificata la sentenza dichiarativa di fallimento, non può dubitarsi che allo statuto di elemento costitutivo del reato acceda la coloritura psicologica: necessità sistematiche e il rispetto del superiore principio di colpevolezza, momento fondante

⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, II, 13ª ed., a cura di C.F. Grosso, Milano, 2014, 154.

⁹ *Ex multis* v. Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2004, n. 26647, Fierro, in *Riv. dott. comm.*, 2004, 1153.

¹⁰ Sull'elemento soggettivo dell'ipotesi di bancarotta prevista dall'art. 217, co. 1, n. 3, l. fall. v. C. PEDRAZZI, (sub) *Art. 217*, in C. PEDRAZZI-F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Art. 216-227*, in *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1995, 160; adesso anche in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 621 (d'ora in avanti da qui le citazioni).

¹¹ In questo senso, da ultimo, Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi, in *Riv. pen.*, 2014, 914.

¹² Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta (c.d. sentenza Ravenna Calcio), in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 437 ss., con nota di F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*

¹³ G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 67; A. LANZI, *La Cassazione "razionalizza" la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2014, 117 ss.; L. TROYER-A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti)specie?*, in *Le Società*, 2013, 335.

¹⁴ Per una critica alla ricordata sentenza Ravenna Calcio, v. F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2013; G.G. SANDRELLI, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*, in *Cass. pen.*, 2013, 1429 ss.; nonché, scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva*, cit., 443.

¹⁵ Si veda ad es. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 733/2013, Sarno, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2013, con commento adesivo di F. VIGANÒ, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrelevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*. Conforme, da ultimo, Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, cit.

sul piano costituzionale¹⁶ della stessa responsabilità penale, esigono una simile conclusione.

Malgrado ciò, ricorre costante nelle decisioni dei giudici della legge l'adagio per il quale la dichiarazione di fallimento sarebbe estranea al dolo e alla colpa richiesti dai reati di bancarotta fraudolenta e semplice, sicché la rappresentazione (o anche la mera prevedibilità) del fallimento non farebbe parte dell'elemento psicologico del reato, conseguentemente valutandosi irrilevante il fatto che nell'agente difetti la consapevolezza di poter fallire, anche perché siffatta convinzione si risolverebbe in errore su legge extrapenale, richiamata da quella penale¹⁷. Con una variante che sposta sull'insolvenza come presupposto della dichiarazione di fallimento l'oggetto di un dolo sostanzialmente negato, si è ritenuta non necessaria la consapevolezza dello stato d'insolvenza stesso, con la conseguente irrilevanza che tale stato si sia manifestato o meno al momento della condotta illecita¹⁸.

La singolarità sistematica della descritta ricostruzione, nella quale un elemento costitutivo del reato è estraneo alla connotazione della colpevolezza, ha spinto – per vero in epoca risalente – il Giudice di legittimità ad una affermazione insieme unica e anomala, motivata dall'esigenza di superare l'altrimenti insostenibile aporia: i reati contemplati dalla legge fallimentare non sarebbero soggetti alla disciplina del codice penale quanto a elementi costitutivi e circostanze, bensì alla legge fallimentare medesima¹⁹. Non interessa qui la confutazione di un simile asserto (a principiarsi dalla sua manifesta incompatibilità con il canone dettato dall'art. 16 c.p.): vale piuttosto notare come la necessità di sfuggire alla ricordata aporia si sia addirittura risolta nella negazione di uno dei vincoli maggiori sul piano sistematico.

La discussa *sentenza Ravenna Calcio*²⁰ sviluppa un percorso di segno diverso, connotato tuttavia dalla medesima ragion pratica: non incorrere nella inconciliabile antinomia per la quale un elemento costitutivo non è contrassegnato dalla colpevolezza. Se in tempi remoti si era assistito allo sforzo di negare l'applicabilità del principio regolatore, più di recente si osserva lo sviluppo consequenziale dei principi generali applicabili: ma in entrambi i casi – fra loro antipodici – immutata rimane la qualificazione della dichiarazione di fallimento come elemento costitutivo del reato, quasi che le paventate conseguenze di politica giudiziaria all'inizio richiamate finiscano con il conferire alla più volte rammentata qualificazione il segno della immutabilità.

Accanto all'orientamento di cui s'è dato conto, ne trascorre un altro, nel quale vanno annoverate sentenze che esprimono letture fra loro non pienamente coerenti, tuttavia accomunate dal sostanziale esplicito riconoscimento della natura dei delitti di bancarotta come reati di condotta e di pericolo, riconoscimento dal quale vengono tratte conseguenze esclusivamente sul piano dell'elemento soggettivo, inteso quale dolo generico avente ad oggetto la rappresentazione e la volizione della condotta come pericolosa rispetto alla lesione degli interessi creditori protetti dalla norma incriminatrice.

Si legge, così, che l'estremo psicologico sarebbe integrato dalla consapevole volontà di imprimere al patrimonio sociale una destinazione incompatibile con le finalità dell'impresa, ovvero di compiere atti che determinano o possano determinare danno ai creditori, elemento soggettivo che quindi sussisterebbe anche qualora l'agente, pur non perseguendo in modo diretto il risultato, lo preveda e tuttavia non si astenga dalla condotta, permettendo così il realizzarsi del fatto tipico²¹.

Se la parte maggiore delle decisioni che a tale orientamento appartengono rifugge da una esplicita presa di posizione in ordine alla qualificazione della dichiarazione di fallimento²², viene ribadito il canone secondo cui nell'oggetto del momento rappresentativo del dolo non

¹⁶ V. *Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*; e, in modo ancor più netto, *Corte cost., sent. 13 dicembre 1988, n. 1085*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 289 ss., con nota di P. VENEZIANI, *Furto d'uso e principio di colpevolezza*.

¹⁷ Fra le molte, v. *Cass. pen.*, sez. V, 20 febbraio 2001, n. 17044, Martini, in *Cass. pen.*, 2002, 3872 ss.

¹⁸ V. *Cass. pen.*, sez. V, 14 dicembre 2012, n. 3229/13, Rossetto, in *CED Cass.*, rv. 253932; *Cass. pen.*, sez. V, 26 settembre 2011, n. 44933, Pisani, in *Cass. pen.*, 2012, 4205 ss.; *Cass. pen.*, sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11633, Lombardi Stronati, in *CED Cass.*, rv. 252307.

¹⁹ Cfr *Cass. pen.*, sez. V, 26 febbraio 1986, n. 5637, Gesnelli, in *CED Cass.*, rv. 173143.

²⁰ *Cass. pen.*, sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, cit.

²¹ In questo senso cfr *Cass. pen.*, sez. V, 6 ottobre 1999, n. 12897, Tassan Din, in *Riv. pen.*, 2000, 153; *Cass. pen.*, sez. V, 1° luglio 2002, n. 29896, Arienti, in *CED Cass.*, rv. 222388; *Cass. pen.*, sez. V, 30 gennaio 2006, n. 7555, De Rosa, in *CED Cass.*, rv. 233413.

²² Per vero ve ne sono alcune che lo ribadiscono espressamente: si veda *Cass. pen.*, sez. V, 5 luglio 2007, n. 35066, P.M. in proc. Ascone, in *Cass. pen.*, 2010, 2396, secondo la quale per la realizzazione dei delitti di bancarotta patrimoniale e documentale è necessaria la volontà o l'accettazione del rischio che la condotta costituisca causa o concausa del fallimento, che è elemento costitutivo del reato.

soltanto è esclusa la sentenza dichiarativa di fallimento, ma sono del pari non ricompresi lo stato d'insolvenza o il dissesto, che ne costituiscono il presupposto.

Precisato che i termini *dissesto* e *stato d'insolvenza* (per non dire di *fallimento*) non sono certamente sinonimi, né tanto meno espressivi del medesimo concetto in ambiti di discorso diversi, è agevole avvedersi come anche questo più attento indirizzo si limiti a rendere meno evidente l'ambiguità di fondo. Pur concentrando lo sviluppo argomentativo sul versante dell'elemento psicologico del reato, le richiamate decisioni del Supremo Collegio ripropongono a ben vedere la singolarità sistematica di un elemento del fatto tipico che viene esplicitamente ritenuto estraneo alla colpevolezza.

Se si osserva da un più generale angolo prospettico il panorama della giurisprudenza, non sembra azzardato concludere che il costo della inflessibile qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento come elemento costitutivo dei reati di bancarotta si riconosce, da un lato, nella variegata e non sempre lineare trama argomentativa delle decisioni mentre, dall'altro, si risolve in una «concezione dogmaticamente ambigua[, dalle] implicazioni concettuali [destinate] a lasciare perplessi»²³.

È forse una differente angolatura della visuale a promettere una denotazione della dichiarazione di fallimento maggiormente plausibile sul versante sistematico, foriera di riflessi applicativi anch'essi maggiormente coerenti con i canoni della colpevolezza e della offensività.

2.

Il fallimento come condizione obiettiva di punibilità della bancarotta in ragione del bene giuridico protetto.

La differente prospettiva procede da un cardine primario, *id est* il basilare rilievo che «il disvalore penale dei fatti di bancarotta non è un riflesso retrospettivo del fallimento, ma si radica in una carica offensiva ad essi immanente, nella violazione di regole gestionali poste a protezione delle ragioni creditorie. L'imperativo violato dal bancarottiere non vieta di fallire, vieta di porre in essere condotte, sul piano patrimoniale e documentale, atte a pregiudicare il pieno soddisfacimento dei creditori»²⁴.

Il dato di partenza affonda dunque le sue fondamenta nella considerazione che l'imprenditore (neppure l'imprenditore individuale, che è per vero figura soggettiva pressoché sparita dalla prassi, sebbene gli schemi legislativi facciano ancora anacronisticamente riferimento ad esso) è libero di disporre liberamente della «cosa propria».

A ben vedere, una incondizionata libertà di esercizio del diritto di proprietà trova un limite generale già nell'art. 42 Cost. e, se è vero che le limitazioni poste da alcune norme incriminatrici, per tradizione evocate, alludono a interessi confliggenti di rango superiore²⁵, non è meno vero che, nel quadro di una economia capitalista e di mercato, l'attività d'impresa – in relazione al diritto di proprietà dei beni dell'imprenditore stesso – esige la fissazione di limiti in coerenza con il dettato dell'art. 41 Cost., limiti in qualche misura espressivi di interessi confliggenti di rango analogo a quelli patrimoniali tipici del diritto di proprietà.

È ovviamente il diritto dei creditori ciò di cui si tratta, creditori intesi non *uti singuli* bensì come categoria in una vasta accezione (sono tali i fornitori di beni o servizi – i quali a loro volta ben frequentemente sono imprenditori²⁶ –, i dipendenti, i collaboratori non legati da un contratto di lavoro subordinato, i finanziatori, gli obbligazionisti, in qualche misura persino i soci, quando l'impresa abbia – come è ormai la maggioranza pressoché assoluta – forma societaria).

In sintesi: «a differenza dai delitti contro il patrimonio previsti dal codice penale, le condotte di bancarotta patrimoniale non cadono su beni di terze persone, ma sul patrimonio dello stesso imprenditore: siamo in presenza di atti disposizione operati dallo stesso titolare

²³ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 107.

²⁴ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 107 s..

²⁵ Si consideri, ad esempio il caso dell'incendio di cosa propria, dove la tipicità del fatto è condizionata alla concreta esposizione a pericolo della pubblica incolumità (art. 423, cpv, c.p.), ovvero l'ipotesi della distruzione da parte del proprietario di beni di primaria importanza (art. 499 c.p.): qui la punibilità dipende dal verificarsi di un grave nocumento all'economia nazionale, ovvero alla grave carenza di merci di comune o largo consumo.

²⁶ Il caso, tutt'altro che sporadico, che i creditori siano a loro volta imprenditori, potendo implicare una sorta di perniciosa reazione a catena degli effetti dell'insolvenza sulle imprese creditrici destinate a rimanere insoddisfatte, illustra efficacemente la stringente esigenza di una limitazione all'incondizionato esercizio dei diritti sulla «cosa propria».

del patrimonio, la cui integrità il legislatore intende salvaguardare a beneficio dei creditori»²⁷.

Quando l'attività d'impresa sia esercitata da una *personne morale* una notazione ulteriore merita d'essere segnalata: nessun dubbio che si riproduca il fenomeno ora ricordato (le condotte tipiche ricadono sui beni dell'impresa societaria), ma una connotazione peculiare caratterizza i comportamenti dei soggetti qualificati. Questi ultimi sono infatti a loro volta soggetti terzi rispetto all'ente del quale, in forza della rappresentanza organica, gestiscono beni e attività: sicché le condotte tipizzate dalle fattispecie di bancarotta (patrimoniale) si presentano in tale contesto con un contrassegno ulteriore d'illiceità originaria. Lette nell'ambito societario in forza del rinvio operato dall'art. 223 l. fall., le descrizioni contemplate nell'art. 216 co. 1 n. 1 l. fall. – espresse con termini semanticamente evocativi di un intrinseco disvalore²⁸ – acquistano una ulteriore valenza negativa in quanto denotano per sé una anomala gestione dei beni dell'impresa societaria, beni comunque non degli autori qualificati, che rispetto ad essi hanno precisi obblighi di fedeltà e correttezza gestoria nei confronti dell'ente che di quei beni è il titolare effettivo.

Procedendo per tratti di sintesi, appare evidente che il limite sistematico trova nell'art. 2740, co. 1, c.c. il proprio paradigma di riferimento: «il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri», immediatamente arricchito dalla specificazione che «i creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve le cause legittime di prelazione» (art. 2741, co. 1, c.c.).

È dunque la garanzia dei creditori il nucleo essenziale della tutela apprestata dalle norme incriminatrici in tema di bancarotta, ma una garanzia da intendersi «non tanto come un attuale diritto del creditore sui beni del debitore, quanto come una soggezione dei beni stessi al potere di aggressione del creditore insoddisfatto»²⁹.

Lo spettro di tutela della garanzia in questa sua accezione funzionale e dinamica (come la categoria dei creditori è soggetta a un continuo ricambio, altrettanto lo sono le componenti attive del patrimonio³⁰) agevolmente comprende anche i fatti di bancarotta preferenziale, che nel formante del ricordato art. 2741, co. 1, c.c. vedono il retrostante contrappunto civilistico volto ad assicurare il principio della *par condicio creditorum*, a sua volta espressione dell'esigenza di una equilibrata soddisfazione di tutti i creditori (ovvero: in modo che l'effetto dell'eventuale incapienza sia ripartito in misura equilibrata fra tutti i creditori).

Ma anche le figure della bancarotta documentale, apparentemente più lontane dall'interesse patrimoniale sotteso alla nozione di garanzia come oggetto di tutela, nell'accezione di quest'ultima cui s'è fatto cenno tuttavia s'inquadrano. La correttezza nella tenuta delle scritture contabili – anch'essa radicata in norme che tali obblighi fissano: artt. 2214 ss. c.c. – non è immediatamente diretta al presidio dell'interesse dei creditori, ma è ad esso strumentalmente efficiente e, in qualche misura, persino indispensabile: è stato conclusivamente osservato che «la ricostruzione del patrimonio residuo è indispensabile all'individuazione dei beni suscettibili di realizzo; la ricostruzione del movimento degli affari serve alla ricostituzione dell'attivo fruibile dai creditori mediante l'individuazione degli atti inefficaci di diritto o revocabili (...) nonché nel fallimento delle società, mediante l'esercizio delle azioni di responsabilità»³¹. Come ognun vede, uno sfondo patrimoniale è dunque presente anche nelle figure di bancarotta documentale attraverso la mediazione della necessaria trasparenza e tracciabilità delle componenti gestionali ed economico-finanziarie dell'impresa.

2.1.

Condotte di bancarotta e meritevolezza di pena.

Letti dal punto di vista che s'è cercato di riassumere nel paragrafo che precede, i comportamenti tipizzati nelle fattispecie di bancarotta esprimono compiutamente – nel momento stesso della loro realizzazione – il disvalore penale, inteso propriamente come l'offesa recata al bene giuridico tutelato (la garanzia dei creditori).

²⁷ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 101 s..

²⁸ L'impiego in funzione descrittiva delle voci verbali *distrarre*, *dissipare*, *occultare*, *distruggere*, *dissimulare* o formule come *esporre passività inesistenti* non lascia incertezza alcuna sul disvalore intrinseco delle stesse, indipendentemente dalla declaratoria di fallimento.

²⁹ C. PEDRAZZI, *loc. ult. cit.*

³⁰ La notazione è di C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 426.

³¹ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 103.

Che la punibilità di tali condotte, *sub specie* dei correlativi reati fallimentari, dipenda tuttavia dal verificarsi di una condizione estrinseca rispetto alle condotte medesime (la sentenza che accerta lo stato d'insolvenza) non sembra tuttavia argomento bastevole a mutare il segno dell'asserzione: «la dichiarazione di fallimento entra nella fattispecie non perché fondi o incrementi il disvalore intrinseco nei fatti di bancarotta, ma per mere ragioni di opportunità (...) la dichiarazione di fallimento nulla aggiunge all'offesa alle ragioni creditorie già insita nei fatti di bancarotta»³².

Come s'è cercato di mostrare, i comportamenti singolarmente descritti nelle varie figure dei reati di bancarotta presentano dapprima una connotazione in termini di disvalore (talvolta anche penale) autonoma e indipendente rispetto all'offesa tipica di tali reati.

Se, ad esempio, i fatti distrattivi/appropriativi dell'imprenditore individuale su beni dell'impresa possono rimanere estranei alla reazione penale, non per questo siffatte condotte sono prive di riprovevolezza sul versante civilistico³³. Ben diversamente, invece, qualora analoghi fatti di natura distrattiva vengano posti in essere da amministratori di società, manifesta ne è la rilevanza penalmente tipica in relazione (quantomeno) alla fattispecie di appropriazione indebita aggravata.

Una autonoma e indipendente caratterizzazione in termini di illiceità hanno pure le condotte violatrici della regola della *par condicio* fissata dall'art. 2741, co. 1, c.c., violazioni che in sede civile trovano appropriata tutela³⁴. Altrettanto deve dirsi con riferimento alla tenuta delle scritture contabili, che gli artt. 2214 ss. c.c. fissano come obbligo dell'imprenditore.

Sicché non pare azzardata l'affermazione che tutte le condotte costitutive delle figure dei reati di bancarotta sono intrinsecamente connotate in termini di illiceità, recanti dunque una nota di disvalore che prescinde dal «fallimento [che] è l'ambiente proprio del reato di bancarotta»³⁵.

Nell'economia del discorso che si vien facendo, ciò che merita d'essere sottolineato è propriamente la presenza di un autonomo disvalore che colora le condotte che si sono dianzi considerate, fermo restando che il ben più severo trattamento sanzionatorio o, addirittura, il generarsi di una reazione penale si determina con la sentenza di fallimento, che va colta nella sua portata fondante di cristallizzazione di uno stato d'insolvenza irreversibile³⁶. Ma questo non significa affatto che la sentenza di fallimento (ovvero l'irreversibilità dell'insolvenza) aggiunga alcunché «all'offesa delle ragioni creditorie già insita nei fatti di bancarotta»³⁷, quei fatti di bancarotta ai quali corrispondono le condotte che si sono fin qui richiamate per segnalarne la loro connotazione intrinseca in termini d'illiceità.

La più grave sanzione per esse prevista (o il loro divenire reato) se la dichiarazione di fallimento è stata pronunciata dipende – a ben vedere – da «mere ragioni di opportunità», che vanno colte nel rilievo che «un diffuso sindacato penalistico potrebbe portare a un tracollo un'impresa ancora in vita, con esiti negativi per l'economia e gli stessi creditori. Ogni remora viene meno quando il fallimento registra il decesso dell'organismo produttivo»³⁸.

Si osservi la puntualità e il valore del riferimento alla natura del sindacato del giudice penale: a essere incompatibile (o comunque inefficiente) è un controllo «sistematico della conduzione economico-finanziaria, che avrebbe effetti esiziali su un'impresa ancora funzionante»³⁹, non certo l'intervento in relazione a fatti specifici.

Si pensi alle condotte appropriative/distrattive degli amministratori, o a quelle costituenti

³² C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 108.

³³ Si pensi, soltanto per esemplificare, alla sanzione della decadenza dal termine stabilita dall'art. 1186 c.c.: il creditore può infatti esigere immediatamente la prestazione – anche se in presenza di un termine a favore del debitore – se quest'ultimo abbia, fra l'altro, diminuito per fatto proprio le garanzie, dove la diminuzione della garanzia ben può dipendere da un fatto distrattivo posto in essere dal debitore medesimo.

³⁴ L'ordinamento offre svariati rimedi per la tutela preventiva (e indiretta) del credito, tra i quali i «Mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale», disciplinati nel codice civile (libro VI, titolo III, capo V), *id est* l'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.), l'azione revocatoria (artt. 2901-2904 c.c.) e il sequestro conservativo (artt. 2905 s. c.c.). I richiamati istituti proteggono appunto le ragioni creditorie rispetto alle possibili alterazioni della «garanzia generica assicurata dal patrimonio del debitore»: così, *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 25 gennaio 2000, n. 791, in *CED Cass.*, rv. 533108; conf. Cass. civ., sez. II, 29 marzo 1999, n. 2971, in *Foro it.*, 1999, I, 2567 ss.. In dottrina v., per tutti, F. ROSELLI, *Responsabilità patrimoniale, I mezzi di conservazione*, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. Bessone, IX, t. III, Torino, 2005, 3 ss..

³⁵ G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. it. dir. comm.*, 1926, 450, ora in *Id.*, *Diritto penale, Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976, 725.

³⁶ C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 440.

³⁷ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 108.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 442.

i reati societari, la repressione delle quali potrebbe fra l'altro svolgere anche una funzione in qualche misura preventiva rispetto al prodursi di situazioni talvolta causative dell'insolvenza irreversibile o dell'aggravamento del dissesto o, comunque, riportabili a fatti di bancarotta.

La questione meriterebbe ben altro approfondimento, incompatibile con le caratteristiche del presente lavoro: basti qui la considerazione che la sostanziale inertizzazione dei reati societari, intervenuta con la riforma del 2002, ha sostanzialmente trasformato in reliquie per l'esercizio di sterili elaborazioni teoriche le disposizioni chiamate a presidiare la correttezza e completezza dell'informazione societaria, l'integrità da un lato del capitale sociale e, dall'altro, del patrimonio sociale. La repressione dei pur gravi comportamenti riconducibili a dette norme incriminatrici viene infatti ad essere all'atto pratico schiacciata sulle figure di bancarotta che tali disposizioni richiamano, fattispecie (quelle di bancarotta) fisiologicamente operanti quando ormai «il decesso dell'organismo produttivo»⁴⁰ si è consumato con tutti i deleteri effetti che esso a vasto raggio reca con sé.

Proprio ragioni di interesse economico generale, connesse indissolubilmente al reticolo di rapporti che l'attività d'impresa determina («l'imprenditore commerciale [è] più impegnato socialmente del comune debitore»⁴¹), sconsigliano dunque «una repressione automatica [che] poco gioverebbe agli stessi creditori: finché la crisi non si dimostri irreversibile essi possono contare su di una ripresa che consenta un soddisfacimento integrale»⁴².

È dunque la irreversibilità della crisi, sancita dalla sentenza che la accerta giudizialmente, a condizionare l'operatività delle disposizioni incriminatrici in materia di bancarotta. Ma tale situazione ben può verificarsi indipendentemente dalle condotte costitutive dei reati di bancarotta, come si ricava agevolmente dal dato normativo, posto che soltanto per alcune ipotesi il legislatore esplicitamente richiede la sussistenza di un nesso eziologico tra condotta e il dissesto o l'insolvenza: «nessun nesso causale è richiesto tra i fatti di bancarotta e il fallimento, inteso non solo come atto di giurisdizione, ma anche, sotto il profilo sostanziale, come insolvenza giudizialmente accertata. Nessun “crescendo” sul piano della lesività (tanto meno un'omologazione a posteriori), visto che l'insolvenza può esplodere per tutt'altre cause, magari le più imprevedibili»⁴³.

Si può dunque concludere con la dottrina più autorevole riconoscendo «alla dichiarazione di fallimento nella bancarotta prefallimentare la natura di condizione obiettiva di punibilità, secondo la nozione ricavabile dall'art. 44 c.p.»⁴⁴: condizione oggettiva estrinseca, poiché «si tratta di un requisito di tipo obiettivo collocato, per così dire, ai margini della fattispecie, in quanto non collegato alla condotta né sul piano causale né sul piano psicologico (che, in altre parole, non viene addebitato all'agente)»⁴⁵.

3. La compatibilità delle condizioni obiettive di punibilità con l'art. 27 Cost.

La non addebitabilità sul piano psicologico non genera per vero alcun problema sul versante del doveroso rispetto del principio di colpevolezza, pur alla luce della lettura fornitane dal Giudice delle leggi nelle due fondamentali sentenze dell'ormai lontano 1988.

Nessun dubbio che ogni elemento costitutivo del tipo, in quanto chiamato a colorarne il disvalore e a disegnare quindi i contorni dell'offesa, debba essere illuminato dalla colpevolezza, a sua volta declinata nelle forme del dolo o della colpa: diversamente il fatto non sarebbe rimproverabile e l'ascrizione soggettiva perderebbe il suo requisito fondante. Ma è la stessa Corte costituzionale nella sentenza n. 1085/1988 ad avvertire che l'evento costitutivo della condizione obiettiva di punibilità rimane estraneo alla volizione dell'agente e neppure occorre

⁴⁰ G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 377.

⁴¹ C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 442.

⁴² C. PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 443.

⁴³ C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 898, ora in ID., *Diritto penale*, IV, cit., 1013. Nel senso della esclusione della sussistenza del nesso causale v. altresì C.F. GROSSO, *Osservazioni in tema di struttura, tempo e luogo del commesso reato di bancarotta prefallimentare*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 570; T. PADOVANI, *Bancarotta semplice documentale del socio occulto e amnistia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 691.

⁴⁴ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 108.

⁴⁵ *Ibidem*.

che sia dovuto a colpa⁴⁶, senza che ciò intacchi il canone rigoroso della colpevolezza come manifestazione del superiore principio di personalità della responsabilità penale che la ricordata pronuncia ha vigorosamente ribadito.

Indipendentemente dalla collocazione che si intenda attribuire alla punibilità all'interno della dogmatica del reato, rispetto al discorso che si vien facendo importa unicamente la considerazione che alla condizione oggettiva (estrinseca) rimane estraneo il requisito della colpevolezza. Ciò vale sia che si stimi meritevole della qualificazione di *reato* un fatto tipico, anti-giuridico e colpevole, la punibilità del quale richiede un ulteriore accertamento specificamente volto a valutarne appunto l'assoggettamento alla pena criminale, sia che, invece, si ritenga che il nome di *reato* possa essere attribuito esclusivamente a un fatto tipico, anti-giuridico, colpevole e altresì punibile.

Illuminante, in proposito, la precisazione che si legge nella sentenza della Corte costituzionale n. 1085/1988: «soltanto gli elementi estranei alla materia del divieto (come le condizioni estrinseche di punibilità che, restringendo l'area del divieto, condizionano appunto quest'ultimo o la sanzione alla presenza di determinati elementi oggettivi) si sottraggono alla regola della rimproverabilità *ex art. 27, primo comma, Cost.*»⁴⁷, in quanto a dover essere oggetto necessario della caratterizzazione in termini di colpevolezza sono «tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie»⁴⁸.

A ben vedere la sentenza dichiarativa di fallimento svolge proprio quella funzione di restrizione dell'area del divieto cui fa riferimento il Giudice delle leggi: se le fattispecie di bancarotta non includessero la clausola allusiva alla intervenuta dichiarazione giudiziale dello stato d'insolvenza, le condotte tipizzate in quelle figure d'incriminazione sarebbero per ciò solo comunque punibili. In altri termini, il fallimento come atto di giurisdizione s'inserisce nelle incriminazioni di bancarotta per limitarne l'applicabilità ai soli casi nei quali alle condotte tipiche, che – come s'è visto – sono connotate da una loro propria caratterizzazione in termini di disvalore, faccia appunto seguito la dichiarazione d'insolvenza, rendendole quindi assoggettabili alle sanzioni previste dalle ricordate incriminazioni.

3.1.

Bancarotta e principio di colpevolezza.

Ma se pur si confina la sentenza di fallimento al ruolo di condizione oggettiva (estrinseca) di punibilità, non può sottacersi che da un lato la risalente riflessione secondo la quale «il fallimento è l'ambiente proprio del reato di bancarotta»⁴⁹ e, dall'altro, l'esigenza di rendere la colpevolezza della bancarotta conforme alla *Schuldtheorie* costituzionalmente orientata, così come ricavabile dalle pronunce della Consulta del 1988⁵⁰, suggeriscono di non ritenere bastevole che ad essere proiettati sullo «schermo mentale»⁵¹ dell'agente siano esclusivamente i comportamenti elencati nelle singole incriminazioni, richiedendosi piuttosto che la coscienza e volontà investano anche un *quid pluris* rispetto alla materialità del fatto di bancarotta.

Come è stato autorevolmente osservato, in tema di reati fallimentari «spetta all'interprete di scoprire nella [struttura delle figure tipiche] una pregnanza di disvalori, materiali e psicologici, che dia ragione del livello sanzionatorio»⁵², sicché a connotare le condotte secondo il colore dell'offesa tipica delle fattispecie di bancarotta dovrà necessariamente essere un estremo segnaletico di tale offensività.

Lo snodo cruciale torna a essere allora il nucleo di disvalore sotteso alle incriminazioni fallimentari: la tutela dei diritti dei creditori nell'ampia accezione cui si è fatto in precedenza riferimento. In altri termini: la garanzia che costituisce il presidio dell'«interesse patrimoniale

⁴⁶ Corte cost., sent. 13 dicembre 1988, n. 1085, cit., 289.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ivi*, 298.

⁴⁹ G. DELITALA, *op. loc. cit.*

⁵⁰ Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, cit.; Corte cost., sent. 13 dicembre 1988, n. 1085, cit.. In argomento cfr, inoltre, G. FIANDACA, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*, in *Foro it.*, 1988, I, 1385 ss.; nonché, volendo, F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte costituzionale 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 223 ss.

⁵¹ C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1267, adesso anche in *Id.*, *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 304.

⁵² C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 421.

dei creditori (...) obiettivo costante e imprescindibile dei fatti di bancarotta», non essendo neppure «pensabile bancarotta se non in pregiudizio dei creditori»⁵³.

La garanzia per tal modo presidiata si traduce allora nella soggezione dei beni dell'impresa a un obbligo di conservazione in vista delle esigenze di soddisfacimento delle obbligazioni verso i creditori, che limita il potere di disposizione.

Ma la funzione di tale garanzia ne segna anche la linea estrema, che è altresì il riflesso della sua natura relativa. Proprio in quanto concetto di relazione, la garanzia «rimanda alla entità garantita, rappresentata dall'insieme delle obbligazioni cui l'imprenditore deve far fronte», con l'indefettibile conseguenza che siffatto «obbligo di conservazione è circoscritto al valore necessario a soddisfare le obbligazioni man mano che vengono a scadenza. Al di là di questo limite si riespande il potere di disposizione»⁵⁴.

È il superamento di siffatto limite a costituire l'oggetto della rappresentazione (o la sua prevedibilità per le fattispecie colpose): ma non deve sfuggire, da un lato, la visione dinamica dell'attività d'impresa e, dall'altro, la funzione di tutela nei confronti della categoria dei creditori colta nella sua dimensione meta-individuale, rivolta non soltanto ai creditori presenti, ma anche a quelli futuri.

Sicché si tratta di un limite mobile, «che varia col continuo variare della situazione patrimoniale dell'imprenditore»⁵⁵: conseguentemente «la situazione economico-patrimoniale va vista prospetticamente, tenendo conto non solo delle obbligazioni scadute, ma anche di quelle di scadenza prossima o meno prossima: ma al contempo, sull'opposto versante, anche delle future entrate sulle quali l'imprenditore può ragionevolmente calcolare»⁵⁶.

Valutazione complessa e delicata, tuttavia indispensabile nell'ottica del rispetto effettivo del principio di colpevolezza nei reati di bancarotta, poiché soltanto la consapevolezza (o la prevedibilità per le fattispecie colpose) di sottrarre beni alla garanzia dei creditori assicura coerenza con il canone espresso dalle pronunce del Giudice delle leggi del 1988⁵⁷.

Valutazione che deve necessariamente collocarsi temporalmente al momento della condotta e che, per aspirare al minimo di rigidità richiesto dalla materia penale, non potrà che ruotare intorno al concetto portante di ragionevolezza, intesa come possibilità di verifica razionale (secondo criteri verificabili e controllabili) degli effetti del comportamento posto in essere rispetto all'integrità della garanzia.

Colta nel suo tratto essenziale, la valutazione circa l'eventuale superamento del limite (il venir meno della garanzia per i creditori) si traduce in un apprezzamento prognostico, che il giudice è chiamato a compiere *ex post* secondo lo schema della prognosi postuma, che trova nel paradigma dell'art. 56 c.p. il suo archetipo.

Con una precisazione di non lieve momento: mentre nell'ipotesi configurata dall'art. 56 c.p. per definizione il fatto di reato non si è verificato, qui l'"evento" avverso – l'insolvenza irreversibile – è invece necessariamente accaduto⁵⁸, ciò che determina la c.d. distorsione retrospettiva del giudizio (*hindsight bias*)⁵⁹.

In quanto valutazione *de futuro* (e dunque prognostica), della correttezza della quale, pur non potendosene predicare la falsità intrinseca sulla base di quando accaduto successivamente (*ex post*), ben si potrà decidere sotto il profilo metodologico. In altri termini: *ex post* sarà pos-

⁵³ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 104.

⁵⁴ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, II, 1111, ora in Id., *Diritto penale*, IV, cit., 991.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ V. ancora Corte cost., sent. n. 364/1988 e Corte cost., sent. n. 1085/1988, *citt.*.

⁵⁸ Sul punto sia permesso rinviare – scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione – a quanto più diffusamente argomentato in F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 847-854.

⁵⁹ La circostanza che l'evento si è effettivamente verificato rende infatti particolarmente delicata la comunque indispensabile esigenza di eliminare dal processo valutativo il fattore confondente rappresentato dalla c.d. distorsione retrospettiva del giudizio (*hindsight bias*). L'errore del giudizio retrospettivo (*hindsight bias*) consiste nell'attitudine del soggetto a ritenere che sarebbe stato capace di prevedere un evento dopo che l'evento stesso si è verificato ed è noto. Nel caso di specie il verificarsi dell'evento integra appunto l'evento successivo noto che fonda l'*hindsight bias*. In proposito si vedano: FISCHHOFF, *Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1975, 1, 288; FISCHHOFF-SLOVIC-LICHENSTEIN, *Knowing with certainty: the appropriateness of extreme confidence*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, 3, 552; FISCHHOFF, *For those condemned to study the past*, in SCHWEDER-FISKE (a cura di), *New Directions for Methodology of Social and Behavioral Science*, San Francisco, 1980, 79; KOEHLER-BRENNER-GRIFFIN, *The calibration of expert judgment*, in GILOVICH-GRIFFIN-KAHNEMAN (a cura di), *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, New York, 2002, 686.

sibile affermare se la condotta – apprezzata in ottica *ex ante* secondo accettati e riconosciuti criteri valutativi – avrebbe implicato il venir meno della garanzia.

Detto che siffatto genere di valutazioni è destinato a divenire sempre più centrale nel territorio accidentato della crisi d'impresa, sol che si considerino le affinità con i problemi posti dall'incriminazione dell'art. 236-*bis* l. fall. in relazione ai giudizi che l'attestatore è chiamato a formulare⁶⁰ e, più in generale, i profili derivanti dalle disposizioni in materia di soluzioni concordate della crisi d'impresa e che un recente insegnamento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶¹ sembra asseverare «l'analogia sussistente tra enunciato valutativo o qualificatorio ed enunciato constativo o descrittivo, allorché l'enunciato del primo tipo si fondi su criteri predeterminati»⁶², ben può dirsi che «fino a quando, attualmente e in prospettiva, il rapporto tra attività e passività si presenta equilibrato, la garanzia dei creditori deve considerarsi sufficientemente conservata»⁶³.

L'accettazione che la condotta possa determinare il disequilibrio proscritto e offensivo costituisce quindi l'oggetto del dolo (ovvero della prevedibilità nelle fattispecie colpose). Seguendo la prospettiva del reato di pericolo concreto è possibile recuperare i tratti di offensività anche nell'elemento soggettivo, nel quale deve rientrare la possibilità (dolo di pericolo) di un depauperamento patrimoniale cui consegua l'irrealizzabilità delle pretese creditorie, ciò che non necessariamente costituisce obiettivo dell'imprenditore (poi fallito) al momento della condotta⁶⁴. E, con riferimento al dissesto, occorre conseguentemente che entri «nell'orizzonte mentale»⁶⁵ dell'agente come potenziale scenario ricollegabile al proprio operato.

Nei termini appena esposti risulta all'evidenza non dirimente comprendere il fallimento in senso giuridico-formale nello spettro psichico dell'autore di condotte di bancarotta fraudolenta, dal momento che il profilo rappresentativo dell'elemento soggettivo è – o dovrebbe essere – talmente pregnante da rendere secondaria, se non addirittura superflua, la necessità di includervi (anche) la dichiarazione giudiziale di insolvenza.

In altri termini e al di là delle «etichette» da assegnare al fallimento, soltanto una valorizzazione del profilo della colpevolezza nell'ottica da ultimo segnalata sembra promettere una lettura non irrazionale delle fattispecie penal-fallimentari, assicurando alle stesse la piena conformità ai precetti costituzionali.

Per altro verso merita una notazione un profilo ulteriore: per certo ben frequentemente accade che le condotte, assoggettate poi alle severe sanzioni contemplate dai reati di bancarotta, intervengano in epoca risalente rispetto alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza, ma da questo iato temporale non può trarsi argomento contrario.

Sul versante della colpevolezza costituzionalmente intesa non può sfuggire la pregnante osservazione del Giudice delle leggi secondo la quale «in evitabile, rimproverabile ignoranza della legge penale versa chi, professionalmente inserito in un determinato campo di attività, non s'informa sulle leggi penali disciplinanti lo stesso campo»⁶⁶.

Cercando di trasferire il principio enunciato dalla Corte costituzionale al settore d'interesse non può sfuggire che accede necessariamente allo *status* d'imprenditore la caratteristica (l'esser professionalmente inserito in un determinato capo d'attività) dalla quale la Consulta fa dipendere uno speciale dovere di informazione, situazione alla quale s'accompagna la già notata autonoma rilevanza in termini di disvalore (anche indipendente dalla dichiarazione di fallimento) delle condotte costituenti i reati di bancarotta.

Ne segue che il limite della intangibilità della garanzia dei diritti dei creditori costituisce il superiore parametro di riferimento al quale, ad un tempo, l'imprenditore deve conformare le

⁶⁰ V. in proposito R. BORSARI, *Il nuovo reato di falso in attestazioni e relazioni del professionista nell'ambito delle soluzioni concordate delle crisi d'impresa. Una primissima lettura*, in *questa Rivista*, 1, 2013, 84 ss.; nonché, scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, F. MUCCIARELLI, *Il delitto di falso in attestazioni e relazioni: il professionista-attestatore e le valutazioni*, in *Ind. pen.*, 2014, numero speciale *Scritti in memoria e in onore di Luigi Domenico Cerqua*, 129.

⁶¹ Cfr *Cass. pen., sez. un., 25 settembre 2014, n. 51824, Guidi*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2015, dove si legge: «quando fa riferimento a criteri predeterminati, la valutazione è un modo di rappresentare la realtà analogo alla descrizione o alla constatazione, sebbene l'ambito di una sua possibile qualificazione in termini di verità o di falsità sia variabile e risulti, di regola, meno ampio, dipendendo dal grado di specificità e di elasticità dei criteri di riferimento».

⁶² Così L. ROMANO, *L'offerta "corruptiva" al consulente tecnico del p.m. intralcia la giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2015.

⁶³ C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività*, cit., 991.

⁶⁴ C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, 510 s.

⁶⁵ C. PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 512.

⁶⁶ Così Corte cost., sent. n. 364/1988, cit..

proprie scelte operative e sul quale si modula il giudizio di colpevolezza.

A ben vedere, la realizzazione di condotte di per sé espressive di un autonomo e intrinseco disvalore, collocate nell'ambito della gestione d'impresa, sconta (non può non scontare, visto lo *status* d'imprenditore) il rispetto della regola qui fondante (la intangibilità della garanzia dei creditori pur variamente modulata in relazione alle singole incriminazioni), sicché – coerentemente con la natura di reati di pericolo – l'oggetto del dolo (di pericolo) consiste nella idoneità lesiva della condotta medesima.

Che la successiva insolvenza irreversibile, accertata dalla decisione giudiziale, determini il verificarsi dell'evento dannoso per i creditori che tali sono al momento della sentenza, in nulla sposta quanto si è fin qui venuti argomentando: è stato infatti esattamente osservato che «il fallimento, come particolare procedura concorsuale di esecuzione forzata, non determina l'offesa, ma la rivela e la rende punibile»⁶⁷. Coerentemente con la natura di condizione obiettiva (estrinseca) di punibilità, la sentenza dichiarativa di fallimento sancisce la opportunità di sottoporre alle gravi sanzioni penali contemplate per i delitti di bancarotta condotte rispetto alle quali il legislatore non ha ritenuto necessario un sindacato penale fin tanto che l'impresa è ancora vitale e può quindi ancora assicurare il soddisfacimento delle pretese creditorie. Quando tale prospettiva definitivamente tramonta – quale ne sia il motivo – la ragione d'opportunità svanisce e i comportamenti pregressi, in quanto già espressivi dell'offesa, divengono punibili (o, come ritiene la teoria quadripartita, acquistano il nome di reato).

4.

La rilevanza delle condizioni obiettive di punibilità nell'ottica del *tempus* e del *locus commissi delicti*.

Come accennato in principio la caratterizzazione della sentenza di fallimento in termini di condizione obiettiva di punibilità non sembra tuttavia determinare «le preoccupazioni pratiche che nessun giudice può prendere alla leggera (...) che non si lascia[no] liquidare con censure puramente dogmatiche»⁶⁸.

La determinazione del momento consumativo trova soluzione lineare nel disposto del capoverso dell'art. 158 c.p., a mente del quale il «giorno in cui la condizione si è verificata» segna il momento di decorrenza del termine della prescrizione «quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione»⁶⁹.

Quanto al *locus commissi delicti*, non può sfuggire il silenzio dei codici penali (sostanziale e di rito) nelle ipotesi che il reato sia sottoposto a condizione oggettiva di punibilità: distinti argomenti permettono tuttavia di giungere a una conclusione giuridicamente coerente.

Da un lato il canone fissato dall'art. 158, cpv, c.p. suggerisce un primo parametro di riferimento sul versante sistematico, cui s'accompagna, dall'altro, la considerazione che «prima del verificarsi dell'evento dedotto dalla legge come condizione, non vi sono ancora termini concreti di rilevanza penale»⁷⁰: sicché il luogo di commissione del reato si identifica con quello nel quale la condizione si è verificata⁷¹.

Che se poi si ritenesse che il reato è tale quando ricorrono i suoi quattro elementi costitutivi⁷², nessun dubbio potrebbe allora sussistere sulla conclusione che le fattispecie di bancarotta vengano a giuridica esistenza nel luogo e nel tempo nei quali si realizza anche il quarto elemento costitutivo (*id est*: la punibilità).

⁶⁷ L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, II, Torino, 1967, 691.

⁶⁸ C. PEDRAZZI, *Incostituzionali*, cit., 1012.

⁶⁹ In questo senso C. PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 1017. In senso analogo e in generale cfr M. GALLO, *Appunti*, cit., 172; M. ROMANO, *Commentario sistematico*, cit., 127.

⁷⁰ M. ROMANO, *op. loc. ult. cit.*

⁷¹ In questo senso M. ROMANO, *Commentario*, loc. cit.; analogamente M. GALLO, *Appunti*, loc. cit., nonché, diffusamente e con argomenti parzialmente diversi, C. PEDRAZZI, *Incostituzionali*, cit., 1011 s. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. I, 20 marzo 1964, Bernardi, in *Cass. pen.*, *Mass. ann.*, 1965, 819; Cass. pen., sez. I, ord. 11 maggio 1973, Tintinero, in *CED Cass.*, rv. 124696.

⁷² Cfr G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., 167 s..

LA RAPPRESENTAZIONE DELL'EVENTO AL CONFINE TRA DOLO E COLPA: UN'INDAGINE SU RISCHIO, RAGIONEVOLE SPERANZA E INDICATORI "SINTOMATICI"

Note sulla motivazione della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp

Simona Raffaele

ABSTRACT

A fronte dell'aumento esponenziale delle aree di rischio, in cui da un'attività lecita, possono derivare eventi lesivi penalmente rilevanti, le tradizionali categorie della volontà, quali componenti fondanti un'imputazione a titolo di dolo, si dimostrano spesso incapaci di abbracciare i tratti salienti dell'elemento psicologico presente in siffatte ipotesi. Né d'altronde appare sempre soddisfacente un'imputazione che scivoli tout court nell'alveo della colpa, sia pure aggravata dalla previsione dell'evento. L'impatto delle varie soluzioni proposte con la prassi giurisprudenziale si è spesso rivelato macchinoso. Una eloquente esemplificazione della problematica riguarda il caso Thyssen, nell'ambito del quale lo stesso fatto è stato valutato dall'angolo prospettico dei due distinti elementi psicologici, in base a parametri di tipo soggettivo-ipotetico. Ciò dimostra la natura cruciale della questione e, forse, la sua irrisolvibilità: sostanzialmente equipollente sul piano della colpevolezza, il disvalore duale di dolo eventuale e colpa cosciente sfugge spesso già sul piano della tipicità. In contesto così ambiguo, s'impone una scelta: o – in linea con la giurisprudenza prevalente – si rimarca la necessità di distinguere le due forme di elemento soggettivo denotando l'indagine sul coefficiente psicologico di appigli esterni o si rinuncia definitivamente a cercarla approdando a un *tertium genus* di responsabilità colpevole.

SOMMARIO

1. La sentenza della Corte d'Assise di Torino. – 2. Le motivazioni della Corte d'Assise d'Appello di Torino. – 3. La sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. – 4. Le teorie volitive: dal consenso all'accettazione del rischio. – 5. Cenni al concetto di rischio inteso come oggetto del dolo nella dottrina tedesca. – 6. Una ricostruzione del dolo eventuale strutturata su tre livelli: rischio doloso non consentito, rappresentazione e volontà. – 7. Una rilettura delle ipotesi di confine tra dolo e colpa alla luce del diverso disvalore di azione sotteso alle due specie di elemento psicologico. – 8. Gli indicatori del dolo eventuale proposti dalle Sezioni Unite: rilievi conclusivi.

1.

La sentenza della Corte d'Assise di Torino.

Durante la notte tra il 5 e il 6 dicembre 2007 negli stabilimenti torinesi della Thyssenkrupp è scoppiato un incendio a causa del quale sette operai sono morti con gravissime ustioni. La Corte d'Assise di Torino, con la sentenza del 15 aprile 2011, ha condannato l'amministratore delegato della società per i delitti di omicidio *volontario* plurimo, incendio *doloso* e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro aggravata dall'evento. Per lo stesso fatto, a titolo di omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro, incendio *colposo* e omicidio *colposo* plurimo, sono stati condannati anche cinque *managers*¹.

La Corte d'Assise di Torino ha scelto il *dolo eventuale* quale criterio d'imputazione soggettiva della responsabilità in capo all'amministratore delegato della società². In particolare, ai fini della ricostruzione dell'elemento psicologico, la Corte ha confermato l'orientamento dalla Corte di Cassazione sui casi di incidenti mortali cagionati da guida sconsiderata³.

La condanna dell'amministratore delegato della *ThyssenKrupp* trova origine in una condotta assai articolata, caratterizzata da profili attivi e omissivi ora riconducibili alla responsabilità colposa, ora a quella dolosa. La condotta criminosa è incentrata sulla omessa adozione di misure tecniche, organizzative, procedurali, di prevenzione e protezione contro gli incendi in una linea di produzione particolarmente pericolosa da parte dei membri del c.d. *Board*, vale a dire il comitato esecutivo del Consiglio di Amministrazione, che, in quanto tali, rivestivano una specifica posizione di garanzia. In particolare, la Corte individua il presupposto dell'imputazione a titolo doloso nel contesto di rappresentazione della *concreta possibilità* del verificarsi di infortuni (anche mortali) sulla linea dello stabilimento di Torino in cui è divampato il rogo, dedotta da una serie di *indicatori*, per lo più consistenti in precedenti della condotta.

Già la diversità del titolo soggettivo di responsabilità affermato dalla Corte d'Assise in capo, rispettivamente, all'amministratore delegato di ThyssenKrupp (*dolo eventuale*) e agli altri imputati, amministratori e dirigenti dell'impresa (*colpa cosciente*), ha indotto perplessità di non poco momento sul canone d'imputazione soggettiva, in particolare, del dolo eventuale (e sul suo reale ambito di operatività). Dalle motivazioni della sentenza, infatti, emerge con tutta evidenza la prevalenza della componente rappresentativa dell'elemento psicologico riconosciuto in capo all'amministratore delegato, in grado quasi di bilanciare la debolezza del momento volitivo⁴.

¹ Proprio in relazione all'omicidio colposo plurimo, commesso in violazione dell'art. 4 d. lgs. n. 626/1994 (che obbligava il datore di lavoro alla valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori ed alla redazione del relativo documento), la Corte ha anche riconosciuto la responsabilità da reato della Thyssen. Con particolare riferimento alla responsabilità della Thyssen Krupp Acciai Terni s. p. a. ex art. 25-septies d.lgs. 231/2001 v. [M. L. MINNELLA, D.lgs. n. 231 del 2001 e reati colposi nel caso ThyssenKrupp, Sulla responsabilità dell'ente per gli omicidi colposi con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro, in questa Rivista, 10 dicembre 2011](#); [S. ZIRULIA, ThyssenKrupp, fu omicidio volontario: le motivazioni della Corte d'Assise, in Dir. pen. cont., 18 novembre 2011](#). Con riferimento alla sentenza del Giudice dell'Udienza preliminare presso il Tribunale di Cagliari, 4 luglio 2001, Giud. Altieri, si veda il contributo di [D. LOY, In tema di responsabilità dell'ente e reati colposi d'evento \(art. 25-septies d.lgs. n. 231/2001\), in Dir. pen. cont., 11 novembre 2011](#).

² Sul punto: cfr. R. BELFIORE, *La responsabilità del datore di lavoro e dell'impresa per infortuni sul lavoro: i profili di colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2011, 5 ss.; G. P. DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, 142 ss.; G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2012, 152 ss.

³ Cfr., Cass. 24 luglio 2008, Dell'Avvocato, in *Riv. pen.*, 2009, 171 ss., Id., in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Omicidio*, n. 13; Cass., 1 febbraio 2011, Ignatiuc, in *Foro it.*, 2011, II, 533 (fattispecie relativa al conducente di un furgone rubato che si dava alla fuga per sfuggire ad un controllo di polizia e, attraversando ad alta velocità alcuni incroci con semaforo rosso siti nella zona centrale di una grande città, investiva una autovettura provocando la morte di uno dei passeggeri), con nota di F. P. DI FRESCO, *Incidente mortale causato da una condotta di guida sconsiderata: dolo eventuale o colpa cosciente? La Cassazione risolve la prima formula di Frank. Contra*, da ultimo, [Tribunale di Milano, 12 aprile 2012, Levacovich, in Dir. pen. cont., 18 maggio 2012, con nota di A. AIMI, Escluso il dolo eventuale in relazione ad incidente automobilistico cagionato da un soggetto in fuga dalla Polizia](#).

⁴ Così G. P. DEMURO, *op. loc. ult. cit.*, il quale mette in evidenza e sintetizza gli indicatori, rispettivamente, del momento rappresentativo e del momento volitivo del dolo, ritenuti e valutati nella sentenza in oggetto. Così, tra i primi si annoverano: «a) un precedente incendio in uno stabilimento tedesco (...); b) le conseguenti misure prese in quello stabilimento per la riduzione del rischio; c) la valutazione del rischio di incendio da parte delle compagnie di assicurazione (...); d) la previsione, sempre in seguito a questo fatto, della ThyssenKrupp in Germania di appositi investimenti per la sicurezza antincendio in impianti analoghi a quello di Torino; e) una relazione del consulente tecnico della compagnia che assicuratrice che raccomanda alla ThyssenKrupp l'installazione di un sistema di protezione antincendio automatico; f) una richiesta di autorizzazione agli investimenti per i lavori di prevenzione incendi di poco precedente al fatto [e nel quale si sottolinea la non conformità della linea produttiva di Torino alle prescrizioni dell'assicurazione, oltre che del comando provinciale dei vigili del fuoco]». Nel novero dei secondi, invece, si ravvisano i poteri decisionali dell'amministratore delegato, la sua particolare competenza nella materia della sicurezza sui luoghi di lavoro e la specifica delega a lui conferita in materia di sicurezza e prevenzione incendi negli stabilimenti di Torino e Terni.

Ancora una volta la giurisprudenza, per affermare la sussistenza del dolo eventuale, si avvale del criterio dell'*accettazione del rischio*⁵, riscontrato sulla base di specifiche caratteristiche dell'autore, quali, nel caso di specie, i poteri decisionali inerenti alla posizione apicale, la competenza e la delega in materia di sicurezza sul lavoro e prevenzione incendi negli stabilimenti di Torino e Terni⁶.

A questo proposito, la Corte d'Assise di Torino riprende esplicitamente l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione nella motivazione della sentenza n. 10411/11⁷, laddove ha affermato che «poiché la rappresentazione dell'intero fatto tipico come probabile o possibile è presente sia nel dolo eventuale che nella colpa cosciente, il criterio distintivo deve essere ricercato sul piano della *volizione*». Così «mentre (...) nel dolo eventuale occorre che la realizzazione del fatto sia accettata psicologicamente dal soggetto, nel senso che egli avrebbe agito anche se avesse avuto la certezza del verificarsi del fatto, nella colpa con previsione la rappresentazione certa del determinarsi del fatto avrebbe trattenuto l'agente». La Suprema Corte aggiunge che «nel dolo eventuale il rischio deve essere accettato a seguito di una deliberazione con la quale l'agente subordina consapevolmente un determinato bene ad un altro». In altri termini, «l'autore del reato, che si prospetta chiaramente il fine da raggiungere e coglie la correlazione che può sussistere tra il soddisfacimento dell'interesse perseguito e il sacrificio di un bene diverso, effettua in via preventiva una *valutazione comparata tra tutti gli interessi in gioco – il suo e quello altrui – e attribuisce prevalenza ad uno di essi*». Da qui la conclusione secondo cui, ai fini del dolo eventuale, non è sufficiente la previsione della concreta possibilità di verificazione dell'evento lesivo, «ma è indispensabile l'accettazione, sia pure in forma eventuale, del danno che costituisce il prezzo (eventuale) da pagare per il conseguimento di un determinato risultato»⁸.

Alla stregua della pronuncia di legittimità sopra citata, anche la Corte d'Assise di Torino si avvale della (ormai) tradizionale teoria dell'accettazione del rischio, combinata con la c.d. prima formula di Frank⁹, della quale fa applicazione pur non affermandolo in maniera esplicita¹⁰.

I giudici di Torino, nondimeno, hanno ritenuto doveroso sottolineare che l'amministratore delegato, *così come* gli altri imputati nel processo *de quo*, intimamente, nutrivano «la *speranza* che nulla accadesse»; tuttavia, «la speranza, perché il soggetto escluda dentro di sé la concreta possibilità del verificarsi dell'evento previsto (...) deve essere caratterizzata dalla "ragionevolezza"; non essere quindi solo un moto dell'animo paragonato all'auspicio, bensì (...) nella ragionevole speranza di poterlo evitare [l'evento] per abilità personale o per intervento di altri fattori»¹¹.

La sentenza della Corte d'Assise di Torino si colloca sulla stessa linea della giurisprudenza di legittimità chiamata a pronunciarsi sull'annosa questione della compatibilità tra il requisito psicologico del dolo eventuale e il delitto di ricettazione¹². Quel che distingue la sentenza in commento è, però, il tipo di fattispecie concreta da cui prende le mosse, ossia un mortale incidente sul lavoro: in questa materia, infatti, non si riscontrano precedenti analoghi editi.

La scelta di qualificare l'atteggiamento psicologico del datore di lavoro in termini di dolo

⁵ Cfr., tra gli altri, M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Sub Art. 43/27 ss., Milano, 443 s.

⁶ A parere dell'organo giudicante, tra gli altri fattori espressivi della dimensione volitiva dell'elemento psicologico riconosciuto in capo all'amministratore delegato, rileva la circostanza che egli abbia ritenuto di delegare la materia antinfortunistica ed antincendio interamente ai suoi collaboratori di Torino, privi di ogni potere decisionale e di spesa autonomo.

⁷ Cass. pen., 1 febbraio 2011, n. 10411, in *Riv. pen.*, 2011, 10, 1028; Id., in *Arch. giur. circol. e sinistri*, 2011, 7-8, 572.

⁸ La scelta del corsivo nei passi della sentenza citata è di chi scrive.

⁹ G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit. 152 ss., il quale riscontra nelle parole della Corte d'Assise di Torino, quale parametro distintivo tra dolo eventuale e colpa cosciente, il criterio «economico» sostenuto in dottrina, in particolare, da S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, Milano, 1993, 31 ss.

¹⁰ Le due condotte in cui la Corte riscontra l'elemento volitivo sono, specificamente, da un lato, la decisione di posticipare dal 2006/2007 al 2007/2008 gli investimenti antincendio per lo stabilimento di Torino, pur essendone già in programma la chiusura; dall'altro, la decisione di posticipare l'adeguamento della linea APL 5 di Torino alle indicazioni tecniche dell'assicurazione, dei vigili del fuoco e del WGS (gruppo di lavoro acciaio inossidabile), a epoca successiva al suo trasferimento da Torino a Terni. Tutto ciò, nonostante la suddetta linea fosse in piena attività e gli operai continuassero a lavorare in quello stabilimento ridotto in condizioni di abbandono.

¹¹ La Corte d'Assise di Torino, nel caso di specie, non riesce a ravvisare, in capo all'amministratore delegato, alcun fattore in grado di sostenere la "ragionevole speranza" che nessun incendio, nessun infortunio, tanto meno mortale, sarebbe potuto accadere nello stabilimento di Torino; al contrario, ritiene che, soprattutto sulla Linea 5, dopo l'incendio di Krefeld, in assenza delle opportune misure di prevenzione e protezione, che si è omesso di predisporre nonostante la conoscenza delle condizioni di lavoro di Torino ed livello di professionalità ed esperienza che l'imputato vanta in queste materie, una tale speranza non potesse in alcun modo essere nutrita.

¹² Cfr. Cass., 26 novembre 2009, in *Foro it.*, 2010, II, 319, annotata, in particolare, da M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, 2548 ss.; nonché G.P. DEMURO, *Il dolo, II, L'accertamento*, Milano, 2010, 510 ss.

eventuale ha suscitato condivisibili considerazioni critiche fin dalla contestazione dell'accusa da parte del pubblico ministero, soprattutto in ragione del paventato «rischio che il carattere pur macroscopico della colpa – in termini di elevata probabilità – venga surrettiziamente strumentalizzato in sede giudiziale per giustificare lo svuotamento del contenuto psicologico del dolo eventuale e la sua deriva verso un modello puramente normativo¹³».

La circostanza eloquente che nel caso Thyssen lo stesso fatto sia stato valutato dall'angolo prospettico dei due distinti elementi psicologici, in base a parametri di tipo soggettivo-ipotetico, dimostra la natura cruciale della questione e, forse, la sua irrisolvibilità: sostanzialmente equipollente sul piano della colpevolezza, il disvalore “duale” di dolo eventuale e colpa cosciente sfugge spesso anche sul piano della tipicità.

2.

Le motivazioni della Corte d'Assise d'Appello di Torino.

La Corte d'Assise d'Appello di Torino si esprime in parziale riforma della sentenza dei primi giudici, poiché non ne condivide alcuni passaggi argomentativi valutati contrastanti con gli elementi fattuali dell'istruttoria. Su questa linea, la Corte d'Appello di Torino valorizza una differente nozione di dolo eventuale, filtrata dalla formula dell'accettazione del rischio: è ritenuto responsabile del delitto doloso «non solo chi dirige intenzionalmente la propria condotta alla produzione dell'evento ma anche chi accetta consapevolmente il rischio che esso si verifichi come conseguenza del proprio comportamento, e ciò persino se tale evento non sia da lui desiderato o risulti indifferente rispetto ai suoi interessi¹⁴».

La sentenza richiama il dato normativo fornito dal codice penale, che, all'art. 61 n. 3 c.p., configura la colpa cosciente ogniqualvolta l'agente abbia agito *nonostante* la previsione dell'evento (che tuttavia non è stato voluto)¹⁵. Da qui in avanti la ricerca della distinzione tra le due forme di imputazione soggettiva si appunta sulla *volizione* e non sulla *previsione*. La mera *previsione*, infatti, non è sufficiente a configurare il dolo eventuale; essa costituisce «solo uno degli strumenti offerti al giudice per accertare la sussistenza della volizione dell'agente e non una caratteristica essenziale¹⁶».

Da queste affermazioni emerge la tendenza a confondere (e/o sovrapporre) l'indagine sugli elementi essenziali del dolo con il loro accertamento.

La Corte d'Appello finisce per incentrare il proprio giudizio sulla dibattuta prima formula di Frank, valutando che solo il ricorso ad un siffatto giudizio ipotetico sia in grado di consentire al giudice di individuare l'effettiva aliquota volitiva dell'agente. In questo modo, la Corte sposa l'orientamento sostenuto da quella parte della dottrina che, considerando la nozione codicistica di *volontà* esattamente coincidente con quella di *intenzione*, ravvisa nell'art. 43 c.p. il solo dolo intenzionale e ritiene che il dolo eventuale sia, invece, una mera estensione normativa del concetto di dolo; da qui, l'idoneità della formula di Frank a delinearne i confini¹⁷. In

¹³ Così G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit. 152 ss., il quale, a questo proposito, riprende il pensiero di F. SGUBBI, *La colpa in organizzazione*, relazione al Convegno di Rimini su “*Etica d'impresa e responsabilità degli enti*”, 23-24 ottobre 2009, atti in corso di stampa. V., altresì, M. RONCO, *Le radici metagiuridiche del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 1198, il quale sottolinea che «se si toglie dal dolo la dimensione noetico/etica della “decisione” contro il bene protetto dalla legge, fondata sulla libertà morale, non vi è ragione di dubitare che, nella grandissima parte dei casi, sussiste il dolo, allorché l'agente abbia agito con la rappresentazione della possibilità dell'evento, in base a un impulso volontario». In altri termini, l'Autore evidenzia che è insito nella struttura stessa del dolo eventuale un vero e proprio automatismo in ordine al suo accertamento, automatismo che finisce con il tradursi in una autentica «*preasumptio doli*» che, semplificando l'accertamento, «si risolve nel rovesciamento della massima *in dubio pro reo*».

¹⁴ Corte d'Assise d'Appello di Torino, 28 febbraio 2013, 218.

¹⁵ Le motivazioni della sentenza in parola, a questo proposito, rinviano ai lavori preparatori del codice penale, laddove si rintraccia la conferma alla prevalenza accordata alla teoria della volontà: «circa il dolo, tra le due teorie dominanti, della previsione dell'evento (teoria della rappresentazione) e della volontà, si è scelta quest'ultima, come del resto fa l'art. 45 del Codice penale del 1889. Dolo si ha quando l'evento, non solo è stato preveduto, ma è stato voluto. Non basta che io mi sia rappresentato un danno, come conseguenza della mia azione, per essere dolo; ma quell'evento me lo sono dovuto proporre, come scopo della mia azione. Sono in dolo se la mia volontà tendeva allo scopo di produrre quel danno, ma se non ho voluto produrre quel danno, benché lo abbia preveduto, ciò non basta per essere in dolo». E ancora «dice il commissario Marciano, che allora vi è dolo indiretto e dice il commissario Ferri che vi è dolo eventuale. Ma cosa sono queste distinzioni del dolo? Esse sono finite nel nulla: o l'evento dannoso è voluto, e c'è il dolo; o non è voluto, e non c'è il dolo. (...) Se l'evento è conforme all'intento, abbiamo il dolo; se l'evento è non fuori, ma oltre – *praeter* – l'intento, abbiamo il delitto preterintenzionale; se invece l'evento va contro l'intento, abbiamo la colpa» (Corte d'Assise d'Appello di Torino, cit., nt. 777).

¹⁶ Corte d'Assise d'Appello di Torino, cit., 299.

¹⁷ G. DI BIASE, *Thyssenkrupp: verso la resa dei conti tra due opposte concezioni del dolo eventuale?*, nota a Corte d'Assise d'Appello di Torino, 28 febbraio 2013, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 24-25.

altri termini, l'affermazione secondo cui il dolo eventuale consiste nell'accettazione del rischio della verificazione dell'evento andrebbe letta attraverso il filtro della verifica ipotetica¹⁸.

Accanto alla formula di Frank, però, la Corte d'Appello pone il criterio c.d. "economico", evidenziando un aspetto forse sottovalutato dai giudici di primo grado: l'evento concreto non rappresenta il prezzo da pagare per il raggiungimento dell'obiettivo perseguito ma, al contrario, una conseguenza che lo annulla e soverchia totalmente.

Su questa linea, si giunge alla conclusione che l'amministratore delegato della Thyssen-Krupp – e come lui anche gli altri imputati – hanno *previsto* la possibile verificazione degli eventi dannosi, ma hanno *sperato* di saperli evitare.

A questo proposito, i giudici d'Appello si soffermano sul concetto di *ragionevole speranza* adoperato dal giudice di prime cure, il quale ha ritenuto *non ragionevole* la *speranza* nella capacità di riuscire a tamponare, con le scarse risorse rimaste a disposizione, la situazione ormai compromessa sul piano della sicurezza; viceversa, ha valutato *ragionevole* la *speranza* degli altri imputati che confidavano sui poteri direttivi dell'amministratore delegato.

Il giudice di Appello ritiene un simile ragionamento intrinsecamente contraddittorio, poiché non si riscontra alcuna modalità con cui l'amministratore delegato avrebbe potuto impedire il degenerare della situazione e predisponendo, da solo ed efficacemente, protezioni adeguate.

La Corte d'Appello passa in rassegna la posizione dei singoli imputati, pienamente consapevoli che la decisione adottata nel *Board* fosse quella di slittare l'utilizzo dei fondi straordinari per la messa in sicurezza degli stabilimenti ad un tempo successivo al trasferimento nello stabilimento di Terni, nonostante si fosse deciso di far continuare la produzione. Nello stabilimento gli incendi erano all'ordine del giorno e gli operai erano stati in grado, almeno fino alla notte del 5 dicembre 2011, di dominare le fiamme, seppur con mezzi inadeguati e pericolosi. Era proprio su questa prassi che l'amministratore delegato e gli altri imputati confidavano ritenendo di riuscire ad evitare incendi disastrosi.

È evidente l'imprudenza di un simile ragionamento poiché nulla era stato fatto per rimuovere il pericolo e la speranza aveva ad oggetto l'intervento del tutto inadeguato degli addetti alla produzione; i focolai in prossimità della rete dei flessibili idraulici erano assai ricorrenti e ciò rendeva verosimile la verificazione di fenomeni di *flash fire*.

Si definisce imprudente «l'atto o il comportamento palesemente contrastante con le norme di sicurezza dettate dalla ragione o dall'esperienza»; così si può adeguatamente definire l'atteggiamento soggettivo di tutti gli imputati che hanno sostituito la propria valutazione dei rischi a quella che avrebbero dovuto assumere secondo l'obbligo di diligenza.

È evidente la critica alla differenziazione sul piano dell'imputazione soggettiva operata dal giudice di prime cure che ha configurato il dolo eventuale in capo al solo amministratore delegato e la colpa cosciente degli altri imputati. La Corte d'Appello ritiene che abbiano nutrito tutti la medesima speranza e che, pertanto, il rimprovero penale da muovere sia il medesimo: «il ragionamento effettuato dalla prima Corte mostra degli evidenti profili di intrinseca contraddittorietà rispetto agli altri imputati: in che maniera la diversa posizione nella gerarchia decisionale avuta da ciascuno avrebbe differenziato, rispetto a Espenhahn, la loro convinzione che gli eventi non si sarebbero verificati, permettendo di ritenerla ragionevole?».

È singolare che le due pronunce, pur pervenendo a conclusioni differenti, utilizzino entrambe come battistrada la sentenza delle Sezioni Unite n. 10411/2011¹⁹, che si segnala per aver fatto ricorso al criterio dell'accettazione del rischio congiuntamente ad altri due criteri: il giudizio ipotetico sotteso alla prima formula di Frank ed il c.d. criterio economicistico o del bilanciamento. Questi criteri sono di norma tra loro contrastanti, dal momento che uno opera sul piano ipotetico e l'altro, invece, rimane ben saldo alla dimensione reale. Si può riscontrare una loro coincidenza nei soli casi in cui il bilanciamento tra lo scopo primario perseguito dall'agente e l'evento collaterale accettato come prezzo venga risolto allo stesso modo, anche qualora l'agente sia certo che il fatto di reato si verificherà. È il caso del rapinatore di banca che, perseguendo lo scopo primario di fuggire alla cattura da parte delle forze dell'ordine, si prefiguri e accetti la morte della guardia giurata; in tal caso, l'interesse perseguito ed il danno

¹⁸ Corte d'Assise d'Appello di Torino, cit., 301. In dottrina, sull'orientamento in parola, v. L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, 37, 44, 77, 175; Id., *Verso la fine del dolo eventuale? (Salvaguardando in itinere la formula di Frank)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2014, 118 ss.

¹⁹ Cass. pen., 1 febbraio 2011, n. 10411, cit., *supra*, nt. 7.

previsto non sono fra loro confliggenti e si deve propendere per la sussistenza del dolo eventuale qualora si ritenga che l'agente avrebbe agito ugualmente anche nella certezza di cagionare la morte della vittima. È solo in queste ipotesi che il criterio economicistico e quello ipotetico possono essere adoperati congiuntamente per valutare la sussistenza del dolo eventuale.

A ben guardare, né il caso *Ignatiuc*²⁰ né il caso *Thyssenkrupp* rientrano in una simile casistica, dal momento che in entrambe le vicende la verifica del fatto di reato ha costituito la negazione del piano dell'agente.

Il giudice di secondo grado opera una compenetrazione tra il giudizio ipotetico ed il bilanciamento poiché esclude la sussistenza del dolo eventuale quando la verifica dell'evento criminoso, rappresentato come possibile, costituisce la frustrazione dello scopo perseguito dall'agente.

La preferenza mostrata per questa seconda soluzione determina il non trascurabile beneficio dell'assorbimento di tutti i casi dubbi nell'area della colpa con previsione, con evidenti ricadute tuttavia sulla certezza del diritto e del rispetto del principio *in dubio pro reo*.

Quanto all'indice di comparazione tra la finalità di risparmio perseguita ed il danno prodotto, occorre sottolineare che, se la contraddizione tra i due termini della comparazione può essere considerata un vero e proprio *indice*, occorre un rapporto più stringente tra i due elementi; in altre parole, la contraddizione dell'obiettivo deve essere una conseguenza immediata e reale degli eventi. Nell'esempio classico della circolazione stradale, cagionare un incidente mortale è sicuramente evento non voluto poiché ostativo alla fuga dell'automobilista. Se, invece, tale contraddizione si realizza su un piano meramente ipotetico, l'indice risulta del tutto manipolabile ed arbitrario; ancora, nel caso della trasmissione del virus HIV, ad esempio, si potrebbe affermare che la morte del partner sia un evento non voluto innanzi all'obiettivo di una relazione sessuale duratura con lo stesso.

Anche nel caso di specie, «l'obiettivo del risparmio economico contraddetto dalla realizzazione degli eventi risulta "distante" da questi ultimi, con la conseguenza che la contraddizione non pare così immediata e reale da poter svolgere una funzione motivante nel senso della non accettazione dell'evento».

La preferenza per l'uno o l'altro criterio dipende direttamente dalla nozione di volontà che l'organo giudicante decide di far propria. Punto incontrovertibile delle disquisizioni volte ad individuare un criterio discrezionale è che elemento peculiare del dolo eventuale sia la componente volitiva, quell'imprescindibile *quid pluris* rispetto alla componente conoscitiva; all'interno della psiche dell'agente deve sussistere una presa di posizione nel senso della realizzazione del fatto tipico e quindi dell'offesa al bene giuridico. Determinante per far propendere verso l'uno o l'altro orientamento è il significato di cui si riempia il contenitore concettuale della volontà. Decidere di farla coincidere con il concetto di intenzione vuol dire ritenere conforme alla lettera dell'art. 43 c.p. il solo dolo intenzionale e, eventualmente, il dolo diretto. Il dolo eventuale viene allora considerato un'estensione normativa della volontà cui non può essere naturalisticamente ricondotto; la sua formulazione dipende, quindi, dall'applicazione della formula di Frank, «bilanciando il mancato diretto perseguimento del fatto di reato con l'accertamento che la certezza della verifica di quest'ultimo non avrebbe inciso sul comportamento dell'agente».

È questo l'orientamento fatto proprio dalla seconda Corte, che, su questa linea, ha identificato anche in capo all'amministratore delegato l'elemento soggettivo della colpa cosciente. Se, invece, alla nozione di volontà si conferisce un significato più ampio rispetto a quello dell'intenzione, ci si avvicina alla costruzione operata dal giudice di prime cure. Secondo questo orientamento, infatti, la volontà deve essere considerata idonea ad abbracciare tutti gli effetti collaterali della propria azione; l'agente deve cioè aver deciso di agire in vista di un determinato scopo, seppur nella possibilità di cagionare un fatto di reato. Tale seconda impostazione – patrocinata dal giudice di primo grado – sembra quella più collimante con la *ratio* dell'istituto del dolo eventuale. Quest'ultimo abbraccerebbe quelle ipotesi in cui «per raggiungere il risultato desiderato l'agente è costretto a produrne anche un secondo, che può essergli indifferente o addirittura spiacevole, sempreché, si capisce, il valore negativo attribuito dall'agente al verificarsi di tale secondo risultato, sia inferiore al valore positivo attribuito alla realizzazione del risultato desiderato. Ove ciò accada, anche il secondo risultato deve considerarsi voluto, e

²⁰ Cass. pen., sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411, *Ignatiuc*, cit., *supra*, nt. 3.

voluto *ab initio*».

La vicenda giudiziaria della Thyssenkrupp mostra, ancora una volta, che nessuno dei criteri esposti risulta aprioristicamente esatto; al contrario, molto dipende dal retroterra culturale ed ideologico dell'interprete.

3.

La sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione.

In esito all'udienza pubblica del 24 aprile 2014, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno confermato la responsabilità dell'amministratore delegato a titolo di colpa cosciente così come riformulata dai giudici della Corte d'Appello. Per raggiungere questa conclusione, i Supremi Giudici hanno dovuto affrontare nuovamente la questione della "linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente", sforzandosi di individuare un criterio rispettoso, in primo luogo, del principio di colpevolezza.

Su questa linea, è stato affermato che «in ossequio al principio di colpevolezza la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente va individuata considerando e valorizzando la diversa natura dei rimproveri giuridici che fondano l'attribuzione soggettiva del fatto di reato nelle due fattispecie. Nella colpa si è in presenza del malgoverno di un rischio, della mancata adozione di cautele doverose idonee ad evitare le conseguenze pregiudizievoli che caratterizzano l'illecito. Il rimprovero è di inadeguatezza rispetto al dovere precauzionale anche quando la condotta illecita sia connotata da irragionevolezza, spregiudicatezza, disinteresse o altro motivo censurabile. In tale figura manca la direzione della volontà verso l'evento, anche quando è prevista la possibilità che esso si compia ("colpa cosciente")». Per contro nel dolo si è in presenza di organizzazione della condotta che coinvolge, non solo sul piano *rappresentativo*, ma anche *volitivo* la verifica del fatto di reato. In particolare, nel "dolo eventuale", che costituisce la figura di margine della fattispecie dolosa, un atteggiamento interiore assimilabile alla volizione dell'evento e quindi rimproverabile si configura solo «se l'agente prevede chiaramente la concreta, significativa possibilità di verifica dell'evento e, ciò nonostante, si determina ad agire, aderendo ad esso, per il caso in cui si verifichi. Occorre la rigorosa dimostrazione che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificata nella fattispecie concreta. A tal fine è richiesto al giudice di cogliere e valutare analiticamente le caratteristiche della fattispecie, le peculiarità del fatto, lo sviluppo della condotta illecita al fine di ricostruire l'iter e l'esito del processo decisionale²¹».

La responsabilità colposa, dunque, si caratterizza per il "malgoverno di un rischio", per la mancata adozione di cautele doverose idonee ad evitare le conseguenze pregiudizievoli che caratterizzano l'illecito. Al contrario, nella responsabilità dolosa si riscontra un'organizzazione della condotta che coinvolge la verifica del fatto di reato sia sul piano rappresentativo che su quello volitivo.

La figura margine del dolo, ai fini della sua configurabilità, richiede che l'agente abbia previsto la concreta possibilità della verifica dell'evento e ciononostante si determini ad agire "aderendo ad esso".

Ciò che è deciso è che si faccia riferimento ad un "reale atteggiamento psichico" che, sulla base di una chiara visione delle cose e delle prospettive della propria condotta, esprima una scelta razionale, e, soprattutto, che esso sia rapportato allo specifico evento lesivo ed implichi "ponderata, consapevole adesione ad esso" per il caso che abbia a realizzarsi. Di conseguenza, non rilevano le emozioni e gli stati d'animo; sebbene la considerazione della sfera emotiva del soggetto possa essere utile per comprendere le ragioni che hanno determinato la speranza o

²¹ Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Dir. pen. cont.*, 19 settembre 2014. La deliberazione è stata assunta sulle conformi conclusioni del Procuratore Generale. Il dispositivo della sentenza recita: «annulla senza rinvio la sentenza impugnata limitatamente alla ritenuta esistenza della circostanza aggravante di cui al capoverso dell'art. 437 c.p. ed al conseguente assorbimento del reato di cui all'art. 449 c.p.; dispone trasmettersi gli atti ad altra Sezione della Corte d'Assise d'Appello di Torino per la rideterminazione delle pene in ordine ai reati di cui agli artt. 437, comma 1, 589, commi 1, 2, 3, 61 n. 3, 449 in relazione agli artt. 423 e 61 n. 3 c.p.; rigetta nel resto i ricorsi del P.G. e degli imputati; rigetta il ricorso della persona giuridica ThyssenKrupp Acciai Terni S.p.A. che condanna al pagamento delle spese processuali; condanna in solido gli imputati ed il responsabile civile Thyssen Krupp alla rifusione delle spese sostenute nel presente giudizio dalla parte civile 'Medicina Democratica' che liquida in complessivi euro 7 mila, oltre accessori come per legge; infine, visto l'art. 624, comma 2, c.p.p. dichiara irrevocabili le parti della sentenza relative alla responsabilità degli imputati in ordine ai reati sopraindicati».

altro atteggiamento emotivo di rilievo.

L'attenzione dell'interprete, pertanto, deve concentrarsi sulla *prova del dolo*. A questo fine, i Supremi Giudici, segnalando la delicatezza di un'indagine che, sostanzialmente, s'incentra sulla sfera interiore, elaborano ben 11 "*indizi o indicatori*" del dolo eventuale: 1) la condotta²²; 2) la lontananza dalla condotta *standard*²³; 3) la personalità, la storia e le precedenti esperienze dell'autore²⁴; 4) la durata e la ripetizione della condotta²⁵; 5) la condotta successiva al fatto²⁶; 6) «il fine della condotta, la sua motivazione di fondo; e la compatibilità con esso delle conseguenze collaterali, cioè la congruenza del "prezzo" connesso all'evento non direttamente voluto rispetto al progetto d'azione»²⁷; 7) la probabilità di verifica dell'evento²⁸; 8) le conseguenze negative o lesive anche per l'agente in caso di verifica dell'evento; 9) il contesto lecito o illecito²⁹; 10) l'*iter* che ha condotto l'agente ad un atteggiamento fiducioso³⁰; 11) il controfattuale alla stregua della prima formula di Frank³¹.

La Corte precisa che si tratta di elementi che non incarnano la colpevolezza, ma servono a ricostruire il processo decisionale e le motivazioni dell'autore, con particolare attenzione al momento in cui è assunta una condotta che si basa sulla nitida, ponderata consapevolezza della concreta prospettiva dell'evento collaterale e, pertanto, si aderisce a tale eventualità quale "prezzo o contropartita accettabile in relazione alle finalità primarie".

A corollario dell'elencazione sopra descritta, le Sezioni Unite sottolineano che si tratta di un catalogo aperto e che ciascuna fattispecie concreta può mostrare plurimi indizi in grado di orientare il giudizio sul dolo eventuale: «quanto più alta è l'affidabilità, la coerenza e la consonanza dei segni tanto maggiore risulta la forza finale del giudizio».

L'aspetto concettuale e normativo della nozione del dolo eventuale, in giudizio, si intreccia, ineluttabilmente, con il problema probatorio; da qui l'esigenza, avvertita in particolare dalla giurisprudenza, di individuare il *topos* dei «*segnali d'allarme*»: elementi che – se conosciuti dal soggetto agente – consentono di mediare la conoscenza e la volontà del fatto necessarie ai fini

²² La condotta ha una rilevante importanza, soprattutto, negli illeciti di sangue.

²³ Come sottolineano le Sezioni Unite, in questo senso, risulta emblematico il contesto della circolazione stradale, tradizionalmente, ricondotto allo schema normativo della colpa cosciente, fatti salvi in cui l'agente dimostri una determinazione estrema, la volontà di correre rischi elevatissimi senza porre in essere alcuna misura per tentare di governare tale eventualità.

²⁴ A questo proposito è precisato che «la personalità, esaminata in concreto e senza categorizzazioni moralistiche, può mostrare le caratteristiche dell'agente, la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto nel quale i fatti sono maturati; e quindi l'acquisita consapevolezza degli esiti collaterali possibili». Si pensi, ad esempio, a quella giurisprudenza in tema di trasmissione del virus HIV, che ha escluso il dolo dell'uomo che trasmette la sindrome da immunodeficienza acquisita alla moglie, facendo leva sul suo basso livello culturale e sull'incompleta comprensione delle conseguenze delle sue azioni.

²⁵ Una condotta lungamente protratta, studiata, ponderata, basata su una completa conoscenza e comprensione dei fatti, su questa linea, appare più coerente con un'imputazione dolosa. L'indicatore in parola sembra aprire la strada, anche nella giurisprudenza italiana, alla *teoria della soglia d'inibizione* (*Hemmschwellentheorie*) di matrice tedesca, la quale, in situazioni di incertezza sull'effettivo accertamento della componente volitiva, consente di escludere il dolo, dando rilievo alla spontaneità, all'avventatezza, all'impeto o allo stato di alterazione emotiva del reo. Cfr., C. ROXIN, *Strafrecht*, 2006, 475. Per una ricognizione di quest'ultimo orientamento del *Bundesgerichtshof*, v. M. DOVA, *Un dialogo immaginario con la giurisprudenza tedesca sui confini del dolo. In tema di omicidio e "soglia d'inibizione"*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2015.

²⁶ Le Sezioni Unite valutano che «la fattiva e spontanea opera soccorritrice può aver peso nell'accreditare un atteggiamento riconducibile alla colpa e non al dolo eventuale», per contro, ad esempio, l'estremo tentativo di fuga da parte del ladro dopo un incidente mortale esprime la determinazione di sottrarsi "a qualunque costo" all'intervento della polizia; e, dunque, l'adesione all'evento.

²⁷ Cass., S. U., 24 aprile 2014, cit., 185.

²⁸ «La probabilità non va considerata in astratto, ma soggiudata dal punto di vista dell'agente, della percezione che questi ne ha avuta»: Cass., S. U., 24 aprile 2014, cit., *supra*, 186.

²⁹ Com'è noto, una situazione illecita di base indizia più gravemente il dolo; contesti intrinsecamente leciti, invece, indirizzano verso la prospettiva colposa. A questo specifico proposito, è segnalata l'esigenza di utilizzare tale criterio con prudenza e sempre in accordo con le altre emergenze del caso concreto. Una considerazione poco oculata di tale indizio, infatti, può facilmente scivolare in un autentico giudizio sul tipo d'autore.

³⁰ Se è vero che l'ottimismo o il pessimismo, la rimozione e gli stati affettivi in genere non possono risolvere il problema del dolo eventuale, a parere dei giudici di legittimità, non si può negare che si tratti di aspetti in grado di contribuire a spiegare le ragioni che hanno condotto l'agente ad un atteggiamento di fiducia.

³¹ La formula di Frank si presenta come un criterio sostanzialmente risolutivo laddove si abbia modo di esperire in modo affidabile il relativo giudizio controfattuale. L'accertamento del dolo, però, non può essere affidato solo a tale strumento euristico; ma deve essere supportato da tutti i possibili strumenti di indagine.

di un'imputazione dolosa³².

Come osservato da autorevole dottrina, però, la questione dei *segnali* da riconoscere e valutare si addice maggiormente all'imputazione colposa, poiché il rispetto di regole di diligenza richiede la capacità di cogliere *segnali riconoscibili* nelle situazioni in cui si agisce, così da potersi comportare in modo adeguato alla situazione concreta³³. L'inosservanza di doveri di informazione appare un argomento difficilmente compatibile con la prova del dolo: «addebitare l'inadempimento di doveri di acquisizione di conoscenze presuppone logicamente situazioni di mancanza o incompletezza di conoscenze, ed orienta quindi verso l'esclusione del dolo, che è conoscenza acquisita³⁴».

Il rischio di coltivare orientamenti tesi a valorizzare la categoria del dolo eventuale è quello di neutralizzare lo stato di dubbio, «perché lavora con categorie – come prevedibilità e rischio – che sono flessibili e [lo] assorbono facilmente»³⁵. In altre parole, a risolversi a sfavore del reo sarebbe il dubbio sostanziale in cui egli versa, non il dubbio processuale – ossia quello nutrito dagli interpreti – che verrebbe, invece, sostanzialmente superato.

Forse consci di queste ragioni e certamente consapevoli della complessità dell'itinerario richiesto all'interprete – spesso reso ancora più controverso dalla povertà del materiale probatorio –, i giudici di legittimità non esitano a sottolineare che, laddove alla stregua della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, la situazione probatoria rimanga irrisolta, occorre attenersi al principio di favore per l'imputato e rinunciare all'imputazione soggettiva più grave a favore di quella colposa, se prevista dalla legge³⁶.

4.

Le teorie volitive: dal consenso all'accettazione del rischio.

Analizzando le teorie elaborate dalla dottrina – in particolare, italiana e tedesca – dai tempi più remoti fino ad oggi, si deve prendere atto che anche le più recenti elaborazioni dogmatiche non sono state in grado di fornire un criterio univoco di demarcazione tra dolo eventuale e colpa cosciente. L'orientamento oggi più diffuso, sia a livello dottrinale che giurisprudenziale, ricomprende un gruppo di posizioni tendenti ad individuare tale *discrimen* sulla

³² Con particolare riferimento ai “segnali d'allarme” elaborati in ambito economico (ossia un contesto di base lecito), v. D. PULITANÒ, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 1, 2013, 22, il quale richiama, ad esempio, il processo sul dissesto del Banco Ambrosiano: Cass. pen., 22 aprile 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 651 s., riferito alla “sistematica inerzia” del sindaco nonostante i “segnali della cattiva gestione della banca” e la “rischiosità di numerose operazioni effettuate”; nonché Cass. pen., 26 giugno 1990, in *Cass. pen.*, 1991, 828 s., sulla vicenda Sindona. Nella nota sentenza Bipop-Carire, riguardante l'imputazione di concorso mediante omissione a titolo di dolo eventuale, da parte di amministratori senza poteri di delega, rispetto a reati societari ed economici commessi da amministratori delegati, la Corte di Cassazione, ha evidenziato una distinzione fra segnali di diversa pregnanza, precisando che: ai fini della prova del dolo, devono essere utilizzati segnali “*perspicui e peculiari*”; segnali “*d'allarme o di rischio*” possono rilevare, invece, sul piano della colpa. Su questa linea, nella medesima sentenza si legge che: «non solo non è consentito equiparare conoscenza e conoscibilità, ma non è consentito, sul piano probatorio, saltare dalla colpa al dolo, considerando prova del dolo quella conoscibilità che di per sé definisce la colpa»: Cass., sez. V, 4 maggio 2007, n. 23838, in *Guida al dir.*, 2007, 35, 71, con nota di Bricchetti. Per approfondimenti: ID., *Amministratori non operativi e omesso impedimento di delitti commessi da altri amministratori*, in *Le Società*, 2008, 902 ss.; nonché M. PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie “pregnanti”*, Napoli, 2012, 316 ss. In giurisprudenza, cfr. *Cass. pen., sez. V, 19 ottobre 2010, n. 41136*, in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2012, con nota di G. MERCONI, *Gli obblighi degli amministratori privi di deleghe e la funzione probatoria dei c.d. segnali d'allarme*; Cass. pen., 8 giugno 2012, n. 42519, in *Cass. pen.*, 2014, 3, 1025, con nota di Frascchetti.

³³ D. PULITANÒ, *I confini*, cit., 27, il quale evidenzia che «riconoscere segnali d'allarme, è il contenuto tipico di doveri di diligenza». Su questa linea, la casistica più ampia riguarda delitti facenti parte del diritto penale dell'economia, in particolare, problemi di responsabilità di soggetti non uniti di deleghe e non operativi, ma titolari di poteri e doveri funzionali. Sul punto, v. anche F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 493 ss.

³⁴ D. PULITANÒ, *I confini del dolo*, cit., 27.

³⁵ F.M. IACOVIELLO, *op. cit.*, 485, 492. «Applicare “automaticamente” il dolo eventuale in caso di dubbio (rischio percepito e intellettualmente non risolto) significa escludere un accertamento motivazionale, per accontentarsi di uno schema presuntivo paradigmatico, che si ferma al livello del “fatto”, senza approfondire quello della “colpevolezza”»: M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2014, 91, il quale, su questa linea, sostiene la necessità di ricondurre il dubbio a una «condizione ancora neutra (o non esclusiva) sotto il profilo della volontà: a risolvere la questione non sarà la rappresentazione di un rischio, né la decisione nel dubbio irrisolto, ma il tipo di adesione al dubbio e all'evento che si sia fatto proprio (...)». In questo senso, lo stato di dubbio è compatibile sia con il dolo eventuale che con la colpa cosciente.

³⁶ Ulteriori rilievi critici sul ricorso agli indicatori descritti dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento saranno formula *infra* § 8.

base dell'atteggiamento interiore dell'agente nei confronti dell'evento³⁷.

La *teoria dell'indifferenza* (*Gleichgültigkeitstheorie* o *Gefühlstheorie*), anche definita come *teoria del sentimento*, accerta la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nell'atteggiamento interiore del soggetto agente di fronte alla possibile produzione dell'evento³⁸. Il dolo eventuale caratterizzerà tutte le ipotesi in cui il soggetto assuma un atteggiamento di assoluta indifferenza rispetto all'eventuale realizzazione della fattispecie penale, ovvero del risultato lesivo "accessorio" della propria condotta illecita; la colpa cosciente, invece, sussisterà quando tale risultato lesivo appaia indesiderato.

Tale impostazione viene definita "minore", così come le diverse varianti che pongono l'attenzione sui concetti di *fiducia* o *speranza*, formulate anch'esse al fine di individuare i caratteri differenziali fra dolo eventuale e colpa cosciente³⁹. Tali teorie, sia in Italia che olttralpe, in realtà, hanno registrato ben pochi consensi. Risulta contraddittorio proprio il tentativo di individuare il momento volitivo del dolo ricorrendo ad entità psichiche che non coincidono con la nozione di volontà⁴⁰. Non sembra coerente con i principi del diritto penale ritenere sufficiente, ai fini della responsabilità dolosa – anche solo a titolo di dolo eventuale – «l'atteggiamento di indifferenza o di mancanza di riguardo da parte del soggetto agente; si tratta di qualifiche che si attaccano meglio all'identificazione della colpa in senso stretto⁴¹».

Alla teoria dell'indifferenza si obietta non soltanto l'indeterminatezza del concetto stesso di *indifferenza*, ma soprattutto il fatto che, nel tentativo di non ridurre il dolo eventuale a mera previsione dell'evento, fa riferimento a concetti come l'interesse o la spiacevolezza dell'evento nei confronti dell'agente, conducendo, quindi, ad un accertamento oggettivo del dolo attraverso il ricorso alle categorie dell'interesse, del gradimento ecc. Si richiede, dunque, ancora una volta, un giudizio «ipotetico», poiché sarà necessario ricorrere a una valutazione sull'intera personalità del soggetto agente: non si giudica una reale situazione psicologica in relazione all'evento, bensì una situazione emotiva o sentimentale per il cui esame rileva non l'evento verificatosi, ma il valore negativo ad esso attribuito dal soggetto agente⁴².

In realtà, uno stato d'animo di particolare insensibilità verso il bene giuridico offeso può rappresentare un indizio di una certa rilevanza per accertare il dolo, sebbene non sia anche sufficiente ai fini dell'accertamento stesso. Non sembra possibile, invece, accogliere la conclusione di quanti giungono a escludere il dolo eventuale in tutte le ipotesi in cui non vi sia un'assoluta indifferenza verso l'evento da parte del soggetto agente, indifferenza intesa, ancora una volta, come mancanza di desiderio. Risulta incoerente, infatti, ricondurre alla colpa cosciente, prevedendo un trattamento sanzionatorio più mite, il comportamento del reo che, pur nella speranza di non cagionare l'offesa, abbia messo in conto l'ulteriore risultato lesivo della

³⁷ Nella letteratura Italiana, autorevoli fautori della teoria della volontà sono stati F. CARRARA, *Dolo*, in *Opuscoli di diritto criminale*, I, 1870, 292; A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1913, 406, 333 nt. 116; A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione di dolo*, Napoli, 1930, 143 ss.; F. ANTOLISEI, *Manuale*, cit., 350 ss., il quale si muove sempre in un'ottica "realistica" e non prettamente psicologica; F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., 28, nt. 45; A. DI LORENZO, *op. cit.*, 126 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 363; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 304. Sul punto v. A. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., 325 ss. Per un'esauritiva disamina delle concezioni tradizionali sulla differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente, vale a dire le teorie intellettualistiche (la teoria della probabilità e la teoria della possibilità), cfr. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999.

³⁸ K. ENGLISH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit in Strafrecht*, Berlin, 1930, 233 ss. Per un'accurata disamina della teoria in esame: v. C. ROXIN, *op. cit.*, 454; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 44 ss., cui si rinvia anche per i puntuali riferimenti bibliografici alla lettura tedesca.

³⁹ In giurisprudenza: cfr., in particolare, Corte d'Appello di Roma, 13 giugno 1986, in *Giur. mer.*, 1987, 418, che, pronunciandosi a seguito di annullamento con rinvio da parte della Corte di Cassazione della sentenza di secondo grado, che aveva condannato gli imputati per omicidio volontario, ha ravvisato, sulla base del criterio della speranza, la colpa cosciente nel comportamento di due genitori che, per rispettare i precetti della confessione religiosa a cui si erano convertiti, sceglievano di interrompere la terapia emotrasfusionale della figlia minore, affetta da betalassemia *maior*, pur potendo prevedere la morte della bambina come conseguenza più che probabile di una tale scelta e, al contempo, sperando che l'esito lesivo non si verificasse. L'interruzione della terapia ha provocato un abbassamento del tasso di emoglobina nel sangue e, conseguentemente, la morte della minore per insufficienza cardiaca.

⁴⁰ Cfr., tra gli altri, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 44; A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 276, che parla di «difetto di fondazione» di tali teorie minori. Sottolineano le difficoltà sul piano dell'accertamento: tra gli altri, L. PETTOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico*, cit., 203; A. MALINVERNI, *Gli stati affettivi nella nozione di dolo*, in *Arch. pen.*, 1955, 362.

⁴¹ C. ROXIN, *op. cit.*, 454. Il dolo «rappresenta una forma di manifestazione dell'elemento soggettivo qualificata dinamicamente come un "attacco" nei confronti degli oggetti (e i valori di cui essi sono portatori) socialmente rilevanti: E. MORSELLI, *Il ruolo*, cit., 69 s., il quale, su questa linea, ritiene «più appropriato parlare di *Gesellschaftsfeindlichkeit*, o aggressività antisociale (corsivo dell'Autore): se nella colpa è riscontrabile uno statico difetto di sensibilità sociale (c.d. *Leichtfertigkeit*), nel dolo vi è invece una componente attiva di distruttività».

⁴² V., nello stesso senso, A. PECORARO ALBANI, *Il dolo*, cit., 348; F. MORSELLI, *Il ruolo*, cit., 69 s.; ID., *L'elemento soggettivo del reato nella prospettiva criminologica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 100.

propria condotta illecita⁴³.

La c.d. teoria dell'approvazione o del consenso all'evento (*Billigung-oder Einwilligungstheorie*) rappresenta la formulazione più classica nell'ambito delle concezioni volitive⁴⁴.

Se si accoglie la teoria secondo cui il dolo si caratterizza più per l'elemento volitivo che per quello rappresentativo, per configurare il dolo eventuale sarà necessario qualcosa di più rispetto alla semplice rappresentazione dell'evento lesivo in termini di probabilità o possibilità. Questo *quid pluris* è stato ravvisato dalla c.d. *teoria del consenso* in un'approvazione interiore alla realizzazione dell'evento preveduto come possibile⁴⁵. Secondo l'orientamento in esame si integra l'elemento volitivo del dolo eventuale in relazione alla conseguenza lesiva prevista, qualora quest'ultima sia stata «accettata con approvazione»; mentre, in assenza di questa adesione interiore e di fronte alla (motivata) fiducia (o speranza) del reo che il risultato non abbia luogo, si configura la colpa cosciente⁴⁶.

Per la configurazione del dolo eventuale non è, dunque, sufficiente la mera previsione dell'evento, ma è altresì necessario un nesso psichico tra l'agente e l'evento medesimo; in questo modo sarà possibile distinguere e, al tempo stesso, delimitare tale figura rispetto alle altre specie di dolo. Per evitare confusioni, però, si è ritenuto opportuno chiarire il modo in cui va inteso il termine consenso. Di quest'ultimo, infatti, si servono anche coloro che fondano il dolo su criteri «oggettivi», come quello della probabilità o della possibilità⁴⁷. Secondo i sostenitori della teoria della probabilità, se il soggetto agente, nonostante si rappresenti la probabilità dell'evento, agisce ugualmente, significa che «consente» ad esso. Considerando il reale significato del termine «consenso», però, si tratterebbe più di una presunzione di consenso che di un'effettiva adesione «intima» alla prospettiva della verifica dell'evento da parte del soggetto agente: siamo sideralmente distanti dall'accezione tradizionale della componente volitiva del dolo, in una dimensione «oggettiva» dai risvolti probatori evanescenti.

L'idea del «consenso» viene utilizzata anche da autori che, nel rifiutare il concetto di volontà come essenza del dolo, cercano tuttavia di dare un contenuto positivo all'atteggiamento dell'agente confluyente nel dolo eventuale. La teoria di cui ci occupiamo caratterizza positivamente il dolo eventuale attraverso il concetto di «consenso», ma con esclusivo riferimento alla sfera psichica dell'agente e, quindi, con esclusione di una qualsiasi sua determinazione in base a

⁴³ Simile a quello dell'indifferenza è il criterio della speranza, patrocinato da von Hippel, che nega il dolo eventuale quando l'auspicio del non verificarsi dell'evento sia stato decisivo per la realizzazione dell'azione. In argomento, v. R. VON HIPPEL, *Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum*, in VDA, A.T., III, 1908, 506; F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1911, 177 ss. Nella letteratura italiana, si riferiscono al criterio della speranza: E. BATTAGLINI, *Volontà e rappresentazione nei delitti dolosi secondo il nuovo codice penale. L'elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, in *Riv. pen.*, 1931, 94; O. VANNINI, *Le definizioni del dolo*, in *Giust. pen.*, 1947, II, 274; ID., *L'evento colposo come condizione di punibilità*, in *Riv. pen.*, 1930, 1032; G. DEL VECCHIO, *La previsione dell'evento nel delitto colposo*, in *Annali dir. proc. pen.*, 1933, 574; M.G. PAOLI, *Dolo preterintenzione e colpa. L'elemento soggettivo nelle contravvenzioni*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1932, 668. Accoglie il criterio della speranza anche L. JIMENEZ DE ASUA, *La colpa cosciente e il dolo eventuale*, in *Riv. pen.*, 1962, I, 437. *Contra*, per tutti, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht, Eine Systematische Darstellung*, XI ed., Berlin, 1969, 70. In giurisprudenza: v., tra le tante, Cass., 24 maggio 1984, in *Cass. pen.*, 1986, 467; ID., in *Giust. pen.* 1985, II, 172 (s.m.); Cass., 17 dicembre 1971, in *Cass. pen.*, 1973, 232; Cass., 20 novembre 1970, in *Giust. pen.*, 1972, II, 271 ss. con nota di G.P. LATINI, *Appunti in tema di colpa cosciente e dolo eventuale*; Corte di Cass., Sez. I, 26 febbraio 1998, n. 5969, in *Riv. pen.*, I, 342 ss.; Corte d'Assise d'Appello di Roma, 13 giugno 1986, in *Foro it.*, 1986, II, 606, con nota di F. ALBEGGIANI.

⁴⁴ Il criterio dell'approvazione è stato adottato dal *Bundesgerichtshof* a partire dalla famosa sentenza del 1955 relativa al c.d. *Lederriemenfall* (caso delle cinghie di cuoio): due soggetti, per un'aggressione a scopo di rapina, utilizzano una cinghia di cuoio con cui vogliono soffocare riducendo in stato di incoscienza la loro vittima, senza ucciderla; sebbene si rendano conto che lo strangolamento può causare la morte, continuano a soffocare la vittima che, a poco a poco, smette di muoversi e, senza che loro se ne accorgano, muore. V. BGH 7, 363 ss. Questa sentenza chiarisce che il termine «approvazione» è compatibile con un rifiuto emozionale dell'evento, quindi anche con il desiderio che questo non si realizzi. Tale teoria fu formulata, in termini anche eterogenei, da R. VON HIPPEL, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Leipzig, 1903, 111 ss.; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Ein Lehrbuch*, AT, 4ª ed., Karlsruhe, 1971, 263 s.; J. BAUMANN – U. WEBER, *Strafrecht*, AT, 9ª ed., Biefeld, 1985, 402.

⁴⁵ Cfr., per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 363.

⁴⁶ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 45.

⁴⁷ In estrema sintesi, la teoria della probabilità (*Wahrscheinlichkeitstheorie*) ritiene sussistente il dolo eventuale quando l'agente considera l'evento come una conseguenza probabile della propria condotta; viceversa, si avrebbe colpa cosciente allorché lo ritenga soltanto possibile: così, tra gli altri, E. PESSINA, *Elementi di diritto penale*, 3ª ed., Napoli, 1871, 161; M. GRÜNHUT, *Begriffsbildung un Rechtsanwendung im Strafrecht*, Tübingen, 1926, 16; H. MAYER, *Strafrecht*, AT, Stuttgart-Köln, 1953, 250 ss. Questa teoria, da un lato, si fonda su dati statistici e/o quantitativi, che destano forti riserve sul piano dell'opportunità di distinguere tra dolo eventuale e colpa cosciente proprio su queste basi, dall'altro rischia di provocare l'«abrogazione» del dolo eventuale a vantaggio della limitrofa figura soggettiva colposa. La teoria della possibilità (*Möglichkeitstheorie*), invece, afferma che il dolo eventuale è caratterizzato dalla possibilità di verifica dell'evento: cfr., in particolare, H. SCHRÖDER, *Aufbau und Grenzen des Vorsatzbegriffs*, in Sauer FS, Berlin, 1949, 207 ss.; E. SCHMIDHÄUSER, *Zum Begriff der bewussten Fahrlässigkeit*, in GA, 1957, 305 ss. Le osservazioni critiche nei confronti di quest'ultima teoria sono del tutto speculari a quelle formulate nei confronti della precedente. Per un'analisi approfondita dei criteri della possibilità e della probabilità ai fini dell'individuazione della linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, nella nostra dottrina, v., per tutti, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 30 ss., cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici.

circostanze oggettive (reali o presunte). Il consenso, dunque, non sarebbe altro che volontà. Il presupposto della teoria è che nel dolo eventuale sia presente un elemento volitivo del tutto sovrapponibile al concetto di consenso.

In realtà, si deve ritenere che in un sistema ispirato ai principi di materialità, offensività e personalità della responsabilità penale, non possa assumere rilevanza decisiva il semplice atteggiamento interiore dell'agente: ciò che rileva è piuttosto il fatto che la lesione dei beni giuridici possa essere evitata⁴⁸. Se l'autore, che si è rappresentato le conseguenze possibili della sua azione, desiste dal compierla, significa che la minaccia penale ha raggiunto il suo scopo. Se, invece, il soggetto in questione non rinuncia al proprio comportamento, accettando il rischio delle relative conseguenze, significa che egli ha scelto la strada della lesione del bene giuridico, senza che tale scelta venga meno per il sol fatto che ad essa si accompagni un atteggiamento puramente interiore di disapprovazione dell'evento o di speranza nella sua non verifica⁴⁹. La sfera interiore del soggetto agente non può essere dirimente ai fini dell'accertamento del requisito volitivo del dolo eventuale.

Come la vicenda giudiziaria in esame dimostra, la prassi applicativa e parte della dottrina, per accertare il consenso, ricorrono ad un accertamento ipotetico così articolato: il dolo eventuale sussiste quando è presumibile che il soggetto avrebbe ugualmente agito anche se si fosse rappresentato l'evento lesivo come certamente connesso alla sua azione. Si tratta del noto "criterio di prova" della *prima formula di Frank*, che muove dalla domanda relativa a quale condotta avrebbe assunto il reo se fosse stato certo della realizzazione dell'evento tipico⁵⁰. In altri termini: quando dall'esame del carattere e del comportamento del soggetto agente risulti che egli avrebbe agito ugualmente, si deve affermare il dolo eventuale; laddove, invece, la sicura previsione della conseguenza lesiva avrebbe determinato l'astensione dall'azione, si deve configurare la colpa cosciente. La formula non propone il riferimento a una mera «predisposizione d'animo» del soggetto agente rispetto all'evento o a «una graduazione tutta interiore dei valori in gioco», ma piuttosto guida la valutazione del giudice al riscontro, tramite un giudizio ipotetico, di un ben determinato atteggiamento psicologico: lo stato mentale rileva per il dolo, se è tale da indurre il soggetto ad agire anche di fronte ad un cambiamento sostanziale dei fattori che rilevano ai fini della decisione, come sarebbe «il passaggio dalla *possibilità* alla *certezza*» del verificarsi dell'evento lesivo⁵¹. La formula di Frank consente di ricostruire il dolo eventuale nei termini di un'indagine intesa a verificare l'attitudine che avrebbe avuto, nel contesto in cui si è mosso l'agente, «una particolare *ragione per non agire, più intensa* di quella effettivamente operativa (la sostanziale certezza, piuttosto che la mera possibilità di cagionare l'evento pre-

⁴⁸ Cfr., nello stesso senso, F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 304 s.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 363 s.

⁴⁹ In tale direzione vanno i rilievi di Claus Roxin ripresi e condivisi da G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 120. Sul punto v. anche G. CERQUETTI, *Gli effetti penali della condanna*, Padova, 1990, 94 ss.; 104 ss.; 337 ss. e *passim*.

⁵⁰ R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für deutsche Reich*, 17ª ed., Tübingen, 1926, 182; R. FRANK, *Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre*, in *ZStW*, 1890, 217. La formula recita: «l'autore agisce in maniera dolosa se ha agito pur essendo consapevole della realizzazione della fattispecie. Egli agisce in maniera colposa se nello stesso caso avesse desistito». Sul punto: v. I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, Hundertdritter Band, 1991, 1 ss., la quale rileva che questa formula coincide, nella sua struttura, con la c.d. formula della *condicio sine qua non*. La supposizione della certezza della realizzazione è una possibilità di rimuovere la posizione colposa dell'agente. Se l'attore non avesse agito, allora si dimostra, secondo il consueto metodo della teoria della *condicio sine qua non*, la causalità dell'orientamento interiore della colpa per la decisione di commettere un danno dell'agente. Secondo l'esatta formulazione di R. VON HIPPEL, *Vorsatz, Fabrlässigkeit, Irrtum*, in *AA. Vv., Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, A. T., III, Band, Berlin, 1908, 506, nt. 2, sulla base della prima formula di Frank, ai fini del dolo eventuale occorre poter affermare che l'agente avrebbe agito, «*ceteris paribus*», «anche nella certezza di produrre il risultato». Nella letteratura italiana propendono per il criterio in parola, tra gli altri, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 363, nt. 76; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte generale*, 8ª ed., Milano, 2003, 301 ss.; L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 1074, nt. 28; Id., *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 175 ss.; M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 792; D. PULTANÒ, in *Commentario breve, Sub art. 43, IV, 7*, a cura di A. CRESPI – F. STELLA – G. ZUCALÀ, Padova, 2008, 166. La definizione «criterio di prova» si deve, in particolare, a S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 47. Nella giurisprudenza italiana v., in particolare, Cass., 5 luglio 1976, in *Cass. pen.*, 1977, 832. Si utilizza l'espressione «prima formula di Frank», poiché R. Frank, in tempi successivi, propose una seconda formula in base alla quale individuare la linea di confine tra dolo e colpa: R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für deutsche Reich*, 18ª ed., Tübingen, 1931, § 59 V. In forza della seconda formula di Frank, dovrebbe propendersi per il dolo eventuale nelle ipotesi in cui il soggetto abbia agito sulla base del seguente ragionamento: «le cose stiano in questo modo o altrimenti, accada una determinata conseguenza od un'altra, in ogni caso io agisco»: la traduzione in parola si deve a S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 47, nt. 90.

⁵¹ Cfr. L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 177 s.; Id., *La prevenzione dell'evento non voluto. Elementi per una rivisitazione dogmatica dell'illecito colposo e del dolo eventuale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, 976 ss., dove l'Autore ribadisce che la formula di Frank consente di rilevare una condizione psicologica reale e, pertanto, appare il criterio più idoneo ad identificare il dolo eventuale. V., altresì, R. VON HIPPEL, *Vorsatz, Fabrlässigkeit, Irrtum*, cit., 506, nt. 2, il quale, pur condividendo i postulati della prima formula di Frank, specificava che il *discrimen* tra dolo eventuale e colpa cosciente si sarebbe dovuto individuare tenendo conto che nel primo il verificarsi dell'evento lesivo è valutato «con maggiore favore della rinuncia ai propri interessi».

veduto), rispetto alla *ragione per agire* (la prospettiva di ottenere un certo risultato) che abbia dato causa alla condotta tenuta dall'agente⁵². In altri termini, viene in gioco un *bilanciamento dei fattori* rilevanti nella scelta individuale di tenere o meno una certa condotta e acquista maggiore rilievo il momento decisionale.

Questo criterio si espone, però, all'obiezione di sostituire indebitamente un atteggiamento psichico ipotetico a quello reale⁵³. Un giudizio presuntivo, infatti, non risulta adatto ad identificare una forma del dolo: quest'ultimo deve fondarsi su una relazione psicologica effettiva tra agente e fatto, la quale non può essere accertata con elementi ipotetici piuttosto che reali⁵⁴. È stato sostenuto che il riferimento a un accadimento ipotetico non può meravigliare, poiché la formula di Frank non vuole offrire la definizione in termini cognitivi del dolo eventuale, ma piuttosto un criterio per determinare il contenuto del concetto normativo di dolo⁵⁵.

Altra parte della dottrina ha evidenziato che il riferimento ipotetico viene utilizzato come il mezzo induttivo più idoneo per cogliere una situazione psicologica *effettiva*: la circostanza che avrebbe agito nonostante la certezza del risultato indica, in chi abbia agito rappresentandosi la possibilità di cagionare l'evento, un atteggiamento psicologico particolare, diverso da quello del soggetto che, pur avendo deciso di agire nella consapevolezza del rischio, di fronte alla certezza, si sarebbe astenuto⁵⁶.

Ciononostante, sono condivisibili i rilievi di chi esprime forti dubbi circa la reale utilità di un giudizio ipotetico in tutti quei casi concreti in cui, per l'agente, tra il desiderio di conseguire un certo risultato e il timore di cagionare un evento lesivo non vi sia una sostanziale differenza. Può ritenersi ammissibile, infatti, ricostruire in termini attendibili la decisione del soggetto agente quando la sproporzione tra i valori in pericolo si mostri evidente⁵⁷. Si dovrà, però, tenere presente che, ai fini dell'individuazione dell'elemento soggettivo del reato, ciò che rileva non è la gerarchia di valori dell'uomo medio, ma piuttosto quella dell'individuo specificamente considerato il quale, nel caso concreto, potrebbe anche perseguire un fine oggettivamente futile. Quando, invece, una rilevante sproporzione tra gli interessi in gioco manchi, appare arduo sostenere di poter pervenire a un giudizio attendibile circa la decisione del soggetto agente: quest'ultimo, infatti, rappresentandosi come certa la conseguenza accessoria, avrà sicuramente avuto molte incertezze nel decidere se agire o meno⁵⁸.

Infine, è opportuno osservare che l'applicazione della formula di Frank porterebbe a incongrue esclusioni del dolo in casi in cui l'evento collaterale si presenti in rapporto di totale o parziale antagonismo con il risultato perseguito dal soggetto agente, come, ad esempio, nel caso della morte della persona dalla quale, tramite sevizie, si volevano ottenere determinate informazioni⁵⁹.

Può, dunque, condividersi la posizione di quanti sottolineano che l'adesione alla formula di Frank, non facendo leva su scelte effettivamente verificatesi nella realtà e richiedendo piuttosto un giudizio ipotetico circa le eventuali scelte del soggetto agente, porterebbe ad affermare

⁵² Contra L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 178, secondo cui una simile conclusione non può essere condivisa poiché non chiarisce come opera la preferenza sopra descritta da parte dell'agente. Essa «rischia pur sempre di ricondurre il confine tra dolo e colpa ad un giudizio sul livello di "egoismo" soggettivo».

⁵³ Sul punto v. I. PUPPE, *op. cit.*, 1ss., la quale spiega che questa formula sarebbe utilizzabile soltanto se fosse possibile formulare affermazioni sicure sulla modalità di condotta dell'autore nell'«altra situazione». Per fare ciò, però, mancano delle leggi di psicologia universalmente valide e sufficientemente certe. Su questa linea, l'Autrice afferma che si tratta di obiezioni logiche e metodologiche che fanno fallire la formula di Frank, così come è fallita la teoria della *condicio sine qua non*. Sul punto v., altresì, K. ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, 192, mit fn 20.

⁵⁴ Cfr., tra i tanti, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 48; S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 12; G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 363, nt. 76; M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., Sub Art 43/26, 443; M. GALLO, voce *Dolo*, cit., 792; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 305.

⁵⁵ A. PAGLIARO, *Principi*, cit., 301, nt. 19; ID., *Il fatto*, cit., 476 ss.

⁵⁶ Cfr., nello stesso senso, L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 181 ss.; ID., *Appunti sul confine*, cit., 1089.

⁵⁷ Come, ad esempio, nel caso di un automobilista impaziente di giungere in tempo a uno spettacolo, di fronte alla certa previsione di cagionare la morte o delle lesioni ad un pedone.

⁵⁸ Cfr. S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 12 ss.

⁵⁹ Emblematico in tal senso, nella letteratura penalistica tedesca, appare il c.d. «caso Lacmann»: un giovane scommette venti marchi di essere in grado di sparare ad un boccale di vetro nella mano della ragazza del baraccone del tiro a segno. In caso di insuccesso, eventualità che dunque egli si rappresenta come possibile, si ripromette di far cadere il fucile e di sparire senza pericolo nella confusione del mercato. In effetti, colpisce la mano della ragazza. In questo caso, la speranza consisteva nella mancata realizzazione della fattispecie e la decisione di compiere l'azione pericolosa era condizionata e motivata proprio da tale speranza. In altri termini, se l'agente avesse previsto come certo il fallimento del suo piano sicuramente non avrebbe agito; tuttavia, anche se l'esito letale non era approvato, sembra preferibile ravvisare il dolo eventuale, contrariamente alla conclusione cui si dovrebbe pervenire in base alla prima formula di Frank. Sul punto W. LACMANN, *Die Abgrenzung der Schuldformen in der Rechtslehre und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, in *ZStW*, Bd. 31, 1911, 142 ss.

il dolo eventuale o la colpa cosciente a seconda del *grado di insensibilità* dell'autore rispetto al bene offeso dall'evento non intenzionale, sulla base di una valutazione della personalità del reo. Ciò però causerebbe un'estensione dell'oggetto del giudizio di colpevolezza, in direzione di una sorta di dolo "d'autore", ai fini non solo della commisurazione della pena, ma della stessa imputazione soggettiva del fatto⁶⁰.

All'esigenza di ricollegare il dolo eventuale a un atteggiamento interiore del soggetto agente, che si avvicini il più possibile a una presa di posizione della volontà in grado di influire sullo svolgimento degli accadimenti, risponde con migliori risultati la c.d. *teoria dell'accettazione del rischio*, frutto della confluenza di diverse accezioni di rischio, formulate in via eterogenea nella letteratura penalistica tedesca. Tale orientamento rispecchia il punto di vista dominante nella dottrina e nella giurisprudenza moderne e nasce dalla considerazione che agire in presenza della rappresentazione della concreta possibilità della realizzazione del fatto implichi già logicamente il consenso del soggetto agente⁶¹. Si è precisato, tuttavia, che il consenso vada inteso non come intima approvazione, ma come *decisione personale* del soggetto agente che si rappresenta e accetta la realizzazione del fatto lesivo. Si ritiene cioè che, se quest'ultimo avesse voluto evitare di correre il rischio della realizzazione del fatto tipico, avrebbe scelto di non agire. In questa prospettiva il dolo eventuale è rappresentazione della *concreta possibilità* della realizzazione del fatto e accettazione, quindi *volizione*, di esso; la colpa cosciente è invece rappresentazione della *semplice possibilità* della realizzazione del fatto, ma accompagnata dalla sicura fiducia che in concreto non si realizzerà, quindi, *non volizione*⁶². Pertanto, il dolo eventuale si caratterizzerebbe per la mancanza di un rapporto di contraddizione tra volontà ed evento: il soggetto agente decide di agire anche *a costo di* provocare un evento criminoso⁶³. L'agente, in questo caso, nonostante preveda che il suo comportamento sia idoneo a cagionare un evento illecito, lo pone in essere ugualmente, essendo pervenuto a una «previsione negativa⁶⁴» circa la possibilità che l'evento si realizzi effettivamente, nello specifico contesto delle circostanze in cui egli opera. Se non avesse superato lo stato di dubbio circa il verificarsi dell'evento, il

⁶⁰ S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 13 ss. Sul punto v. anche G. BRAMANTE, *Sviluppi giurisprudenziali in tema di dolo eventuale*, in *Indice pen.*, 1995, 735 s.

⁶¹ Per alcune interessanti applicazioni del criterio dell'accettazione del rischio: v. F. PALAZZO, *Regole disciplinanti il fido bancario e distrazione punibile*, in *Cass. pen.*, 1983, 800; S. CANESTRARI, *Note in tema di dolo nel delitto di «rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro» (art. 437 c.p.)*, in *Riv. giur. lav.*, 1984, IV, 391 ss.; ID., *Osservazioni sulla responsabilità colposa concorrente del datore di lavoro e del costruttore di macchine non conformi ai requisiti di sicurezza*, in *Riv. giur. lav.*, 1985, IV, 644 s.; A. NAPPI, *Pericolo dolo e colpa nei reati previsti dagli artt. 437 e 451 c.p.*, in *Cass. pen.*, 1984, 2541 s. In giurisprudenza v., tra le tante, *Cass. Pen.*, Sez. III, 23 Ottobre 1997, n. 5969, in *Riv. pen.*, 1998, 342; *Cass. Pen.*, Sez. IV, 10 ottobre 1996, n. 11024; *Cass. Pen.*, Sez. I, 3 giugno 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2992 ss.; *Cass.*, Sez. V, 12 maggio 1992, D'Alò, in *Cass. pen.*, 1993, 1121; *Cass.*, Sez. V, 25 novembre 1986, Asquino, in *Riv. pen.*, 1987, 794; *Cass.*, Sez. I, 17 marzo 1980, Siniscalchi, in *Giust. pen.*, 1980, II, c. 706.

⁶² Cfr., tra gli altri, M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *Sub Art.* 43/27 ss., 443 s.

⁶³ Così nel caso di chi spara contro una persona, accettando l'eventualità di uccidere o ferire altre pur di conseguire il proprio scopo; o del guardabarriere che, per correre al capezzale del figlio, accetta l'eventualità del disastro ferroviario. Si configura un fatto colposo, invece, nel caso di un automobilista che decide di fare un sorpasso in prossimità di una curva pericolosa facendo affidamento sulla propria abilità di guidatore, pur rappresentandosi la possibilità di causare uno scontro, che puntualmente si verifica. Cfr., nello stesso senso, G. FIANDACA – F. MUSCO, *op. cit.*, 363; F. ANTOLISEI, *op. cit.*, 352; F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa*, cit., 28, nt. 45; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 304.

⁶⁴ Proprio nel concetto di previsione negativa parte della dottrina individua un punto debole di siffatta ricostruzione e osserva che il nostro ordinamento, ai fini della configurazione della colpa cosciente, esige la previsione dell'evento e non la previsione negativa dell'evento. La previsione di un "non evento" finirebbe con il richiedere come oggetto del nesso psichico un requisito che non fa parte del fatto tipico. Ciò che sarà necessario provare è, invece, «l'esistenza o meno di un'ineffettiva rappresentazione del nesso causale; la presenza, in altri termini, di circostanze dalle quali possa desumersi che l'agente si è positivamente rappresentato la direzione eziologica della propria condotta verso l'evento tipico, ovvero, al contrario, si è prefigurato determinati fattori impeditivi o interruttivi di tale nesso, tali da indurlo ad una valutazione erronea circa la possibilità del verificarsi del risultato offensivo». Invero, si può concordare con chi, come S. Canestrari, assegna a quest'ultima analisi il merito di sottolineare l'importanza dell'elemento dell'errore sulla causalità come dato caratteristico della colpa cosciente, ma, al contempo, osserva come siffatto requisito non possa essere elevato a contrassegno che riesce, operando sul piano della rappresentazione, a differenziare il dolo eventuale e tale forma di colpa. Sulla questione, v. ampiamente S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 81.

soggetto sarebbe stato in dolo⁶⁵.

Recenti contributi sviluppano ulteriori critiche alla formula dell'accettazione del rischio: parte della dottrina osserva che *a costo di* produrre l'evento agisce ogni persona che prevede, come possibile, un risultato negativo: dunque il requisito in esame non sarebbe caratteristico del solo dolo eventuale, ma anche della colpa cosciente. Occorre, piuttosto, che il dolo eventuale si caratterizzi per qualcosa in più della pura e semplice accettazione del rischio: tale *quid pluris* è stato individuato nell'*atteggiamento di disprezzo* verso il bene giuridico offeso, che il soggetto agente manifesta scegliendo di agire nonostante la previsione del fatto lesivo. Per valutare la sussistenza di tale atteggiamento di disprezzo sarà decisiva la posizione emotiva del soggetto stesso nei confronti dell'evento, poiché la riprovevolezza per un fatto doloso è superiore a quella per un fatto colposo. In questo modo il principio di colpevolezza risulterebbe meglio rispettato: da un lato, perché la rimproverabilità dell'agente, nei casi di dolo eventuale, non apparirebbe inferiore a quella che caratterizza il dolo intenzionale ed il dolo diretto; dall'altro, perché la sfera del dolo eventuale sarebbe ulteriormente delimitata, all'interno della teoria dell'accettazione del rischio, ai soli casi di maggiore riprovevolezza del soggetto agente⁶⁶.

Altri studiosi, invece, ritengono che la teoria dell'accettazione del rischio non consenta di giustificare la configurazione della previsione dell'evento come circostanza aggravante e il relativo aggravamento di pena. Quale potrebbe essere, ci si chiede, il rimprovero da muovere a quel soggetto che, in un primo momento, si rappresenta la possibilità di causare un evento lesivo, ma in una fase successiva, confidando sulle circostanze esterne o sulle proprie capacità, giunge alla convinzione che l'evento, nel caso concreto, non si verificherà? Non si può ritenere rimproverabile il mero fatto psicologico della previsione dell'evento. Questo, infatti, potrebbe dipendere da fattori meramente caratteriali come nel caso di persone molto apprensive o pessimiste, portate a immaginare sempre conseguenze negative. Non sarebbe coerente punire più severamente chi riflette sulle conseguenze della propria condotta rispetto a chi agisce in modo superficiale, o comunque, sopravvalutando le proprie capacità⁶⁷.

In conclusione, si può notare come, nonostante gli sforzi della dottrina, neanche la teoria dell'accettazione del rischio – in tutte le sue sofisticate varianti – lasci del tutto soddisfatti, non solo poiché non consente di individuare in maniera precisa il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, ma anche perché lascia privi di risposta interrogativi fondamentali ai fini della sua stessa applicazione: quando si può, in concreto, ritenere che l'accettazione vi sia stata o meno? Quale ruolo gioca il contesto di base, lecito o illecito, in cui si colloca il comportamento dell'agente? Qual è la reale incidenza dell'accertamento dei motivi della condotta?

Quale che sia il punto di vista teorico prescelto, il giudice è chiamato a svolgere complesse analisi circa i processi psicologici interiori dell'agente, spesso senza neanche poter disporre di adeguati riferimenti nella realtà esterna. Ciò comporta la necessità di ricorrere a massime di esperienza le quali, però, non possono garantire quel grado di sicurezza che l'accertamento del

⁶⁵ Cfr. M. GALLO, voce *Dolo*, cit., 792; nonché T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 252, secondo cui l'elemento caratterizzante la colpa cosciente è la previsione dell'evento "possibile in astratto", come conseguenza "non già della condotta propria dell'agente, ma della condotta inosservante assunta nella sua dimensione impersonale", come nel caso del guidatore spericolato. *Contra*, A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (in tema di dolo eventuale, dolus in re ipsa ed errore su legge extrapenale)*, in AA. Vv., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 116, che ritiene che, se il soggetto esclude con certezza che l'evento si verificherà, l'evento non è più previsto come possibile. Perciò, in tale ipotesi, la colpa, se pure si configura, è una colpa senza previsione dell'evento. Dunque, i casi di dubbio possono risolversi tanto in dolo eventuale quanto in colpa con previsione. *Contra*, da ultimo, le raffinate analisi di M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 90, il quale afferma che «è necessario ricondurre il dubbio a una condizione ancora neutra (o non esclusiva) sotto il profilo della volontà: a risolvere la questione non sarà la rappresentazione di un rischio, né la decisione nel dubbio irrisolto, ma il tipo di adesione al dubbio e all'evento che sia fatto proprio (...). Diventa perciò dirimente (...) l'analisi del profilo motivazionale della decisione». Il riferimento imprescindibile all'analisi motivazionale del soggetto agente, sottolineato da M. Donini, sembra anticipare le conclusioni raggiunte dalle Sezioni Unite a proposito della vicenda Thyssen (v., *supra*, § 3).

⁶⁶ A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza*, cit., 116.

⁶⁷ S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, cit., 24 ss. L'Autore, inoltre, osserva che l'art. 61 n. 3 del codice penale fa riferimento a un'azione compiuta nonostante la previsione dell'evento: lo stato di dubbio nel quale il soggetto si trova al momento della condotta andrebbe ricondotto, dunque, al campo della colpa cosciente, non a quello del dolo. L'accettazione del rischio, in questo modo, diventa elemento comune a dolo eventuale e colpa cosciente e per distinguerli occorrerà fare leva sulle differenti modalità di accettazione del rischio: vi sarebbe dolo eventuale quando il rischio venga accettato a seguito di un'opzione, di una deliberazione con la quale consapevolmente l'agente subordina un determinato bene ad un altro; colpa cosciente, invece, quando l'accettazione del rischio, da parte del soggetto agente, abbia luogo per effetto di un atteggiamento soggettivo riconducibile al concetto di mera imprudenza o negligenza, e quindi da ritenersi ricompreso nel rimprovero per colpa. In questo modo la previsione dell'evento si presenta come un coefficiente psicologico che si aggiunge agli elementi costitutivi dell'illecito colposo e rende più forte l'adesione del soggetto al fatto. Ciò giustificerebbe una più elevata risposta sanzionatoria da parte dell'ordinamento e renderebbe più adeguata la configurazione della previsione dell'evento come circostanza aggravante.

dolo richiede e così, in linea di massima, si riterrà di escludere il dolo eventuale nel caso di rischi lievi o comuni e, invece, di affermarlo nel caso di rischi gravi e tipici⁶⁸.

5.

Cenni al concetto di rischio inteso come oggetto del dolo nella dottrina tedesca.

L'insufficienza delle teorie volitive nella definizione degli elementi caratterizzanti il dolo eventuale ha provocato quello che è stato definito il «rinascimento delle teorie cognitive». Soprattutto, nella letteratura contemporanea di matrice tedesca si è diffuso un orientamento secondo cui il dolo eventuale si configura quando sussistono determinati requisiti appartenenti alla sfera rappresentativa, mentre il momento volitivo è considerato irrilevante oppure non dimostrabile⁶⁹. Coloro che aderiscono a tale scuola di pensiero fanno leva sul *criterio del rischio*, in modo da conferire all'oggetto del dolo una più incisiva qualificazione normativa.

Fra gli autori che si propongono di approfondire l'analisi del concetto di *rischio* per determinare il confine tra dolo eventuale e colpa cosciente va segnalato Jakobs, il quale non si oppone alla teoria prevalente fondata sul binomio *presa sul serio del rischio-fiducia motivata che l'evento non si verificherà*, ma propone di correggerla introducendo degli elementi probabilistici. In particolare: il dolo eventuale si configura nelle ipotesi in cui il reo, al momento della condotta, giudichi «non improbabile» la realizzazione dell'illecito come conseguenza del proprio comportamento, mentre l'affermazione della colpa cosciente deve legarsi alla supposizione di una mancante probabilità dell'avverarsi dell'esito offensivo⁷⁰. In altri termini, alla luce di questa impostazione, il dolo è integrato dalla volontà della condotta (e non dell'evento), la quale rileva in termini «ascrivibili», è espressa dall'imputazione di un «errore della volontà» («*Willensfehler*»), ossia un «un deficit del volere (...)», un deficit di motivazione fedele al diritto⁷¹.

L'applicazione di tale formula, però, conduce a conclusioni non convincenti proprio in relazione alle diverse tipologie di pericolo. Nella prassi, infatti, si possono facilmente ravvisare situazioni rischiose che, pur essendo vietate, vengono comunemente percepite come trascurabili⁷². Per accertare il dolo eventuale, inoltre, l'autore si avvale dei criteri dell'«intensità del rischio» e del «peso del bene giuridico aggredito», ambedue intesi in senso oggettivo⁷³. L'applicazione del primo criterio, tuttavia, non conduce a risultati coerenti: l'Autore, infatti, suppone il dolo eventuale nel caso, ad esempio, di un automobilista che non si ferma di fronte ad un semaforo rosso o che compie un sorpasso in prossimità di una curva pericolosa, ma lo nega in altre circostanze tipiche della circolazione stradale, in cui la rilevanza del rischio emerge in maniera analoga. In questi casi non sembra possibile omettere una valutazione sull'effettiva *presa sul serio* del pericolo da parte del soggetto agente e procedere ad aprioristiche classificazioni⁷⁴.

Infine, neanche il criterio che fa riferimento al *peso del bene giuridico aggredito* offre un ausilio affidabile, poiché conduce ad affermare il dolo eventuale in tutte le ipotesi in cui i beni giuridici in pericolo siano di grado elevato, come nel caso della vita o dell'integrità fisica. In questi casi, in realtà, si può ritenere che proprio per l'importanza del bene giuridico in pericolo,

⁶⁸ V., nello stesso senso, G. FIANDACA – E. MUSCO, *op. cit.*, 364.

⁶⁹ Contributi fondamentali nell'ambito di questo diversificato orientamento, diffuso soprattutto nella dottrina tedesca, sono forniti, tra gli altri, da W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983; L. PHILIPPS, *Dolus eventualis als Problem der Entscheidung unter Risiko*, in *ZStW*, 1973, 27; I. PUPPE, *op. cit.*, 1 ss.

⁷⁰ G. JAKOBS, *Strafrecht, AT. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin-New York, 1983, 2ª ed., 1991, sub 8/21 ss., 269 ss.

⁷¹ G. JAKOBS, *op. ult. cit.*, sub 8/23-29, 272 ss. Jakobs esclude la sussistenza del dolo ogniqualvolta l'agente con sconsideratezza abbia fiducia che nel caso concreto l'evento non si verificherà. Egli ritiene che la *cecità fattuale* (*Tatsachenblindheit*) «sia rivelatrice di "indifferenza" e dunque trattabile normativamente come dolo indiretto/eventuale»: M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 86, il quale sottolinea che si tratta di una concezione «psicologizzante di forme di *dolus indirectus*, attenta alla colpevolezza (...) ma mediata da una valutazione d'autore e della sua motivazione antiggiuridica, più che da una ricostruzione del momento rappresentativo-cognitivo reale del singolo fatto».

⁷² Gli esempi più evidenti riguardano la circolazione stradale: la guida di un'auto dopo un moderato uso di alcolici o il mancato rispetto della distanza di sicurezza sono circostanze in cui sembra sussistere una sorta di «abitudine al rischio» data dalla stessa esperienza individuale.

⁷³ G. JAKOBS, *op. ult. cit.*, sub 8/30 s., 276 ss.

⁷⁴ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 58 s., cui si rinvia anche per gli ampi e puntuali riferimenti alla dottrina ed alla giurisprudenza tedesche. Nello stesso senso, nella letteratura italiana, i rilievi critici di L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 93, il quale sottolinea l'inadeguatezza del criterio proposto da Jakobs sul piano della certezza. Sul punto v. anche G. CERQUETTI, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Torino, 2004, 216, il quale formula dei rilievi critici incentrati, soprattutto, sui riflessi della teoria di Jakobs sulla funzione della pena.

il soggetto agente sia portato a rimuovere la stessa idea dell'evento lesivo⁷⁵.

Un contributo fondamentale nell'ambito delle teorie che si caratterizzano per la valorizzazione del concetto di rischio è stato apportato dall'opera di Wolfgang Frisch. L'Autore ritiene che l'unico oggetto del dolo sia costituito da quello che egli definisce come «comportamento conforme al tipo» (*«tatbestandsmässiges Verhalten»*). Secondo quest'impostazione, il dolo deve ricomprendere solo gli elementi del fatto tipico che si presentano all'agente in una visione *ex ante*. Il contenuto del dolo risulta così circoscritto alla sfera cognitiva e si incentra sulla consapevolezza, da parte dell'agente, dell'illiceità del rischio connaturato alla condotta posta in essere⁷⁶. La configurazione del dolo eventuale, in particolare, richiede la rappresentazione di un livello di rischio «non più tollerato⁷⁷». Tale impostazione sembrerebbe porsi in netto contrasto con la dottrina dominante fondata sul criterio della *presa sul serio del rischio*; deve tuttavia evidenziarsi come, in realtà, non si tratti di un effettivo contrasto, poiché anche Frisch ritiene che «un rimprovero a titolo di dolo eventuale non possa essere formulato quando il soggetto agente, pur rappresentandosi di agire in un contesto concretamente pericoloso, abbia sicura fiducia che l'evento lesivo non si verificherà⁷⁸». La sola consapevolezza del pericolo conforme alla fattispecie non basta, pertanto, per ritenere sussistente il dolo eventuale, è altresì necessaria una *decisione contro il bene giuridico* da parte dell'autore⁷⁹.

In conclusione, neppure questa teoria riesce a tracciare una chiara linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente, poiché risulta, da un lato, incompatibile con le disposizioni del nostro ordinamento, che riferiscono il concetto di dolo all'evento realmente verificatosi e alla volontà del soggetto di cagionarlo; dall'altro lato, inapplicabile, poiché non precisa quali siano i livelli di rischio penalmente rilevanti in rapporto all'imputazione a titolo di dolo eventuale⁸⁰.

Pur volendo superare il limite di diritto positivo, che caratterizza il nostro sistema, ad accogliere questi indirizzi, vanno segnalati «limiti logici e anche costituzionali insuperabili». Sul piano logico, «dato che il rischio è oggettivo ed esiste la forma della colpa con previsione dell'evento e non solo del rischio (che lo precede), ogni elemento oggettivo pericoloso, purché non sia finalizzato all'offesa, ma rimanga indirettamente lesivo, è a fortiori compatibile con la colpa⁸¹». Con riferimento alla coerenza con i principi penali di rilevanza costituzionale, si riscontra un contrasto con l'art. 27, commi 1 e 2, Cost., nella misura in cui il divieto di responsabilità oggettiva penale ed il divieto di presunzioni di colpevolezza hanno come corollario

⁷⁵ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 59.

⁷⁶ W. FRISCH, *op. ult. cit.*, 57 ss., 74 ss., 94 ss., 118 ss., 255 ss., 264 ss. Per un'attenta ricostruzione della teoria di Frisch v. C. ROXIN, *op. cit.*, 462.

⁷⁷ W. FRISCH, *op. ult. cit.*, 341.

⁷⁸ W. FRISCH, *op. ult. cit.*, 208; ID., *Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorstanzfeststellung – am Beispiel der AIDS-Diskussion*, in *Gedächtnisschrift Meyer*, 1990, 544 s.

⁷⁹ Su questa linea, il soggetto sieropositivo che tiene comportamenti rischiosi non è di norma in dolo, al pari dell'automobilista che tiene una condotta di guida spericolata. Sul punto, nella letteratura italiana, v. M. DONINI, *Illecito*, cit., 349, nt. 82; L. EUSEBI, *Il dolo*, cit., 85 ss.; G. CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 223 ss.

⁸⁰ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 61 s.; G. CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 221.

⁸¹ M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 89.

che, nel processo, la prova sia strutturata compatibilmente con tali preclusioni⁸².

6. Una ricostruzione del dolo eventuale strutturata su tre livelli: rischio doloso non consentito, rappresentazione e volontà.

L'indagine sulle concezioni tradizionali sulla differenza strutturale tra dolo eventuale e colpa cosciente sembra confermare la teoria attualmente prevalente nella letteratura italiana ed in quella d'oltralpe, fondata sulla coppia concettuale *accettazione del rischio-fiducia che l'evento non si verifichi*. In un contesto in cui i contrasti tra i sostenitori delle diverse varianti di questa formula si riducono a mere «schermaglie terminologiche», l'idea del dolo eventuale come *decisione personale per la possibile violazione del bene giuridico* appare quella maggiormente in grado di offrire una combinazione soddisfacente fra le istanze volitive e quelle cognitive⁸³. Questo criterio ha il merito di riaffermare la necessità delle caratteristiche volitive ai fini del giudizio definitivo sulla sussistenza del dolo e di offrire una prospettiva di indagine che consente di non separare il problema della definizione del dolo da quello del suo accertamento.

Il dolo e la colpa, essendo fenomeni psicologici interni alla mente umana e, pertanto, insuscettibili di percezione diretta, impongono all'osservatore di procedere a una ricostruzione attraverso l'analisi e la valutazione delle loro caratteristiche esterne. Acquistano allora rilevanza indici quali il grado di verifica dell'evento lesivo, il livello di rischio insito nella condotta e

⁸² M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 89. Un tentativo di qualificare i differenti livelli di rischio doloso e colposo viene affidato al tipo di «schermi» predisposti per ridurre le conseguenze pericolose della propria condotta: G. R.D. HERZBERG, *Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes*, in *JuS*, 1986, 249 ss., il quale prende le mosse dal *topos* del «confidare seriamente nella realizzazione dell'evento dannoso». Un simile confidare può, infatti, essere «serio» soltanto se è possibile addurvi motivazioni che devono essere prese seriamente. Così, un pericolo schermato potrebbe essere ravvisato nel caso di un muratore che lasci salire un apprendista su un'impalcatura pericolosa, senza adottare le necessarie precauzioni; oppure nell'ipotesi di un'insegnante che, nonostante la presenza di un cartello che segnala il divieto di balneazione in un fiume pericoloso, lasci fare tuffare i suoi studenti: in queste ipotesi, infatti, in caso di esito mortale, indipendentemente dalla soggettiva valutazione dell'agente, si può configurare solo un omicidio colposo, perché il pericolo era «schermato», le vittime, attraverso la normale diligenza, avrebbero potuto evitare l'evento lesivo. Di contro, nel caso c.d. della *roulette russa*; degli atti sessuali con una minore che si ritenga erroneamente maggiorenne; di chi strangoli la vittima di una rapina fino a farle perdere coscienza, si tratta di un «pericolo non schermato»: pertanto l'agente dovrà rispondere a titolo di dolo eventuale, anche se ha agito fiducioso del non avverarsi della fattispecie. In conclusione, secondo quest'orientamento, il dolo è la rappresentazione di un pericolo della realizzazione della fattispecie tanto non consentito quanto non schermato (*«einer sowohl unerlaubten wie unabgeschirmten Gefahr der Tatbestandserfüllung»*). Di conseguenza, un rischio colposo sussiste soltanto quando la realizzazione appare «altamente improbabile», come una «coincidenza infelice»: R.D. HERZBERG, *Die Abgrenzung*, cit., 249, 256. Il confine della probabilità nella differenziazione tra pericolo doloso e colposo in questo modo diviene assai più profondo. Il pericolo doloso non deve sfiorare la certezza, deve, tuttavia, essere così grande che la realizzazione dell'offesa può essere attribuita all'attore in quanto operata da questi in modo consapevole. Se l'attore affida al caso la realizzazione dell'evento lesivo, se egli non può dominarla con la sua condotta, allora, l'accusa di dolo non può essere motivata attraverso l'argomento che egli la mette in conto accettandola o la affronta con indifferenza. Sul punto cfr. I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZSTW*, Hundertdritter Band, 1991, 19, nt. 54, la quale, a tal proposito, cita il caso di un soggetto che manomette i freni dell'automobile della moglie affinché, in prossimità di una curva, la stessa rimanga vittima di un incidente lungo una strada scoscesa (BGH, 4 StR 250/74, 73 ss.). Nella fattispecie, l'intervento non si realizza grazie alla straordinaria prontezza di riflessi della donna. Le lesioni riportate dalla vittima possono essere senz'altro qualificate come «intenzionali»: la stessa entità del rischio delle lesioni è, del resto, sufficiente per affermare il *dolus eventualis*. A torto, in questo caso, il tribunale accoglie l'imputazione a titolo di omicidio doloso, sul presupposto che l'autore aveva affidato al caso la possibilità della morte. In realtà, infatti, che un automobilista muoia nel corso di un incidente stradale è cosa assai più improbabile che egli venga ferito. Le conclusioni cui conduce l'applicazione di tale teoria, però, non possono ritenersi prive di contraddizioni: nelle ipotesi di *pericolo schermato*, infatti, il dolo eventuale andrebbe sempre negato, anche quando l'agente si fosse rappresentato la sussistenza di un rischio di notevole entità; invece, nel caso di *pericolo non schermato*, il dolo eventuale andrebbe in ogni caso affermato, quale che fosse la quota di rischio avvertita dall'agente. Inoltre, si deve mettere in evidenza che le cautele che il soggetto agente, il reo o la vittima riterranno di adottare dipenderanno dalla loro fiducia nella non verifica dell'evento. A parere di chi scrive, non si può aderire a una teoria che intende costruire la responsabilità dolosa indiretta prescindendo da qualunque riferimento agli elementi volitivi. Ciò, come già ricordato, si pone in contrasto con le disposizioni del codice penale italiano, che fondano la differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente su elementi psicologici: C. ROXIN, *op. cit.*, 468 ss. Riprende e condivide questa posizione S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 62 ss. Sul punto v. altresì G. CERQUETTI, *La rappresentazione*, cit., 224 s., cui si rinvia anche per i riferimenti alle altre correnti dottrinarie di matrice tedesca che possono collocarsi sullo stesso piano di quella proposta da Herzberg.

⁸³ Si tratta di un criterio che rappresenta un'efficace sintesi tra i due elementi strutturali del dolo, ossia la rappresentazione e la volontà. Tale criterio è stato proposto da C. ROXIN, *op. cit.*, 275 ss. Questo criterio non solo sottolinea la differenza qualitativa che esiste tra dolo eventuale e colpa cosciente sul piano della colpevolezza, ma tiene anche conto del profilo politico-criminale, ovvero delle «valutazioni della coscienza sociale in ordine al significato da attribuire al comportamento dell'autore». In altri termini, attraverso tale criterio viene in evidenza che le valutazioni della coscienza sociale sono certamente differenti in rapporto alla condotta di chi «abbia documentato, con il proprio comportamento, una posizione di «ostilità» nei confronti dei valori dell'ordinamento, ovvero, al contrario, un atteggiamento che, se pure di grave leggerezza e sconsideratezza, non può essere certo assimilato a quello di colui che abbia accettato l'eventualità della lesione»: G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 123, il quale riprende i rilievi formulati dallo stesso Roxin. Propendono per il criterio in esame, tra gli altri: W. HASSAMER, *Caratteristiche del dolo*, in *l'Indice pen.*, 1991, 496; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 70 ss.

la sua riconoscibilità, l'accertata predisposizione da parte del soggetto agente di contromisure idonee a evitare il danno e così via.

Da questi presupposti prende le mosse una ricostruzione della nozione di dolo eventuale operativa già sul terreno della tipicità penale⁸⁴. Questo orientamento contraddice la conclusione raggiunta da quella parte della dottrina che afferma che «un fatto antiggiuridico può essere commesso con dolo sempreché – in assenza di dolo – siano presenti, rispetto allo stesso fatto, gli estremi della colpa⁸⁵». I sostenitori di quest'orientamento ravvisano nella *contrarietà alle norme cautelari* la misura di rischio in grado di modellare il profilo normativo non soltanto dell'illecito colposo, ma anche di quello doloso⁸⁶. In questo modo si ritiene di poter dare soluzione a casi particolarmente problematici, come, ad esempio, quello del chirurgo che intende eliminare l'amante della moglie, confidando che si realizzi il rischio mortale immanente nell'intervento chirurgico necessario per salvare la vita del paziente, il quale in effetti decede, in seguito però ad un'operazione effettuata senza violare la *lex artis*; o, ancora, il caso del *boxeur* che colpisce con fine omicida l'avversario, che è anche suo nemico personale, il quale muore nel corso di un combattimento molto violento, ma tenutosi nel rispetto delle norme che disciplinano tale attività sportiva⁸⁷. In entrambi i casi, in virtù del «*principio non c'è dolo senza colpa*», si dovrà escludere la possibilità di configurare un omicidio doloso, poiché l'evento morte, sebbene sia stato intensamente voluto dal soggetto agente, è stato causato da una condotta rispettosa delle norme cautelari di settore⁸⁸.

Tale conclusione si presta tradizionalmente a un duplice ordine di obiezioni: parte della dottrina osserva che, nei casi citati, la ragione dell'impunità vada ravvisata nell'*assenza di dolo*, poiché l'agente non avrebbe voluto ma semplicemente sperato e desiderato che la morte si verificasse⁸⁹. Tale replica, però, non risulta convincente proprio rispetto a quelle ipotesi in cui la realizzazione dell'evento lesivo, così come previsto *ex ante* dal soggetto agente, non può essere ricondotta ad una semplice speranza inverosimilmente realizzatasi. Emblematico, in tal senso, il caso dell'assegnazione al dipendente da parte del datore di lavoro – il quale ha una segreta volontà omicida – di un incarico molto rischioso, da svolgere però nel rispetto delle norme di sicurezza⁹⁰. Dell'*esistenza del dolo* nei casi in discussione sono, invece, convinti altri critici del principio «*non c'è dolo senza colpa*», i quali sostengono la centralità dell'elemento della *realizzazione del volere* del soggetto agente per affermare la presenza della forma più intensa di dolo: il dolo intenzionale. Si tratta di una soluzione che si presenta incompatibile con principi fondamentali del diritto penale italiano: essa potrebbe infatti condurre all'imputazione del caso fortuito e ad attribuire rilievo penale (anche) a condotte che si arrestano allo stadio del tentativo inidoneo⁹¹.

Lo Studioso già richiamato, invece, valuta che i rilievi critici da avanzare nei confronti del principio «*non c'è dolo senza colpa*» siano altri ed afferma che «i concetti di diligenza e prudenza non possono illustrare in modo adeguato la dimensione di rischio di un'attività rivolta alle offese intenzionali ai beni giuridici». Nelle forme dolose, infatti, la valutazione del pericolo non può essere sempre affidata alla mediazione delle norme cautelari. Nella ricostruzione dell'elemento oggettivo dell'illecito doloso ricoprono un ruolo decisivo le *cognizioni supplementari* possedute dal soggetto agente in relazione alla situazione di fatto: si deve ritenere che queste si aggiungano a quelle *ex ante* conoscibili dall'agente modello, ma non possono essere incluse nel parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*. L'Autore giunge, dunque, alla seguente conclusione: «si potrà classificare un determinato pericolo non consentito come doloso, allorquando un avveduto osservatore esterno (l'organo giudicante) – posto nella stessa situazione concreta in cui si trovava il singolo autore ed in possesso delle sue conoscenze, nonché delle sue capacità psicofisiche – non avrebbe mai potuto *prendere seriamente*

⁸⁴ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 71.

⁸⁵ Cfr., nello stesso senso, G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, fasc. 1, I, 26 ss.

⁸⁶ Cfr., nello stesso senso, S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis*, op. cit., 93.

⁸⁷ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 107; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, op. cit., 29; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 239 ss.

⁸⁸ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 29; Nello stesso senso V. MILITELLO, *Rischio*, cit., 239 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., 330; T. DONINI, *Teoria del reato*, cit., 266; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, 2006.

⁸⁹ G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 30; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 107 ss.

⁹⁰ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 108; *Contra* G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, op. cit., 31.

⁹¹ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 108; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa*, cit., 31.

in considerazione di assumere quello specifico rischio nelle vesti dell'*homo eiusdem professionis et condicionis* dell'agente, bensì in una prospettiva posta al di fuori dei confini tracciati dalla tipologia sociale di riferimento⁹². In altri termini, per ravvisare una *decisione contro il bene giuridico* – in assenza di un'intenzione o di una volontà diretta a realizzare la fattispecie – occorre per prima cosa formulare un giudizio sulla *natura* del rischio che il soggetto agente ha inteso correre. Tale giudizio dovrà avere ad oggetto la possibilità di rintracciare una figura-modello cui commisurare la condotta concreta e potrà essere formulato solo attraverso una complessa opera di bilanciamento fondata sull'operatività di molteplici fattori dipendenti dalla situazione concreta, fra cui il «grado di probabilità del verificarsi della lesione e la contrapposta grandezza del valore o della consuetudine sociale della condotta pericolosa tenuta dal soggetto in connessione con la finalità o lo scopo di essa⁹³». La verifica relativa all'impossibilità da parte di un soggetto immaginato come *personificazione dell'ordinamento giuridico nella situazione concreta*, persino di pervenire alla rappresentazione del fatto lesivo deve condurre a ravvisare la natura dolosa del rischio. Quando, invece, l'agente modello avrebbe dovuto riconoscere il fatto lesivo e tale riconoscimento avrebbe dovuto indurlo ad agire diversamente da come ha agito saremo in presenza di un «rischio colposo». La sussistenza di un rischio non consentito, la cui assunzione non può neppure essere presa seriamente in considerazione dalla figura modello dell'agente concreto, rappresenta il primo dei tre livelli in cui si articola la nozione di dolo eventuale qui suggerita. Gli ulteriori livelli strutturali attengono al profilo psicologico e sono: «*quello cognitivo*, nel quale si deve accertare la rappresentazione effettiva da parte del reo del concreto esito offensivo, basata sulla conoscenza attuale della situazione di fatto dalla quale derivava il rischio della sua verifica; *quello volitivo* costituito dalla *decisione personale nel senso della possibile violazione del bene giuridico*⁹⁴». La colpa cosciente sarà ravvisabile quando l'agente, pur comprendendo il significato teleologico della norma cautelare trasgredita nel caso concreto, non si adegua allo standard di diligenza dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, nella ferma convinzione di riuscire a controllare lo sviluppo di quello specifico pericolo che la regola prudenziale intendeva evitare⁹⁵. Chi agisce con colpa cosciente, dunque, si rappresenta determinati fattori impeditivi o interruttivi del nesso causale, tali da indurlo ad una valutazione erronea circa la possibilità del verificarsi del risultato offensivo⁹⁶.

È stato osservato che questa teoria, configurando il dolo eventuale quando il soggetto agente non sia riconducibile ad alcuna tipologia sociale di riferimento, potrebbe spostare l'attenzione, nel processo di accertamento dell'elemento soggettivo, verso il *tipo d'autore*⁹⁷. Ma tale critica non sembra cogliere nel segno: la teoria illustrata, infatti, ai fini della configurabilità del dolo eventuale, richiede non solo l'accertamento della natura dolosa del rischio, ma anche la rappresentazione interiore della situazione concreta da cui tale rischio deriva e la decisione

⁹² S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 158. Sul punto: v. anche I. PUPPE, *op. cit.*, 14 ss., la quale spiega che esistono situazioni pericolose nell'ambito delle quali non solo il singolo attore, ma ogni persona che, secondo i criteri generali, agisce in maniera razionale può confidare seriamente che non scaturiscano eventi lesivi. Si parla pertanto di «pericoli colposi». Esistono poi altri pericoli che una persona che agisce in maniera razionale ammette soltanto quando aderisce psicologicamente alla loro realizzazione. Questi sono, sulla base della loro «qualità», i «pericoli dolosi». Per quanto concerne i criteri di tali valutazioni, rievolverebbe, in primo luogo, l'entità del pericolo, ma dovrebbero essere considerate anche la sua evidenza e l'imminenza della sua realizzazione.

⁹³ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 304.

⁹⁴ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 158, 306. L'orientamento in parola è stato utilizzato dal [Gup del Tribunale di Grosseto, 20 luglio 2013](#), in *Dir. pen. cont.*, 18 settembre 2013, con nota redazionale di A. AIMI. Nella motivazione di questa sentenza di patteggiamento, pronunciata con riferimento al caso Costa Concordia, si afferma che «già la stessa natura del «rischio» consentirebbe di escludere l'invocato naufragio doloso ascritto a tre imputati, in ragione del fatto che: a) la condotta di navigazione ravvicinata alla linea di costa, pur essendo una manovra di per sé «non priva di pericoli», non concretizzava un rischio «folle» perché (...) costituiva comunque una manovra non «vietata dalla normativa all'epoca in vigore» e che «avrebbe potuto svolgersi in condizioni di sicurezza»; inoltre, b) «la scelta di navigare in estrema vicinanza alla linea di costa» era «conseguenza di decisione assunta da altro soggetto [...] che aveva in quel momento la titolarità formale ed effettiva del comando della nave». A questo specifico proposito, M. Donini prospetta una legittima perplessità che il rischio «folle» delimiti troppo rispetto a decisioni prese «ad ogni costo», aggiungendo che si tratta di un parametro che, di fatto, elimina l'esigenza di difficili accertamenti soggettivi-volitivi, ripiegando sulla responsabilità colposa, in quanto ipotesi più favorevole: M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 99, nt. 122.

⁹⁵ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 299.

⁹⁶ V., nello stesso senso, G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 146.

⁹⁷ Si pensi, ad esempio, ai casi delle c.d. *sfide automobilistiche con la sorte*: l'intenzione è quella di attraversare un incrocio pericoloso ad alta velocità e senza alcuna cautela, confidando nel fatto che la strada, alle prime ore del mattino, sia deserta (S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 165, nt. 257). In casi simili si potrebbe essere portati ad affermare la responsabilità a titolo di dolo eventuale solo per il fatto di non riuscire ad includere il soggetto agente in alcuna tipologia sociale di riferimento, «perché, in definitiva, quest'ultimo risulta etichettabile come un *giovane scriteriato*»: così P. VENEZIANI, *Motivi*, cit., 145, nt. 88. M. Donini evidenzia che la teoria in parola utilizza parametri propri del reato colposo per spiegare un fatto doloso, con la conseguenza di favorire presunzioni che contrastano con la reale psicologia del soggetto, «lasciando credere che la soluzione dei casi possa avvenire (...) anche *contra reum*, a livello oggettivo»: M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 98.

personale del reo nel senso della realizzazione dell'evento lesivo.

La sussistenza della natura dolosa del rischio rappresenta, dunque, una condizione necessaria ma non anche sufficiente per affermare la responsabilità a titolo di dolo eventuale: devono essere analizzati tutti e tre i gradini che conducono all'imputazione dolosa indiretta, né si può prescindere da alcuno di essi. Si può, dunque, concordare con chi riconosce a questo studio il merito di coniugare un'indagine in chiave oggettiva, attraverso la verifica di un rischio doloso, ontologicamente diverso rispetto a quello colposo, con un'analisi soggettiva, in cui si accerta la determinazione dell'autore a ledere il bene giuridico⁹⁸. Altra questione, ovviamente, è quella di verificare il problematico "impatto" di tali teorie nella prassi giurisprudenziale.

7.

Una rilettura delle ipotesi di confine tra dolo e colpa alla luce del diverso disvalore di azione sotteso alle due specie di elemento psicologico.

Dalla disamina finora effettuata, si evince chiaramente come dottrina e giurisprudenza si siano sempre sforzate di individuare una definizione sostanziale di dolo eventuale, cercando instancabilmente di descrivere una nitida linea di confine tra questa forma di imputazione soggettiva e la limitrofa figura della colpa cosciente. Peraltro, com'è inevitabile in un ordinamento caratterizzato dalla valenza dei canoni di tassatività e determinatezza della norma incriminatrice, l'angolo visuale prescelto tende a rimanere ancorato alle norme di diritto positivo. Così, vengono proposte soluzioni talvolta anche molto eterogenee, tese a superare le questioni in materia di imputazione soggettiva dell'evento lesivo, restando saldamente ancorati non soltanto ai dettami del codice penale, ma, prima ancora, ai principi fondamentali che caratterizzano questo ramo dell'ordinamento giuridico.

Tale opzione ermeneutica è condivisibile nel metodo – oltre che nel merito – anche in considerazione della lettera dell'art. 43 c.p.: «la definizione legislativa del dolo va considerata nella sua portata autenticamente normativa, di vincolo di disciplina rilevante nella prospettiva penalistica del principio di legalità». Indicando tanto la dimensione della previsione quanto l'aspetto della volontà, il legislatore ha sostanzialmente imposto all'interprete di non assegnare rilevanza, ai fini della responsabilità dolosa, agli atteggiamenti psicologici fondati sulla mera rappresentazione dell'evento criminoso⁹⁹.

Malgrado gli innumerevoli sforzi compiuti, va però registrata la persistente incapacità di accertare la presenza del dolo eventuale o della colpa cosciente sulla base di un criterio "monodromo". Anche le più recenti decisioni giurisprudenziali confermano che non esiste realmente un'adesione univoca ad uno schema dogmatico: le conclusioni dei giudici appaiono il frutto del contingente convincimento in merito all'attendibilità dei criteri proposti dalla dottrina dai tempi più risalenti ai nostri giorni. Tali circostanze continuano ad alimentare forte perplessità, soprattutto riguardo alla possibilità di garantire la certezza del diritto, specialmente nei casi che si prospettano maggiormente problematici a causa delle difficoltà di valutare obiettivamente l'atteggiamento psicologico del soggetto agente.

Parte della dottrina evidenzia che il carattere problematico di tale forma di imputazione soggettiva si manifesta con tutta la sua energia proprio in presenza di casi simili a quello che riguarda la responsabilità dell'amministratore delegato della Thyssen, vale a dire ipotesi delittuose addebitate a soggetti che, in ragione delle "caratteristiche personali" emerse in giudizio, da un lato, appaiono assai distanti dall'impersonare quell'atteggiamento di *indifferenza* o di-

⁹⁸ Cfr., nello stesso senso, F. CURI, *Tertium Datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, 224.

⁹⁹ D'altronde, il riferimento all'intenzione, assunto come discrimine delle tre fondamentali tipologie di reato doloso, preterintenzionale e colposo, avvalorava l'espresso riferimento alla volontà, conducendo ad una interpretazione restrittiva della nozione penalistica del dolo: G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, I, 2 ed., Torino, 2012, 475. In questo senso, gli sforzi compiuti dalle frange più moderne della dottrina e della giurisprudenza di equiparare alla volontà in senso proprio atteggiamenti soggettivi più coerenti con la mera rappresentazione dell'evento lesivo, andrebbero scoraggiati. Autorevole dottrina sostiene una diversa prospettiva che riconosce apertamente che il dolo eventuale ha un «contenuto rappresentativo/volitivo differenziato (e non necessariamente eccezionale), che è una forma di dolo a sé stante e non semplicemente una specie del dolo. È già un fatto tipico, ha una tipicità oggettivo-soggettiva propria, insieme alla fattispecie di parte speciale integrata, prima di essere anche colpevolezza. Esso, perciò, appare attualmente (...) come una forma del tutto autonoma, un normotipo, con una sua tipicità e una colpevolezza distinte»: M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 79.

sprezzo nei confronti dei beni specificamente protetti dalle norme incriminatrici di riferimento largamente valutato quale carattere differenziale del c.d. *dolo minimo*¹⁰⁰, dall'altro, agiscono sulla base di "consapevolezze" che non consentono di escludere in capo all'agente la coscienza che l'evento lesivo scaturisca direttamente dalla propria azione od omissione. Nella vicenda che ci occupa, infatti, come già detto, le competenze specifiche dell'amministratore delegato in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro e, più specificamente, di misure di prevenzione e protezione dagli incendi, accompagnate dall'assenza di qualsivoglia potere decisionale riconosciuto ai collaboratori delegati in questo ambito, determina oscillazioni tra chi propende (come, d'altronde, la stessa Corte d'Assise di Torino) per la sussistenza del dolo eventuale e chi, invece, valuta che si tratti di una palese ipotesi di colpa con *previsione* dell'evento e ciò anche in ragione delle difficoltà di compiere valutazioni psicologiche sulla personalità dell'agente che, da un lato, non si espongano a ragionevoli dubbi e, dall'altro, resistano al vaglio dibattimentale.

Le più recenti proposte della dottrina – sottolineando la necessità di formulare, ai fini dell'imputazione a titolo di dolo eventuale, un giudizio sulla *natura del rischio* che il soggetto agente ha inteso correre (distinguendo il pericolo non consentito doloso da quello colposo) – hanno opportunamente chiarito che le due forme di responsabilità (il dolo e la colpa) sono diverse non solo sul piano della colpevolezza, ma già in sede di tipicità¹⁰¹. Nonostante ciò, il ricorso ad un giudizio che abbia ad oggetto la possibilità di rintracciare una *figura-modello*, cui commisurare la condotta concreta, non sembra in grado di offrire al giudice un ausilio valido per dirimere una volta per tutte i dubbi che possono sorgere nella ricostruzione dell'elemento psicologico del soggetto agente: siffatto giudizio presuppone, tra l'altro, il ricorso ad una complessa opera di bilanciamento, fondata sull'operatività di molteplici fattori tra loro eterogenei, fra cui il grado di probabilità del verificarsi della lesione e la contrapposta rilevanza sociale della condotta pericolosa tenuta dal soggetto¹⁰². Né può tacersi che il richiamo a concetti quali la *probabilità* o l'*indifferenza* rievoca tutte quelle obiezioni che tale costruzione dogmatica intendeva definitivamente superare¹⁰³.

Risulta, invece, maggiormente persuasiva la configurazione della colpa cosciente nelle ipotesi in cui il soggetto agente, pur comprendendo il significato teleologico della norma cautelare trasgredita nel caso concreto, non si adegua allo *standard* di diligenza dell'*homo eiusdem professionis et conditionis*, nella convinzione di riuscire comunque a controllare lo sviluppo di quello specifico pericolo che la regola prudenziale intendeva evitare. Chi agisce con colpa cosciente, dunque, si rappresenta determinati fattori impeditivi o interruttivi del nesso causale, tali da indurlo a una valutazione erronea circa la possibilità del verificarsi del risultato offensivo¹⁰⁴. In questo senso, un indice *de iure condito* per la configurazione della responsabilità a titolo colposo, piuttosto che doloso, potrebbe essere considerato anche l'atteggiamento con cui l'agente *fa ingresso nel contesto pericoloso*: se, infatti, tutte le circostanze esterne confermano che l'agente ha usato la massima attenzione per impedire il verificarsi dell'evento dannoso, l'imputazione a titolo di colpa cosciente sembra essere la più adeguata. Ancora una volta, però, si tratta di criteri che difficilmente resistono al banco di prova della prassi applicativa, poiché la dimostrazione dell'atteggiamento interiore del soggetto agente, sebbene possa essere rafforzata da elementi esterni e oggettivi, in ipotesi del genere rimane un elemento di difficilissimo vaglio.

¹⁰⁰ A questo proposito cfr. G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit., 12 s., il quale sottolinea che sulla linea dell'orientamento in parola non soltanto si finisce con «l'affidare l'identificazione dell'elemento soggettivo a valutazioni etiche non di rado opinabili», ma si rischia di incorrere «nella possibilità di valutare anche *contra reum* quelle medesime note positive di personalità che dovrebbero, invece, per lo più far propendere per la tesi della colpa con previsione». Sul punto, cfr., altresì, G. DE VERO, *Il dolo e la preterintenzione*, in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo e Paliero, I, Torino, 2010, 195. In relazione alla specifica questione della reale esistenza sul piano strettamente psicologico dell'atteggiamento mentale posto a fondamento del costrutto giuridico del dolo eventuale, v., specificamente, G. FIANDACA, *Appunti sul 'pluralismo' dei modelli e delle categorie di diritto penale contemporaneo*, in *La Corte d'Assise. Rivista quadrimestrale di scienze penalistiche integrate*, 1, 2011, 81 ss.

¹⁰¹ *Contra*, fra gli altri, G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, I, 1991, 26.

¹⁰² S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 304.

¹⁰³ Si pensi a casi come quelli che concernono la trasmissione del virus HIV per via sessuale con partner non informato: in ipotesi simili (come, del resto, nella vicenda che ci occupa), gli elementi da valutare per formulare il giudizio descritto potrebbero condurre a decisioni aprioristiche.

¹⁰⁴ Si tratta della nozione di colpa cosciente proposta da G.A. DE FRANCESCO, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 146; ripresa anche da S. CANESTRARI, *Dolo eventuale*, cit., 299. Si pensi, ad esempio, al caso in cui un automobilista, pur avendo scorto in prossimità di un incrocio un bambino che cammina dando la mano alla madre, attraversi l'intersezione col semaforo rosso, ma a velocità non sostenuta; convinto di poter in tal modo gestire utilmente la situazione rischiosa: or bene, se in una simile ipotesi l'automobilista dovesse travolgere il fanciullo, sfuggito alla mano della madre, apparirebbe irrazionale parlare di dolo eventuale, risultando più congrua un'imputazione a titolo di colpa con previsione.

Alla luce delle osservazioni finora espresse, sembra opportuno ribadire che la verifica dei reati *dolosi* dovrebbe procedere prendendo le mosse proprio dalla loro caratterizzazione sul piano del disvalore oggettivo di azione¹⁰⁵. In altri termini, perché si configuri la responsabilità dolosa, anche solo a titolo di dolo “eventuale”, occorre, prima di tutto, individuare, sempre a livello di tipicità, la *condotta dolosa*. Per i reati dolosi d’evento, proprio perché il legislatore non ha ritenuto di puntualizzare espressamente le modalità della condotta tipica, è opportuno segnalare l’esigenza di un’interpretazione *restrittiva* della condotta penalmente rilevante, ovvero è necessario individuare «schemi d’identificazione in positivo del rischio giuridicamente riprovato» (e quindi della condotta tipica)¹⁰⁶.

Così facendo, già in sede di accertamento della tipicità sarà selezionare fatti *dolosi* (o *colposi*), operando una selezione utile soprattutto rispetto ai fatti di reato realizzati nel contesto di attività intrinsecamente pericolose, che da un punto di vista strettamente soggettivo si pongono al “confine” tra il dolo e la colpa. I dubbi sul titolo d’imputazione soggettiva del fatto al suo autore potrebbero, dunque, essere mitigati attraverso una più matura consapevolezza del contenuto autentico della *tipicità*.

Proprio al fine di individuare schemi d’identificazione in positivo del rischio giuridicamente riprovato (e quindi della condotta tipica), potrebbero essere valorizzati alcuni recenti sviluppi della moderna teoria dell’imputazione oggettiva dell’evento, largamente sostenuta nella dottrina internazionale, soprattutto in Germania e in Spagna. Alla base delle varianti più moderne di questa teoria, infatti, «sta l’idea che un evento può essere considerato il risultato della condotta attiva od omissiva di un soggetto solamente in quanto la condotta abbia creato (o aumentato) un pericolo giuridicamente riprovato e tale pericolo si sia anche effettivamente realizzato nel concreto prodursi dell’evento¹⁰⁷».

Così, una condotta suscettibile di comprimere o annullare i «margini di autodeterminazione, di assunzione consapevole o comunque di controllo personale di una determinata situazione di rischio in capo al soggetto passivo», supportata, sul piano psicologico, dall’accettazione del rischio della verifica dell’evento lesivo da parte del soggetto agente, si candida ad essere ricondotta ad un’imputazione a titolo di reato doloso nella forma eventuale; il medesimo atteggiamento psicologico rapportato ad una condotta che si esaurisce nella violazione di un dovere di cautela nell’esercizio di un’attività intrinsecamente pericolosa tuttavia consentita, farà, invece, propendere per un addebito di responsabilità a titolo colposo, *sub specie* di colpa cosciente¹⁰⁸.

In altre parole, laddove siano ravvisabili i tratti di un rischio tipicamente doloso, vale a dire di una *condotta intollerabilmente aggressiva e restrittiva degli spazi di autodeterminazione e controllo di situazioni di pericolo per le potenziali vittime*, sarà riconoscibile il dolo eventuale; diversamente, laddove l’agente abbia trasgredito una regola precauzionale di condotta nell’ambito di una attività intrinsecamente rischiosa ma lecita, ricorrerà la colpa cosciente.

A parere di chi scrive, *de iure condito*, questa appare una prospettiva interpretativa senz’altro ancora percorribile, soprattutto, perché restando coerente con i principali postulati di teoria generale del reato, offre un valido ausilio per tentare di superare annose problematiche da sempre studiate in relazione alla struttura (ed alle forme) del dolo e risolte soltanto sul piano

¹⁰⁵ Così M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 94, nel rispetto della concezione tripartita del reato, rimarca che il dolo e la colpa rilevano sia componenti soggettive/psicologiche e tratti modali e comportamentali della *condotta tipica*, sia a livello di *colpevolezza*. Su questa linea, l’Autore afferma che il dolo ha una “doppia posizione sistematica”, che indizia una maggiore gravità del fatto (illecito) e della colpevolezza, rispetto alla corrispondente realizzazione colposa» (Corsivo di chi scrive).

¹⁰⁶ G. DE VERO, *Disvalore d’azione e imputazione dell’evento in un’aggiornata ricostruzione separata dei tipi criminosi*, in *Sudi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1522; ID., G. DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto. Considerazioni a margine della sentenza delle Sezioni Unite sul caso ThyssenKrupp*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 1, 2015, p. 77 s., laddove l’Autore rimarca che l’unico criterio idoneo a fornire una chiara distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente può ravvisarsi nel più grave disvalore oggettivo della condotta dolosa, che, in quanto rappresentato e voluto dall’agente, aggrava anche la sua colpevolezza. Egli evidenzia altresì la necessità di un riconoscimento normativo della fattispecie, con previsione sanzionatoria adeguata ad una collocazione intermedia tra dolo in senso proprio e colpa.

¹⁰⁷ M. ROMANO, *Commentario*, vol. I, cit., *Sub Art.* 41/21, 404, cui si rinvia anche per la copiosa bibliografia internazionale.

¹⁰⁸ Così, G. DE VERO, *Corso*, cit., 492.

della colpevolezza¹⁰⁹.

Malgrado le interpretazioni più evolute e gli approfondimenti più coerenti, residua pur sempre il dubbio circa l'opportunità di continuare a riconoscere alla figura soggettiva del dolo eventuale "dignità" autonoma rispetto alla colpa cosciente. Tale perplessità si nutre non soltanto della storia del diritto penale dell'ultimo secolo, la quale ha conosciuto il proliferare di forme di dolo e colpa, differenziate sulla base di diversi livelli di volizione, rappresentazione, prevedibilità ed evitabilità, ma, soprattutto, dell'esigenza profonda di non trascurare i cardini su cui deve reggersi un sistema penale moderno, attento tanto al rispetto del principio costituzionale della personalità della responsabilità penale, inteso nel suo significato più ampio e rispettoso delle garanzie e delle libertà individuali, quanto alla certezza del diritto, valutata (anche) in termini di uniformità e coerenza del trattamento sanzionatorio.

8.

Gli indicatori del dolo eventuale proposti dalle Sezioni Unite: rilievi conclusivi.

L'indagine eseguita sinora induce a prendere posizione sulla reale utilità (e/o correttezza) degli "indicatori sintomatico-probatori" del dolo eventuale evidenziati dalle Sezioni Unite nella motivazione sulla sentenza Thyssen.

Dalla descrizione del quadro teorico che fa da sfondo alla giurisprudenza italiana si evince che la questione sostanziale della linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente discende dall'incertezza che caratterizza la *prova* dell'elemento psicologico: trattandosi di un requisito che non può essere verificato in via diretta, richiede inevitabile il ricorso ad elementi oggettivi¹¹⁰. In altre parole, quale che sia la formula prescelta, l'accertamento del criterio di imputazione soggettiva resta rimesso al ragionamento intuitivo; da qui, la necessità di elaborare "indicatori" in grado di orientare l'interprete che si trovi a dovere compiere l'impegnativa scelta¹¹¹.

Come segnalato in precedenza¹¹², il primo *indice* valorizzato nella motivazione della sentenza Thyssen è «*negli ambiti governati da discipline cautelari, la lontananza dalla condotta standard*»: qui il perimetro delle cautele sarà dato dalle autorizzazioni e dagli eventuali valori soglia previsti dalla legge. Sembra quasi intuitivo che scarti non notevoli o modalità non marcatamente (e/o frequentemente) difformi dallo *standard* orientino, ricorrendone i requisiti, verso l'imputazione colposa¹¹³.

Questo indicatore implica il riferimento a parametri obiettivi di giudizio, pertanto, reca con sé il rischio di oggettivare la figura del dolo eventuale, comportando inevitabilmente giudizi di valore: «(...) in quest'ottica, il dolo si de-psicologizza e tende ad assumere un'impronta normativo-valutativa¹¹⁴».

Il secondo indice è la «*durata e ripetizione della condotta*»: questo aspetto si presta a valutazioni differenti a seconda delle fattispecie da valutare e rischia di causare pericolosi automatismi (non sempre coerenti con il disvalore del fatto). Certamente, potrebbe essere valorizzato ai fini dell'affermazione del dolo eventuale, nel caso di regole di condotte quotidiane, che si protraggono per lungo tempo, in ambiti monitorati o dotati di forme di osservazione privile-

¹⁰⁹ *De lege ferenda* sarebbe, piuttosto, raccomandabile «l'attribuzione al dolo eventuale di una valenza attenuante speculare al rilievo aggravante della colpa cosciente ex art. 61 n. 3 c.p. (...) [Cosi] si dovrebbe prevedere una riduzione della pena per "avere, nei reati dolosi, agito accettando il rischio di causare l'evento": G. DE VERO, *Dolo eventuale, colpa cosciente e costruzione separata dei tipi criminosi*, in Studi Romano, vol. II, Napoli, 2011, 915. Ciò anche al fine di evitare di incorrere nella valutazione secondo cui il dolo eventuale «è costruzione giurisprudenziale, non essendo previsto come tale dal codice penale»: Così Cass., Sez. I, 1 aprile 2008, S., in *dejure.giuffrè.it*. *Contra*, S. CANESTRARI, *op. cit.*, 322 s., il quale non ritiene opportuna la creazione di una tale attenuante e propone l'abrogazione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 3 c.p., con innalzamento dei massimi edittali delle fattispecie colpose, oppure l'estensione della stessa ad ogni ipotesi di colpa "con rappresentazione".

¹¹⁰ A questo proposito, chiarisce che le incertezze della prassi sul dolo eventuale sono legate alla "gestione processuale delle formule teoriche": M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 70 ss. Sul punto v. G.P. DEMURO, *op. ult. cit.*

¹¹¹ Evidenzia il carattere insidioso di un'interpretazione legata ad un catalogo, sebbene aperto, di indicatori: I. PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen, 2014, p. 48 ss., la quale afferma che «allo stesso indicatore del dolo, come ad esempio dell'azione pericolosa del reo per la vita [della vittima], viene attribuito, in un caso, valore determinante e, in altri casi gli viene attribuito il significato di preliminare elemento indicativo facilmente confutabile»: traduzione a cura di M. DOVA, *Un dialogo immaginario con la giurisprudenza tedesca sui confini del dolo. In tema di omicidio e "soglia di inibizione"*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2015, nt. 31.

¹¹² Per una puntuale indicazione del catalogo di indicatori descritto dalle Sezioni Unite, v., *supra*, § 3.

¹¹³ C. RUGA RIVA, *Dolo e colpa nei reati ambientali. Considerazioni su precauzione, dolo eventuale ed errore*, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2015, 19.

¹¹⁴ G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 4., 1949.

giate¹¹⁵.

Tale segnale, insieme alla «personalità, alla storia e alle precedenti esperienze dell'imputato»¹¹⁶, oltre che alla «condotta successiva al fatto»¹¹⁷ ed al suo «fine»¹¹⁸ consentirebbe di valorizzare la componente volitiva in cui consiste la differenza profonda tra dolo eventuale e colpa cosciente. Perché sussista il dolo eventuale, infatti, deve essere effettuato un accurato esame di tutte le circostanze fattuali (oggettive e soggettive) del caso concreto, che possono mettere in dubbio l'inferenza di questa forma del dolo¹¹⁹.

Quanto alla «probabilità di verifica dell'evento», si tratta, ancora una volta, di un requisito incerto, ancorato alla percezione, di volta in volta, posseduta dal soggetto agente¹²⁰.

L'indagine sulle «conseguenze negative anche per l'agente in caso di verifica dell'evento» implica la valutazione di elementi eterogenei, poiché dovrà orientarsi sulla base del rango dei beni/interessi offesi nel caso concreto. Tale apprezzamento dipenderà dalla proporzione fra gli interessi in gioco e, di conseguenza, dovrà essere compiuto tenendo conto della gerarchia di valori dell'agente concreto e non dell'uomo medio¹²¹.

Il riferimento al «contesto lecito o illecito di base», poi, richiama l'idea che dolo e colpa siano elementi, innanzitutto, della tipicità. Come sopra evidenziato, però, l'accoglimento di tale suggestione induce a riconoscere che sia la «qualità» del rischio sotteso alla condotta a connotare il dolo o la colpa, concretandosi il dolo nell'accettazione di un rischio che l'agente modello non avrebbe mai preso in considerazione¹²². Né va sottovalutato il pericolo di un uso spregiudicato di questo indicatore che potrebbe condurre ad autentici «giudizi per tipo d'autore».

La verifica circa «la razionalità di certi atteggiamenti» è un dato ambiguo che può condurre a conclusioni discutibili, ad esempio, nel caso di condotte «seriali», vale a dire condotte che si realizzano in lunghi lassi di tempo e, nell'immediatezza, non producono danni esteriormente apprezzabili¹²³.

Il giudizio «controfattuale alla luce della prima formula di Frank» è il criterio considerato più significativo dalle stesse Sezioni Unite, nonostante implichi una valutazione essenzialmente ipotetica, fondata su un quesito la cui risposta spesso sfugge perfino al reo¹²⁴.

Tra l'altro, in diversi casi, la prima formula di Frank dovrebbe «mettere sulla bilancia» un profitto ingente sul breve-medio termine contro un prezzo da pagare lontano, quand'anche in ipotesi certo. Insomma, il controfattuale, in molti casi, si rivela di difficile lettura anche per gli

¹¹⁵ Si pensi, ad esempio, ai delitti di inquinamento gravi idonei a mettere in pericolo l'incolumità pubblica: C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 19.

¹¹⁶ Con particolare riferimento ai reati ambientali, Carlo Ruga Riva evidenzia che, in taluni casi, si tratta condotte di inquinamento tollerate, non percepite come illecite neppure dagli organi di controllo; in altre ipotesi, invece, si possono avere precedenti condanne per reati di settore (per es. nel caso Ilva): C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 19.

¹¹⁷ Le Sezioni Unite fanno riferimento ai reati a consumazione istantanea; nei reati ambientali, di natura prevalentemente permanente, il post fatto è spesso inquadrato nel reato di omessa bonifica: C. RUGA RIVA, *op. ult. cit.*

¹¹⁸ In tema di reati ambientali, occorre operare una distinzione: «vi sono casi di inquinamento "diretto e puntuale" in contesti totalmente illeciti: si pensi allo sversamento clandestino di tonnellate di rifiuti tossici e nocivi in terreni agricoli o in fiumi. In questi casi il fine della condotta è sì il profitto, ma l'inquinamento è la conseguenza necessaria, diretta della condotta, il prezzo che si decide di far pagare (all'ambiente e alla incolumità pubblica); siamo nel campo del dolo diretto, più che di quello eventuale. In altri casi (contesto lecito di base, meri scostamenti non notevoli dai valori-soglia o dalle modalità di emissione) il fine della condotta è quello della produzione, e sullo sfondo del profitto; il dolo eventuale, in base a questo singolo indicatore, sarà tendenzialmente da escludere»: C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 19 s.

¹¹⁹ In questo senso, nella dottrina tedesca, C. ROXIN, *Zur Normativierung*, 247. Nella giurisprudenza d'oltralpe si valorizza la teoria della soglia d'inibizione (v., *supra*, § 3) e la costruzione del dolo differenziata per tipi di illecito. La teoria non si attaglia a fattispecie poste a tutela di beni giuridici di rango inferiore alla vita, come, ad esempio, l'integrità fisica. Quando, invece, si trova ad applicare fattispecie incriminatrici poste a tutela di interessi patrimoniali, il *Bundesgerichtshof* assume una concezione del dolo prevalentemente "normativa": M. DOVA, *op. cit.*, 16 s.

¹²⁰ Puntuali rilievi critici all'orientamento da cui discende il criterio in parola sono formulati *supra*, § 4. Nella materia dei reati ambientali, ad esempio, avrà rilevanza innanzitutto l'ampiezza (e la frequenza) dello scarto rispetto ai valori soglia o alle modalità di emissione autorizzate. Con la conseguenza che non si darà né colpa cosciente né dolo eventuale laddove le emissioni rimangano entro i valori soglia, e viceversa l'ipotesi di dolo eventuale aumenterà con il crescere dello sforamento dal limite del rischio consentito: C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 20.

¹²¹ Nei reati ambientali, ad esempio, risulta difficile valorizzare le conseguenze negative legate ai danni economici e di immagine connessi agli inquinamenti, dato che la loro scoperta e il loro perseguimento sono tutt'altro che prevedibili, specie nel breve-medio periodo: C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 20. A conclusioni opposte, invece, si tenderà nella prevalenza dei casi che integrino reati contro la persona.

¹²² M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 82, il quale sottolinea che «l'uomo (ir-)ragionevole (come anche il rischio irragionevole) è parametro della colpa, non del dolo. Nel dolo può valere come indizio, insieme a vari altri».

¹²³ Nei delitti ambientali, ad esempio, le emissioni si realizzano nell'arco di anni, senza apparenti gravi danni per l'incolumità pubblica né interventi della pubblica amministrazione e ciò potrebbe far propendere per la non adesione all'evento pericoloso: C. RUGA RIVA, *op. cit.*, 20.

¹²⁴ V., *supra*, § 4. Sul punto, v. G. GENTILE, «Se io avessi previsto tutto questo...» *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013. *Contra*, M. DONINI, *Il dolo eventuale*, cit., 101 ss., il quale segnala il valore ermeneutico di tale formula, che va intesa come strumento ricognitivo ed ausiliario da utilizzare insieme ad altri nell'analisi del processo motivazionale che indotto il soggetto ad agire.

studiosi più acuti¹²⁵.

Non sembra neppure così scontato che tra le circostanze soggettive possano rilevare gli stati emotivi: si tratta di accertare un elemento della sfera interna – la volontà (indiretta) dell'evento – attraverso atteggiamenti interiori come, ad esempio, la speranza, anch'essa inaccessibile alla percezione diretta¹²⁶.

Tutto ciò premesso, uno dei *leitmotiv* della sentenza delle Sezioni Unite è l'importanza della dimensione dell'accertamento del dolo eventuale che «pur essendo analiticamente distinto dalla struttura e dall'oggetto della fattispecie, tende a compenetrarvi e ad assumere un ruolo concreto e cruciale», da qui, la fondata perplessità che il modello di dolo eventuale tratteggiato dalle Sezioni Unite possa «essere ricondotto ad una impostazione di tipo tendenzialmente “proceduralista” o, comunque, di strettissima compenetrazione tra dimensione sostanziale e dimensione processuale: fino al punto di ipotizzare che gli indicatori utilizzati ai fini della verifica processuale entrino a far parte (...) dello stesso dolo eventuale inteso (...) come concetto “disposizionale”¹²⁷».

Alla luce dei rilievi formulati, sembra quasi retorico tornare a domandarsi se, a seguito della poderosa sentenza Thyssen, la linea di confine tra dolo eventuale e colpa cosciente possa dirsi finalmente tracciata in modo nitido; l'impressione è di essere (ancora) di fronte ad un circolo vizioso che non ha nessuna possibilità di essere sciolto se non per via normativa attraverso soluzioni eterogenee.

Il dolo eventuale è l'elemento psicologico più ricco di connotazioni normative; per contro, la colpa cosciente è l'elemento di imputazione normativa più ricco di connotazioni autenticamente psicologiche: qui risiede la difficoltà evidenziata nel corso del tempo dalla natura fallace di tutti i criteri discretivi elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza al fine di distinguerne i confini senza il rischio di far confluire il dolo eventuale nella colpa cosciente e viceversa. Come si evince dai rilievi sopra esposti, anche le più moderne teorie fondate sulla ricerca di un elemento autenticamente volitivo nel dolo eventuale (la teoria del *consenso* e la correlata prima formula di Frank; la teoria della *ragionevole/irragionevole speranza* di verifica dell'evento; la teoria dell'*indifferenza* che in alcune varianti della dogmatica penalistica tedesca diventa addirittura teoria della *rassegnazione* alla prospettiva di verifica dell'evento), si sono rivelate fallaci, da un lato, perché correlate alla tentazione diabolica dell'indagine sulla *Gesinnung* del reo, dall'altro, poiché hanno bisogno di riscontri ulteriori per poter essere concretamente utilizzate nella dimensione processuale. Queste formule ulteriori, però, rischiano di sostituire alla doverosa indagine sull'atteggiamento psicologico *reale* del soggetto valutazioni sull'atteggiamento psicologico *ipotetico*. Da qui la necessità di utilizzare riscontri controfattuali, non sempre perspicui, in grado di dare succo e sangue all'indagine sul dolo eventuale nella sua componente volitiva, che non è sempre scevra (anche) da connotazioni emotive¹²⁸.

Sull'onda del caso Thyssen, l'interprete non può fare a meno di domandarsi fino a che punto gli indici di contestualizzazione del dolo eventuale non si presteranno a diventare, a loro volta, la chiave di volta per affermare, anche in rapporto allo stesso caso concreto, ora la sussistenza del dolo ora quella della colpa.

In altri termini, il circolo vizioso sopra denunciato non sembra risolvibile: o – in linea con la giurisprudenza prevalente – si rimarca la necessità di distinguere le due forme di elemento soggettivo, denotando l'indagine sul coefficiente psicologico di appigli esterni, o si rinuncia

¹²⁵ Un'applicazione rigorosa della prima formula di Frank conduce alla configurabilità del dolo eventuale nei soli casi in cui il livello statistico del rischio riferibile *ex ante* alla condotta generatrice dell'evento sia particolarmente elevato. Così, L. EUSEBI, *Verso la fine del dolo*, cit., 125, nonostante la postulata adesione, *de iure condito*, alla formula in parola, quale unico criterio dirimente.

¹²⁶ Cfr. G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, fasc. 4., 1947-1948.

¹²⁷ G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, cit., 1947-1948. In conclusione, l'Autore, non solo suggerisce un uso giudiziale assai parsimonioso di tale strumento, ma segnala la non peregrina provocazione/proposta di eccepire l'incostituzionalità del dolo eventuale «proprio facendo leva sulla scarsa afferrabilità empirica»; sulla stessa linea di quelle dichiarazioni di in costituzionalità che, in passato, hanno avuto ad oggetto la “proclività a delinquere” come forma di pericolosità sociale o il reato di plagio [1952].

¹²⁸ Condivisibile a questo proposito la preoccupazione segnalata da I. Puppe, la quale segnala che «un accertamento basato sulla complessiva valutazione di tutte le circostanze fattuali del caso concreto conduca ad una giurisprudenza affidata alle emozioni»: I. PUPPE, *Tötungsvorsatz und Affekt - Über die neue Rechtsprechung des BGH zum dolus eventualis in Bezug auf den möglichen Todeserfolg bei offensichtlich lebensgefährlichen Gewalttätigkeiten*, 186, trad. a cura di M. DOVA, *op. cit.*, 17, nt. 55.

definitamente a cercarla approdando a un *tertium genus* di responsabilità colpevole¹²⁹. La scelta del *tertium genus* consentirebbe, in particolare, di risolvere il problema della “meritevolezza di pena” delle singole condotte, tenuto conto dello iato che, sul piano sanzionatorio, caratterizza le due forme di imputazione soggettiva.

Allo stato, l'estensione del dolo eventuale ai contesti di base leciti sembra cedere inesorabilmente alla tentazione di plasmare l'elemento soggettivo a seconda delle esigenze di prevenzione generale e di “esemplarità sanzionatoria” diffuse nella collettività¹³⁰. *Rebus sic stantibus*, sembra opportuno rimarcare che l'auspicata interpretazione restrittiva del dolo eventuale ha bisogno di rendere esplicita la propria «diversa moralità», ossia «una moralità che arriva ad accettare la non punizione di fatti non incolpevoli, per ragioni ritenute prevalenti¹³¹». Non dovrebbe essere necessario rammentare che il nostro sistema penale si regge su canoni di garanzia e proporzione che trovano traduzione giuridica, in primo luogo, nei principi di colpevolezza e uguaglianza. Per queste ragioni, tutte le forme di dolo *devono* incorporare un disvalore qualitativamente accostabile alla forma base, ravvisabile nel dolo intenzionale; devono cioè incorporare una conoscenza sufficientemente definita del fatto delittuoso, quale conseguenza della propria condotta¹³². «Quale che sia l'estensione del penale, la moralità della scelta legislativa sul *limes* del dolo si lega alla ricerca di una giusta proporzione, elemento fondamentale di un diritto penale ragionevole, prima ancora che liberale¹³³».

L'interprete non può (e non deve) sostituirsi al legislatore; quest'ultimo, infatti, è l'unico legittimato a rimediare alle discrasie – opportunamente segnalate e approfondite dagli operatori del diritto – senza pregiudicare le garanzie di legalità sancite dalla Carta Costituzionale¹³⁴. In particolare, l'attenzione del dibattito parlamentare dovrebbe essere tesa a ricostruire la coerenza interna tra reati e sanzioni, anche alla luce delle sollecitazioni generalpreventive e di stigmatizzazione simbolica¹³⁵ diffuse, soprattutto, nei casi legati alla posizione di garanzia di determinati soggetti, rispetto a forme di responsabilità per fatti di reato realizzati in concorso con terzi.

¹²⁹ A questo proposito, sia consentito il rinvio a S. RAFFAELE, “La seconda vita del dolo eventuale tra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso Thyssen”, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 3, 1077 ss. Per una apprezzabile proposta *de iure condendo*, alla luce di un'accurata indagine comparatistica, v. F. CURI, *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003. *De lege ferenda*, suggerisce una definizione del *dolus eventualis*, che potrebbe essere prevista nel corpo dello stesso art. 43 c.p., «così da rimarcare la distinzione tra la responsabilità dolosa “indiretta” e quella colposa»: S. CANESTRARI, *Dolus eventualis in re licita: limiti e prospettive*, in *Il “mistero” del dolo eventuale. Scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012*, Torino, 32-33. Propende per la c.d. terza forma di imputazione soggettiva anche A. MANNA, *È davvero irrisolvibile il “mistero” del dolo eventuale?*, in *Il “mistero” del dolo eventuale*, cit., 175 ss.

¹³⁰ Si pensi alla Proposta di legge popolare *ex art.* 71, comma 2, Cost. (artt. 7, 8, 48 e 49 l. 25 maggio 1970, n. 352, e art. 14, comma 1, l. 21 marzo 1990, n. 53) in materia di “omicidio e lesioni stradali” presentata dall'Associazione Lorenzo Guarnieri di Firenze e orientata a collocare la nuova fattispecie dopo l'omicidio doloso (art. 575-bis), non come forma di omicidio colposo aggravato. Con riferimento alla necessità di rimarcare che la differenza tra dolo e colpa non dipende dalla prevenzione generale, che «rimane (...) estranea a un discorso tecnico-giuridico in sede applicativa»: M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi Coppi*, vol. II, Torino, 2011, 907 ss.; Id., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1183 ss.

¹³¹ D. PULITANÒ, *I confini del dolo*, cit., 27.

¹³² Il dato normativo (e la coerenza del sistema) impongono, ove si voglia punire a titolo doloso la causazione di un evento non voluto, il cui prodursi non sia *ex ante* certo, di riscontrare in capo all'autore il medesimo stato psicologico che è presente nel dolo diretto; in altre parole, deve essere provato che il soggetto fosse *ex ante* disposto a perseguire i suoi fini anche pagando il prezzo costituito dal prodursi dell'evento offensivo. Cfr. L. EUSEBI, *Verso la fine del dolo*, cit., 124 ss., il quale, su questa linea, sollecita, l'adozione di un sistema preventivo imperniato, nei contesti diversi da quelli che caratterizzano il dolo intenzionale, sul controllo pregresso delle condotte pericolose.

¹³³ D. PULITANÒ, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁴ Auspica un “discorso comune”, comprensivo delle riflessioni di tutti gli studiosi e gli operatori del diritto: G.A. DE FRANCESCO, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Il “mistero” del dolo eventuale. Scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, 27 gennaio 2012*, Torino, 172-173. In questa prospettiva, e con particolare riferimento alla questione del dolo eventuale, invita ad ampliare lo sguardo critico anche agli approfondimenti offerti dalle neuroscienze G. FIANDACA, *Appunti*, cit., 83 ss.; Id., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*, cit., 1951, tenuto conto che i maggiori contributi scientifici mettono in crisi il tradizionale concetto di “coscienza”, sottolineando che in esso sono ricomprese componenti indefinite ed eterogenee, di tipo percettivo, emotivo, linguistico, etc., di conseguenza, coscienza e volontà non potrebbero essere considerate entità psichiche scevre da componenti affettivo – emotive che, invece, co-determinano i processi decisionali, considerati prodotto del sé. Quanto all'apporto delle neuroscienze, ulteriori contributi scientifici hanno in parte spiegato quali sistemi neurali si attivino quando riceviamo informazioni sensoriali ed al tempo stesso pianifichiamo e progettiamo le nostre azioni, restano, però, a tutt'oggi, evidenti interrogativi sullo stesso concetto di *coscienza*, mai così poco univoco come nel mondo scientifico contemporaneo, ma certamente più articolato di come lo si intendeva fino a poco tempo fa. Ciò pone, da un lato, l'esigenza di un'interpretazione meno riduttiva della *coscienza*, dall'altro, chiari interrogativi sulla sua complessità. Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale cfr., O. DI GIOVINE, voce *Neuroscienze (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Annali VII, 711; Aa. Vv., *Diritto penale e neuroetica*, Atti del Convegno 21-22 maggio 2012, Università degli Studi di Foggia, a cura di O. Di Giovine, Padova, 2013; C. GRANDI, *Sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1249. In tema, v. anche S. BLACKMORE, *Coscienza*, Torino, 2007; A. DAMASIO, *Il sé viene alla mente. La costruzione del cervello cosciente*, Milano, 2010; A. LAVAZZA – L. SAMMICHELI, *Il delitto del cervello. La mente tra scienza e diritto*, Torino, 2012; I. MERZAGORA BETSOS, *Colpevoli si nasce?*, Milano, 2012.

¹³⁵ Sul punto, v. G. FIANDACA, *Sul dolo eventuale*, cit., 153.

CAUSAZIONE DEL FALLIMENTO DELLA SOCIETÀ 'CON DOLO O PER EFFETTO DI OPERAZIONI DOLOSE': PECULIARITÀ, ANOMALIE TESTUALI E CONTROVERSIE ESEGETICHE ALLA LUCE DELLA SENTENZA SUL CASO PARMALAT-CAPITALIA

Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014 (dep. 15 aprile 2015), n. 15613, Pres. Lombardi,
Est. Savani e Pistorelli, Imp. Geronzi e altri

di Alessandra Rossi

ABSTRACT

Prendendo occasione dai passi conferenti della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia, lo scritto ripercorre la struttura della fattispecie di bancarotta fraudolenta impropria societaria di cui all'art. 223, cpv., n. 2 legge fall. e si prefigge lo scopo di evidenziarne i punti di criticità, i nodi esegetici irrisolti ed il ruolo nel generale contesto del diritto penale delle procedure concorsuali.

SOMMARIO

1. La qualificazione dell'evento del reato: fallimento formale o dissesto sostanziale? – 2. Causazione ed aggravamento del fallimento: analoga rilevanza penale? – 3. Causazione “*con dolo o per effetto di operazioni dolose*”: problematiche costituzionali, contenuti operativi, punti di criticità. – 4. Il ruolo degli ‘*extranei* vertici bancari’ ed il rapporto tra operazioni dolose e bancarotta distrattiva nelle valutazioni della sentenza.

1.

La qualificazione dell'evento del reato: fallimento formale o dissesto sostanziale?

1.1. Molti sono gli argomenti che la Suprema Corte ha declinato ed affrontato nel lungo percorso decisionale che caratterizza la sentenza sul caso Parmalat-Capitalia; l'analisi dei Giudici di legittimità, nel suo complesso considerata, si segna positivamente e merita apprezzamento¹.

Per 'inquadrare' in massima sintesi il fatto al fine di una maggiore chiarezza delle mie riflessioni, è utile riprendere quanto ben prospettato nel commento della decisione, già pubblicato in questa Rivista², ove si rimarca che il caso di specie ha riguardato un filone di indagini sorto dalla vicenda del crac Parmalat e delle numerose altre società controllate/collegate riconducibili all'imprenditore Tanzi. In particolare, "i giudici di merito avevano asserito che gli allora vertici del gruppo Capitalia – tra i quali Geronzi e Arpe – al fine di realizzare interessi economici della banca, avessero consapevolmente collaborato alla (e in sostanza istigato la) ideazione ed esecuzione da parte di Tanzi di un'attività distrattiva del patrimonio di Parmalat di fondi (apparentemente) erogati alla società emiliana attraverso un prestito *bridge* di 50 milioni di euro".

Oltre al delitto di usura, le fattispecie di reato considerate quali illeciti penali nelle procedure concorsuali (realizzate in concorso di persone tra soggetti 'di vertice' intranei al gruppo Capitalia s.p.a, controllante e/o sue controllate) si evidenziano nella bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria 'a condotta distrattiva' (quanto alla condotta di distrazione della provvista fornita da Banca di Roma a Parmalat, erogazione in realtà utilizzata per finanziare altre società del gruppo Parmalat affinché provvedessero all'acquisto dell'azienda Ciappazzi, a sua volta debitrice della banca), nella bancarotta fraudolenta impropria 'da reato societario' (di cui all'art. 2632 c.c. – formazione fittizia del capitale, nello specifico quanto alla capitalizzazione di Parmatour) ed infine nella bancarotta fraudolenta impropria consistente nella causazione del fallimento della società 'con dolo o per effetto di operazioni dolose' (con le operazioni dolose produttive del fallimento del gruppo Parmalat cristallizzate nell'aver prorogato il suddetto prestito, a condizioni più onerose).

Tra le tre ipotesi, mi piace cogliere l'opportunità di una ricognizione e di una conseguente rivisitazione della struttura e dei contenuti dell'ultima, sulla quale merita a mio vedere riflettere sia per la peculiare ed anomala formulazione – e, desidero anticiparlo, al riguardo proverò a proporre opzioni esegetiche (che per alcuni risvolti coinvolgeranno anche la bancarotta impropria 'da reato societario') non del tutto in linea con le valutazioni di cui alla decisione qui al vaglio o comunque di parte della giurisprudenza – sia per le non poche potenzialità applicative, sia – e soprattutto – perché 'di nicchia' e più sofisticata e subdola nella sua concreta realizzazione rispetto al 'classico' (e forse più grossolano) agire illecito del e nel contesto fallimentare. La stessa giurisprudenza³ ha evidenziato la differenza tra le condotte integranti la bancarotta *de qua* e quelle integranti il delitto di bancarotta fraudolenta patrimoniale impropria (di cui al combinato disposto degli artt. 223, 1° comma e 216, 1° comma legge fall.) espressamente nel fatto che il pregiudizio patrimoniale non discende nella bancarotta societaria direttamente dall'azione del soggetto attivo, ma da un fatto strutturalmente più complesso, coincidente con "qualsiasi situazione societaria implicante un procedimento" o con "una pluralità di atti coordinati"⁴.

Le successive annotazioni ripercorreranno, pertanto, i passi della sentenza coinvolgenti e dedicati a tale fattispecie.

E' importante subito ricordare (e v. *infra*, § 4 per la trattazione della questione) che la Cassazione, pur riconoscendo ai giudici di merito la corretta presentazione della linea giurisprudenziale che considera positivamente l'astratta possibilità di un concorso materiale (e non già formale) tra bancarotta fraudolenta patrimoniale distrattiva e bancarotta fraudolenta 'da operazioni dolose', ne ha invece opportunamente censurato l'applicazione nel caso concreto,

¹ Cass., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, in Dir. pen. cont., 13 maggio 2015.

² Nella nota di C. BRAY, *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia*, in Dir. pen. cont., 13 maggio 2015, vengono con pregevole precisione presentati tutti i passi maggiormente significativi ed interessanti.

³ Cass., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690.

⁴ Così posto in evidenza da E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, 3° ed., Bologna, 2012, 325.

considerato che le due specifiche condotte – consistenti rispettivamente nell'erogazione del finanziamento *bridge* e nella successiva distrazione del patrimonio di questa a quello di altre società – seppur naturalisticamente distinte vanno considerate come due passaggi di un'unica condotta distrattiva, con il fatto di erogazione del prestito che deve allora ritenersi contenuto nella successiva distrazione ed il corrispondente delitto di bancarotta 'da operazioni dolose' assorbito in quello di bancarotta per distrazione.

1.2. Ad oggi una tra le più *trendy* questioni inerenti la materia si incentra su l'irrelevanza *versus* la rilevanza del nesso causale tra le condotte di bancarotta fraudolenta (a mente degli artt. 216 e 223, 1° comma legge fall.) ed il fallimento/dissesto dell'impresa (individuale o societaria), con la Corte di Cassazione che nella sentenza qui all'esame enuclea il principio di diritto in forza del quale: "Attraverso il primo comma dell'art. 216 legge fall. il legislatore ha voluto punire condotte che attentano all'integrità della garanzia patrimoniale dei creditori indipendentemente dalla loro effettiva incidenza causale sulla determinazione del fallimento, ancorché sul piano fattuale ben possano registrarsi (e invero frequentemente si registrano) casi in cui le condotte normotipo effettivamente determinano il dissesto dell'impresa"⁵.

La *querelle* non trova per contro sede in relazione alla fattispecie di cui all'art. 223, cpv., n. 2 legge fall., la quale, ipotesi prefallimentare, nel dichiarare applicabili agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori delle società dichiarate fallite le pene stabilite nell'art. 216 se "*hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società*", postula normativamente la sussistenza del legame causale tra le alternative condotte ed il fallimento, attribuendo a quest'ultimo la (incontestata ed incontestabile) natura giuridica di evento naturalistico.

Assume invece primaria importanza la qualificazione dell'evento *fallimento* della società: fallimento formale o dissesto sostanziale?

A livello generale – e da sempre – i contenuti qualificatori (nonché il ruolo) del fallimento nei delitti di bancarotta⁶ costituiscono uno dei nodi centrali della sistematica interpretativa. Alla controversa esegesi non sfugge la particolare indicazione quale *fallimento* appunto dell'evento di cui alla fattispecie, con la dottrina divisa e la giurisprudenza che, comunque uniforme, non appare, io credo, sottoscrivibile. Ed a questa mia personale perplessità non si sottrae la nostra decisione, laddove ribadisce, anche in riferimento e con equiparazione con l'evento dei reati di bancarotta impropria 'da reato societario', che "l'art. 223 legge fall., al pari dell'art. 216, già contiene il riferimento testuale alla dichiarazione di fallimento, in assenza della quale i fatti incriminati dal medesimo articolo in entrambi i suoi commi non assumono rilevanza penale ai sensi del r. d. 267/1942, talché la duplicazione del riferimento al fallimento in senso formale non avrebbe senso alcuno. Del resto [...] non è possibile tracciare un rapporto causale tra le condotte incriminate e la sentenza dichiarativa del fallimento (o altro provvedimento equipollente). E' dunque ovvio che con la formula impiegata nella disposizione di cui si tratta il legislatore ha voluto fare riferimento al fallimento in senso sostanziale e cioè alla situazione obiettiva di dissesto nella quale la società si viene a trovare per effetto delle operazioni poste in essere dal suo ceto gestorio". Impostazione che collima con quella di alcuni Autori che appunto hanno rilevato come l'espressione *fallimento* di cui al testo dell'art. 223, cpv., n. 2 legge fall. sia da identificarsi con l'espressione *dissesto* contenuta negli artt. 223, cpv., n. 1 e 224, n. 2 legge fall., così escludendosi la moltiplicazione del ruolo del fallimento, inteso come condizione e come evento del reato e ricordandosi che solo il fenomeno sostanziale dell'insolvenza può costituire in termini causali il risultato della condotta criminosa dell'agente⁷.

Indubbia l'anomalia del termine *fallimento* (e viepiù in quanto evento del reato), credo tuttavia che, bandita la sovrapposizione contenutistica, si debba distinguere la qualificazione di questo rispetto al tenore da attribuire al termine *dissesto* nella bancarotta impropria fraudolenta per precommissione di fatti penali societari di cui all'art. 223, cpv., n. 1 (nonché nell'ipotesi di bancarotta semplice societaria di cui all'art. 224, n. 2 legge fall.). Infatti, qui si tratta – prima caratteristica – di situazione che riflette il substrato economico-patrimoniale

⁵ C. BRAY, *op. cit.*, 1.

⁶ Cfr. sulla questione F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *questa Rivista*, 23 febbraio 2015.

⁷ Sulle differenti impostazioni mi permetto rinviare ad A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, Trattato di diritto penale diretto da C. F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Parte speciale, vol. XVIII, Milano, 2014, 112 s. e 197 s.

dello stato di insolvenza in senso sostanziale considerato e connota lo squilibrio tra attività e passività; con il termine *dissesto* — atecnico e suscettibile di più ampie letture come semplice illiquidità, per ipotesi — che si deve intendere quale insolvenza normativamente definita dall'art. 5, 2° comma legge fall., ove “*lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”⁸. Esso, per la concretizzazione della fattispecie di cui è causa, deve obbligatoriamente — seconda peculiarità — essere effettivo, frutto del deterioramento del rapporto tra attività e passività; è destinato (successivamente al suo reale determinarsi) a sfociare nel fallimento in senso formale. L'attualizzazione dell'offesa agli interessi creditorî si consolida pertanto al momento del verificarsi dell'evento naturalistico del dissesto e si perfeziona con la sentenza dichiarativa di fallimento della società (che assume come ‘di regola’ — quantomeno per la più consolidata dottrina — la natura giuridica di condizione obiettiva di punibilità, nel caso a tipologia estrinseca)⁹.

Si riscontra dunque una duplicità di richiamo alla ‘situazione concorsuale’ della società, sostanziale e formalizzata. La prima (dissesto) quale evento naturalistico in relazione causale con la condotta penalmente rilevante/fatto di reato societario come elencato nel disposto di riferimento; la seconda (dichiarazione di fallimento della società, come già accennato generale preambolo proprio dell'art. 223 legge fall. considerato nella sua globalità) quale ‘situazione di status’ della società appunto, che si riverbera sui soggetti attivi come momento imprescindibile per la loro punibilità per il reato fallimentare. Punibilità ‘fallimentare’ dei soggetti ‘societari’ che verrà pertanto meno nel caso in cui la sentenza dichiarativa venga revocata, così ‘ritornandosi’ ad una qualificazione del fatto precommesso ‘soltanto’ come reato societario.

Nella fattispecie di causazione del fallimento della società ‘con dolo o per effetto di operazioni dolose’ è invece la sentenza dichiarativa di fallimento — e non già il dissesto sostanzialmente considerato — *l'alter ego* del termine *fallimento*: allineandomi alla interessante e significativa linea dottrinale in tal senso di Cesare Pedrazzi¹⁰, si prospetta così la prima netta diversità rispetto al valore contenutistico del dissesto nella bancarotta impropria da reato societario di cui *supra*. Vero che il fallimento formalizzato può essere delittuosamente cagionato anche ‘operando’ attraverso il dissesto sostanziale, tuttavia in detta ipotesi — e come dato strutturale di seconda differenziazione rispetto alla necessità di perfezionamento effettivo del dissesto nella bancarotta ‘da reato societario’ — sul presupposto che appunto l'evento naturalistico è rappresentato dal fallimento formalizzato, il dissesto potrà, indifferentemente, o essere stato effettivamente determinato, ovvero anche ‘semplicemente’ simulato, allorquando i soggetti ‘societari’ creino una apparenza di esso, in realtà insussistente. Fatto, questo, non meno lesivo per i creditori sociali. Con un disegno orientato che può addirittura essere concepito fin dalla costituzione della società¹¹.

È importante sottolineare che si dovranno, comunque e di conseguenza, porre in essere le premesse necessarie alla declaratoria di fallimento, ‘costruendo’ una situazione che non consenta ‘vie’ differenti ed alternative di altre procedure concorsuali o di risanamento, con la declaratoria che diventa, così, ‘atto giudizialmente dovuto’. Di tale che i soggetti attivi dovranno prevedere che si siano realizzate le condizioni in presenza delle quali la società possa venire dichiarata fallita, in base al disposto di cui all'art. 1 legge fall. Il che non sarà ‘semplice’. Va ricordato che non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo

⁸ Circa il concetto di dissesto, è stato sostenuto da Cass., Sez. V, 25.5.2011, n. 32899, in *Giur. it.*, 2012, 667, con nota di A. MORONE, che “nell'ottica dei reati fallimentari, il dissesto è costituito da una condizione di squilibrio economico, finanziario e patrimoniale la quale, non affrontata in modo adeguato, può causare l'acuirsi dell'esposizione debitoria all'origine dell'insolvenza, come quando l'accumulo delle perdite ha eroso l'intero capitale sociale”.

⁹ Mi permetto nuovamente rinviare ad A. ROSSI, *op. cit.*, 100 ss. e 187.

¹⁰ C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa, Parte generale e reati fallimentari* a cura di C. PEDRAZZI, A. ALESSANDRI, L. FOFFANI, S. SEMINARA, G. SPAGNOLO, Bologna, 2003, 170 ss.; C. PEDRAZZI *Artt. 216-218, 220-226 legge fall.*, in C. PEDRAZZI, F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in *Commentario Scialoja, Branca, Legge fallimentare* a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1995, 315 ss.

¹¹ Cfr. PEDRAZZI, *Art. 223 legge fall.*, cit., 319, il quale evidenzia il caso dell'acquisizione del controllo di una società all'esclusivo scopo di eliminarla dal mercato.

gli imprenditori (persone fisiche o società)¹² che esercitano un'attività commerciale che dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: abbiano avuto, nei tre esercizi precedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività, qualora di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo per ciascun anno non superiore a euro trecentomila; abbiano realizzato, in qualsiasi maniera, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a euro duecentomila; abbiano un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a euro cinquecentomila. Si può allora ipotizzare che l'inversione probatoria circa il possesso dei requisiti non verrà certo 'attivata' dai soggetti che hanno agito per determinare il fallimento della propria compagine sociale.

Secondo la linea ora prospettata che ritengo preferibile seguire, pure nella fattispecie in esame il richiamo al 'fallimento' risulta duplice, stante il già ricordato generale preambolo dell'art. 223 legge fall. Ciò significa che la sentenza dichiarativa svolge, comunque, anche il 'consueto' ruolo proprio delle ipotesi prefallimentari di condizione obiettiva di punibilità (che si connoterà anche in questo caso a tipologia estrinseca¹³). Punibilità che pertanto verrà meno qualora la dichiarazione di fallimento provocata dal soggetto qualificato venga successivamente revocata¹⁴.

2.

Causazione ed aggravamento del fallimento: analogia rilevanza penale?

Va dato atto che la fattispecie — esattamente come quella di cui al n. 1 del 2° comma dell'art. 223 legge fall. — non richiama espressamente l'aggravamento oltre alla causazione del fallimento, come invece avviene nella fattispecie di bancarotta semplice impropria societaria di cui all'art. 224, n. 2 legge fall.

Coinvolgendo nuovamente entrambe le bancherotte fraudolente societarie in una unica formulazione di principio, nella sentenza la Suprema Corte assume peraltro come i reati sussistono altresì nell'ipotesi in cui le condotte abbiano aggravato una situazione di dissesto (come avanti indicato, è questa infatti la analogia qualificazione dell'evento nelle due ipotesi di cui alla decisione) già in atto. Di tale che, ferma per la Cassazione la considerazione che il *quantum* del valore del dissesto è quello che viene in conto al *tempus* della formale apertura della procedura concorsuale, rimane "irrilevante che al momento della consumazione della condotta e della produzione dei suoi effetti già fosse in atto una situazione di dissesto sulla quale la medesima condotta incide solo aggravandola". D'altronde, si continua, la conclusione che soltanto l'art. 224, e non anche l'art. 223, sanziona l'aggravamento del dissesto, mentre il secondo ne esigerebbe, quale evento del reato, necessariamente la causazione, comporterebbe la conseguenza che l'aggravamento, in quest'ultimo caso, resterebbe privo di punizione, il che presenterebbe "già in sé una nota di irragionevolezza, lasciando ingiustificatamente orfana di sanzione penale una condotta comunque incidente sullo stato di dissesto mediante aggravamento dello stesso". "Il dato testuale [...] appare [...] in contrasto con un'interpretazione sistematica della norma che tenga conto della disciplina del concorso di cause di cui all'art. 41 c.p., applicando la quale assumono rilievo ai fini della responsabilità penale, nel caso di bancarotta fraudolenta impropria, anche le condotte successive alla irreversibilità del dissesto, in quanto sia il richiamo alla rilevanza delle cause successive, espressamente contenuto nella norma predetta — che disciplina il legame eziologico tra il comportamento illecito e l'evento — sia la circostanza per cui il fenomeno del dissesto non si esprime istantaneamente, ma con progressione e durata nel tempo, assegnano influenza ad ogni condotta che incida, aggravandolo, sullo stato di dissesto già maturato". Ed espressamente per ciò che concerne il rapporto tra bancarotta fraudolenta

¹² Le società commerciali 'prese in considerazione' dalla legge fallimentare si possono individuare nelle: società di capitali (società per azioni, a responsabilità limitata ed in accomandita per azioni); società di persone ammesse ad esercitare attività commerciale (società in nome collettivo e società in accomandita semplice); cooperative; società consortili di persone e capitali ed i consorzi con attività esterna; società di mutua assicurazione che esercitano attività commerciale; società sportive professionistiche costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata; associazioni riconosciute o non riconosciute aventi prevalente attività commerciale, fondazioni, GEIE; società irregolari, di fatto, apparenti, occasionali ed occulte.

¹³ Mi permetto nuovamente rinviare ad A. Rossi, *op. cit.*, 100 ss. e 198.

¹⁴ Così L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, vol. II, *I reati fallimentari*, 2° ed., Torino, 1991, 110.

impropria per precommissione di fatti penali societari e bancarotta semplice impropria di causazione od aggravamento del dissesto della società, aggiunge la Suprema Corte che “la differente formulazione delle due norme (art. 223, 2° comma, n.1, nell’attuale formulazione dettata con d.lgs. 61/2002, e art. 224, n. 2 legge fall.) appare quindi verosimilmente ascrivibile alla loro redazione in tempi diversi, che può giustificare il mancato richiamo espresso in quella più recente all’aggravamento del dissesto, comunque sottinteso in base ai principi generali sul concorso di cause sopra richiamati”.

E’ doveroso ricordare che la sentenza trova uniformità interpretativa sia in non pochi precedenti arresti, ove in relazione alla bancarotta impropria da reato societario si fissa il principio di diritto ai sensi del quale: “Il reato di bancarotta impropria di cui all’art. 223, cpv., n. 1 legge fall. sussiste anche quando la condotta illecita – pertanto successiva al dissesto – abbia concorso a determinare solo un aggravamento del dissesto già in atto della società”¹⁵, sia nelle impostazioni di alcuni Autori, per i quali appunto aggravare il dissesto già esistente equivale a produrne uno nuovo, con la conseguenza che l’aggravamento rientra come comportamento nell’economia del disposto¹⁶.

Nello specifico del fallimento determinato da operazioni dolose, del pari la decisione si allinea alla costante giurisprudenza che asserisce non interrompere il nesso di causalità tra l’operazione dolosa e l’evento fallimentare né la preesistenza alla condotta di una causa in sé efficiente verso il dissesto, valendo la disciplina del concorso causale di cui all’art. 41 c.p., né il fatto che l’operazione dolosa in questione abbia cagionato anche solo l’aggravamento di un dissesto già in atto¹⁷. Con il conseguente principio di diritto: “In tema di bancarotta c.d. impropria, la particolare fattispecie di cui all’art. 223, 2° comma legge fall., riguardante gli amministratori, i direttori generali, i sindaci ed i liquidatori di società fallite che hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società, si applica anche nell’ipotesi in cui la condotta di una delle anzidette persone abbia aggravato una situazione di dissesto già esistente”¹⁸.

Tanto evidenziato e presa buona nota della linea giurisprudenziale affatto contraria alla impostazione che vado a prospettare, mi pare importante tuttavia non abbandonare il tentativo di riflettere sul rigore metodologico di tale esegesi, ribadendo come il tenore dei due disposti di bancarotta impropria societaria di cui all’art. 223, cpv., n. 1 e n. 2 legge fall. *in parte qua* (‘cagionare o concorrere a cagionare il dissesto della società’ e ‘cagionare [...] il fallimento della società’) ben può condurre ad ipotizzare che il dissesto quale evento della bancarotta fraudolenta impropria da reato societario come il fallimento quale evento della bancarotta fraudolenta impropria per causazione del fallimento della società ‘con dolo o per effetto di operazioni dolose’ non dovrebbero preesistere alla realizzazione delle condotte.

Iniziando dalla bancarotta ‘da reato societario’, il tenore testuale appare netto nel circoscrivere la verifica giudiziale all’*an* e non già altresì al *quantum* del volume del dissesto. È ben vero che il fenomeno presenta una inevitabile gradualità, non potendosi astrattamente fissare il momento in cui dall’equilibrio patrimoniale ed economico si sfocia nella perdita, con l’insolvenza che ingloba in sé un articolato processo evolutivo in negativo, ma ciò appare preso in considerazione nella struttura della fattispecie proprio dalla valenza e dalla rilevanza delle concause, di nuovo in base al tenore testuale a livello specifico e comunque in base a quanto previsto a livello generale nella sistematica penalistica nelle norme del codice penale riferite al rapporto di causalità. Di tale che il dissesto rileverà sia quando determinato soltanto dalla precommissione dei reati societari ‘a monte’, sia quando determinato anche dalla precommissione dei reati *de quibus*, che, appunto, abbiano concorso nella sua causazione o ne abbiano affrettato il verificarsi, in uno con altre concause, di più diversa natura, ma sempre eziologicamente ad esso collegate. Potrebbero essere concause con il fatto penale societario, ad esempio, l’incremento dell’esposizione debitoria, l’assottigliamento patrimoniale dell’asse e delle garanzie, le

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. V, 11 gennaio 2013, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 363 ss., con nota di CASELLATO e con nota di CALLEGARI. V. anche Cass., Sez. feriale, 12 settembre 2013, n. 46388; Cass., Sez. V, 4 marzo 2010, n. 16259.

¹⁶ A. LANZI, *La bancarotta fraudolenta per precedente reato societario*, in *Dir. prat. soc.* 2002, 21 ss. V. altresì C. SANTORIELLO, *I rapporti fra la bancarotta societaria e le alterazioni dei dati contabili della società fallita*, in *Soc.* 2012, 4, 429 ss.

¹⁷ Cass., Sez. feriale, 20 agosto 2015, n. 39192; Cass., Sez. V, 16 aprile 2013, n. 8413; Cass., Sez. V, 4 marzo 2010, n. 16259; Cass., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690.

¹⁸ Cass., Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 38177.

mutazioni del mercato, mentre potrebbero valutarsi avvenimenti di rilevanza interruttiva del nesso causale, ai sensi dell'art. 41, 2° comma c.p., l'imprevista insolvenza del più importante debitore della società, eventi 'incolpevoli' di distruzione del patrimonio quali il furto o l'incendio, la (subita) concorrenza sleale.

Pertanto, si può sostenere che la considerazione penale dell'aggravamento, esulando tale eventualità dai confini di un'interpretazione seppur estensiva dei dati astratti individuanti a livello normativo i limiti della condotta tipica, farebbe sfociare una tale opzione nell'illegittimità costituzionale di una palese analogia *in malam partem*: se si può concordare sull'assunto che la limitazione risulta stridente a fronte dell'opportunità di sanzionare anche un aggravamento del fenomeno dissesto, appare peraltro imprescindibile al riguardo l'intervento (che forse potrebbe essere auspicabile) del legislatore. E del pari, nel quadro di un confronto sistematico con la più ampia portata della bancarotta semplice societaria di cui all'art. 224, n. 2 legge fall., non credo che valga a giustificazione del riconosciuto limite normativo lo iato temporale: proprio la scelta riformista del legislatore del 2002 sulla bancarotta fraudolenta 'da reato societario' che trova il nucleo nella individuazione del necessario legame causale tra reato societario e dissesto della società – legame inesistente *ante* riforma – sembra dimostrare la netta opzione del *novus* normativo *in parte qua*.

In sintesi: la previsione "esige una vera e propria causazione di un dissesto che non si sarebbe altrimenti verificato, quand'anche in concorso con altre concause. Ne esula il semplice aggravamento del dissesto, quand'anche nocivo per i creditori (il quale per lo più ricadrà nelle condotte distrattive evocate nel primo comma dell'art. 223)"¹⁹.

Nella fattispecie di causazione del fallimento della società 'con dolo o per effetto di operazioni dolose' mi pare da escludere che a sostegno della punibilità della condotta di aggravamento depongano sia la disciplina generale sul concorso di cause dettata dall'art. 41 c.p., sia la fenomenologia stessa del dissesto, in quanto situazione che non si verifica istantaneamente, ma con progressione e durata nel tempo.

Penso che la *querelle* si leghi invece a filo doppio con la valenza del termine fallimento quale evento naturalistico. Ferma la considerazione che la 'regola' delle concause, per cui in base all'art. 41 c.p. l'efficacia causale non è esclusa dal concorso di fattori esterni, salva l'interruzione del nesso eziologico nel caso di concause sopravvenute di assorbente rilevanza, non sembra di per sé idonea a dimostrare e così spiegare la legittimazione ad accettare l'alternatività della scelta punitiva normativa tra causazione ed aggravamento (frutto invece di una scelta di diritto giudiziale come già prospettato assai vicina alla analogia *in malam partem*), con appunto la sufficienza di questo, va valutato che è l'evento 'concreto' individuato attraverso tutte le modalità della sua realizzazione, comprese le modalità spazio-temporali, che rappresenta il punto di riferimento del rapporto di causalità. Proprio il termine fallimento, in questa mia nota assunto nel tenore di fallimento formalizzato – come *supra* evidenziato, con il dissesto sostanziale che potrà, indifferentemente, o essere stato effettivamente determinato, ovvero anche 'semplicemente' simulato, allorquando i soggetti 'societari' creino una apparenza di esso, in realtà insussistente – avvalorata la logica della voluta limitazione normativa alla rilevanza della sola sua causazione, considerata l'impossibilità di un aggravamento di un fallimento formalizzato, con dissesto simulato. Quale 'rovescio della medaglia', proprio la mancanza della alternativa rilevanza dell'aggravamento avvalorata l'opzione qualificatoria di fallimento inteso quale formalizzato e non già quale dissesto sostanziale.

Ancora, non è inconferente ricordare che, nel quadro di un confronto sistematico con la più ampia portata della bancarotta semplice societaria di cui all'art. 224, n. 2 legge fall. (ove per contro l'evento naturalistico va enucleato nel dissesto sostanziale effettivo), ambedue le disposizioni hanno trovato contemporanea formulazione temporale nella parte penale della legge fallimentare del 1942, con entrambe inalterate ad oggi.

E mi permetto non credere nella possibilità di un intervento del legislatore – per contro avanti auspicato in riferimento al tenore della bancarotta impropria 'da reato societario' – di ampliamento alla rilevanza dell'aggravamento: le pregresse considerazioni mi conducono ad escluderlo in punto logica esistenziale. Il fallimento formalizzato, mi permetto ribadirlo, potrà soltanto essere causato (o concausato, secondo le norme di riferimento di cui al codice penale); al massimo, potrebbe valere come causazione, per dirla con Cesare Pedrazzi, una "significativa

¹⁹ Testualmente C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 215.

anticipazione cronologica di un fallimento che si sarebbe ugualmente verificato”²⁰.

3. Causazione “con dolo o per effetto di operazioni dolose”: problematiche costituzionali, contenuti operativi, punti di criticità.

Con una formula purtroppo discutibile, la fattispecie si caratterizza per due distinte modalità comportamentali: la causazione con dolo e la causazione per effetto di operazioni dolose.

3.1. Quale considerazione che si riferisce ad entrambe le condotte, va posto all’attenzione il ruolo centrale (ma è questo un argomento classico del diritto penale delle procedure concorsuali globalmente considerato) che, trattandosi, tra il resto, di fattispecie propria a soggettività ristretta preindividuata normativamente, rivestono i differenti ed alternativi autori nella struttura della stessa, prima e nella concreta qualificazione delle modalità comportamentali, poi. Modalità che risulteranno informate, influenzate, vincolate e diversificate in base, appunto, alla ‘variabile’ del soggetto attivo, se componente dell’organo gestorio, direttore generale, componente dell’organo di controllo o liquidatore. Con un ruolo ‘personale’ che, avanti lo si evidenzierà, viene a giocare nello specifico del caso Parmalat-Capitalia il concorrente *extraneus*. E non è azzardato sostenere che, pressoché di *default*, si tratti di causazione del fallimento con dolo, si tratti di causazione per effetto di operazioni dolose, il reato viene realizzato, stante la complessa e spesso sofisticata ‘costruzione’ concreta del fatto, in concorso di persone.

I soggetti attivi costituiscono – e non è poco – il centro della valutazione in via preliminare della Suprema Corte relativa, in riferimento alla causazione del fallimento per effetto di operazioni dolose, al mancato accoglimento dell’eccezione di legittimità costituzionale sollevata da uno dei ricorrenti ed ispirata dalla indeterminatezza della condotta, per presunta violazione dell’art. 25, 2° comma Cost. Nel dichiarare la manifesta infondatezza, il passo della nostra decisione assume come la fattispecie configuri un reato la cui condotta è certamente a forma libera, ma adeguatamente definita nella sua identità da una serie di indici terminologici sufficientemente determinati. Il riferimento alle operazioni dolose deve infatti essere letto in stretta correlazione alle funzioni proprie dei soggetti attivi tipizzati dalla norma incriminatrice: “la definizione dell’elemento materiale, in connessione alla configurazione di un reato proprio del ceto gestorio di una società commerciale, evidenzia come le ‘operazioni’ rilevanti siano esclusivamente quelle che si traducano in una attività attinente alla funzione che qualifica i soggetti attivi selezionati dalla norma incriminatrice. In secondo luogo il fatto che le operazioni debbano essere ‘dolose’ evoca immediatamente come l’atto di gestione debba essere posto in essere dall’autore tipico con abuso della propria carica ovvero contravvenendo ai doveri che la stessa gli impone, atteso che tale attributo – altrimenti del tutto inutile sotto il profilo tecnico-penalistico alla luce dell’art. 43 c.p. – evidenzia un connotato d’intrinseca illiceità della condotta, anche a prescindere dai suoi effetti”²¹.

3.2. La locuzione “con dolo”, che va intesa in conformità della nozione generale, enuclea in prima istanza la preordinazione dolosa del fallimento, ove la ‘dolosità’ si concretizza appunto nella radicale situazione preordinata e si pone con condotta a forma libera, comprensiva di ogni modalità idonea. Peraltro, stante la genericità del richiamo, sono ricompresi non solo i casi di volizione diretta dell’evento, ma anche i casi di volizione indiretta o eventuale.

Non sarà, però, sufficiente una condotta di distrazione, essendo questa prevista e punita nel primo comma dell’art. 223 legge fall.: la figura qui all’esame richiede, infatti, a mio parere, un disegno più ampio del singolo atto di distrazione di attività all’economia societaria. Ed a

²⁰ Così PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 171.

²¹ E continua la decisione: “Infine la tipicità della condotta medesima è fortemente caratterizzata (e dunque definita) dalla necessaria causazione del “fallimento” e cioè dalla esistenza di un rapporto eziologico tra la stessa e il dissesto della società. In tal senso deve ritenersi che la norma abbia selezionato una serie di parametri in grado di rendere conoscibile il precetto, tanto più nel contesto in cui la fattispecie di cui si tratta è inserita. Deve osservarsi infatti come essa assuma un carattere eminentemente residuale, una volta proiettata sullo schermo del sistema di incriminazioni configurato dalla legge fallimentare. In altri termini è da escludersi la tipicità di condotte già espressamente previste da altre specifiche disposizioni incriminatrici in tema di bancarotta”.

livello soggettivo dovrà esserci, dunque, la rappresentazione del futuro fallimento, ancorché — mi permetto ribadirlo — il piano criminoso non dovrà tanto ed obbligatoriamente avere come risultato ‘ricercato’ il fallimento della società, quanto l’accettazione dello stesso, a titolo di dolo eventuale.

È anche ipotizzabile una causazione omissiva ai sensi dell’art. 40, 2° comma c. p.: data la posizione di garanzia degli interessi creditori immanente alle funzioni societarie prese in considerazione, vale come causazione l’omesso impedimento di un fallimento determinato da fattori esterni o da comportamenti di soggetti interni ad esso diretti, a condizione che sia dimostrabile la concreta possibilità di un efficace intervento impeditivo da parte del soggetto qualificato²².

3.3. La seconda ipotesi richiede, sul piano oggettivo, che il fallimento sia causato “*per effetto di operazioni dolose*”, da intendersi, a livello generale, quali attività economiche riconducibili alle funzioni societarie espletate dai soggetti qualificati. Con la ‘dolosità’ che rappresenta, per efficacemente addivenirsi ad una distinzione dalla causazione con dolo del fallimento, una modalità intrinseca delle operazioni idonee a causare l’evento fallimento, con connotazione finalistica a un tempo oggettiva e psicologica.

Poiché nell’ipotesi in esame non si esige neppure la volizione indiretta del fallimento della società, la quale, per la ragione dianzi indicata, deve ritenersi compresa nella causazione con dolo, il dubbio che ci si trovi di fronte ad un caso di responsabilità oggettiva è forte e da questa affermazione, oggi, non può che derivare un ‘indizio’ di incostituzionalità, a mente della valenza, questa volta, dell’art. 27, 1° comma Cost. Così, si tende a riconoscere da parte di alcuni Autori alla fattispecie una struttura preterintenzionale²³. E su questa linea si pone la giurisprudenza di legittimità, laddove assume che “trattandosi di fattispecie a sfondo preterintenzionale, l’onere probatorio dell’accusa si esaurisce nella dimostrazione della consapevolezza e volontà dell’amministratore della complessa azione arrecante pregiudizio patrimoniale nei suoi elementi naturalistici e nel suo contrasto con i propri doveri a fronte degli interessi della società, nonché dell’astratta prevedibilità dell’evento di dissesto quale effetto dell’azione antidoverosa, non essendo invece necessarie la rappresentazione e la volontà dell’evento fallimentare”²⁴. Verrebbe, quindi, ad essere sufficiente per la configurabilità del reato in questione, a livello soggettivo, “la rappresentazione dell’azione nei suoi elementi naturalistici e nel suo contrasto con i doveri propri del soggetto societario a fronte degli interessi della società”²⁵.

Nelle “*operazioni dolose*” può rientrare qualsiasi comportamento dei soggetti destinatari del precetto penale che, implicando un abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità e così ‘personalizzato’, rechi pregiudizio ai legittimi interessi dell’ente, dei soci o dei creditori e sia nel tempo stesso realizzato allo scopo di procurarsi un ingiusto profitto. Ed è utile riportare l’assunto (consolidato) giurisprudenziale ai sensi del quale, in riferimento ai soggetti attivi componenti dell’organo gestorio, “le operazioni dolose devono attenere alla commissione di abusi di gestione o di infedeltà ai doveri imposti dalla legge all’organo amministrativo nell’esercizio della carica ricoperta, ovvero ad atti intrinsecamente pericolosi per la ‘salute’ economico-finanziaria della impresa e postulano una modalità di pregiudizio patrimoniale discendente non già direttamente dall’azione dannosa del soggetto attivo (distrazione, dissipazione, occultamento, distruzione), bensì da un fatto di maggiore complessità strutturale riscontrabile in qualsiasi iniziativa societaria implicante un procedimento o, comunque, una pluralità di atti coordinati all’esito divisato”²⁶.

Restano esclusi dalla previsione i fatti contemplati in particolare nel n. 1 del secondo comma dell’art. 223. Nell’incriminazione, in conseguenza, può rientrare la maggior parte dei reati societari non elencati in codesta disposizione. Ed interessante si potrà presentare la (pregressa) realizzazione della fattispecie di corruzione tra privati di cui all’art. 2635 c.c. allorquando i soggetti corrotti ivi indicati (tra gli altri) negli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori “*a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, per sé o per altri, compiono od omettono atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà,*

²² Testualmente PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 171. V. anche E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. Ronco, *op. cit.*, 325.

²³ Cfr. PEDRAZZI, *Art. 223 legge fall.*, cit., 322.

²⁴ Cass., Sez. V, 3 aprile 2014, n. 38728.

²⁵ Cass., Sez. V, 3 aprile 2014, n. 38728; Cass., Sez. V, 18 febbraio 2010, n. 17690.

²⁶ Cass., Sez. V, 25 settembre 2014, n. 47621; Cass., Sez. V, 12 dicembre 2013, n. 17408.

cagionando nocumento alla società".

Vi può essere compresa anche la violazione del divieto di concorrenza (cfr. art. 2390 c. c.) ed in generale vi può rientrare ogni fatto in cui sia raffigurabile una 'infedeltà' — giova ribadirlo, ovviamente non intesa 'tecnicamente' come fattispecie di cui all'art. 2634 c. c. in quanto fattispecie rientrante del novero dei reati societari richiamati quali reati presupposto nella bancarotta fraudolenta 'da reato societario' — degli amministratori, in prima e principale battuta o degli altri soggetti considerati, in subordine.

Sussiste il delitto di bancarotta fraudolenta previsto dall'art. 223, 2° comma, n. 2 legge fall. anche quando le operazioni dolose dalle quali deriva il fallimento della società non comportano una diminuzione algebrica dell'attivo patrimoniale, ma determinano comunque un depauperamento del patrimonio non giustificabile in termini di interesse per l'impresa²⁷.

Non dovranno essere invece rapportabili al concetto di operazioni dolose quelle 'operazioni' illecite (quali, ad esempio, fatti di corruzione, di evasioni fiscali o contributive, di messa in commercio di prodotti nocivi) di per loro giovevoli, sia pure ingiustamente, al patrimonio sociale, ma dalla scoperta delle quali, tuttavia e dalla applicazione di sanzioni ad esse 'connesse' sia derivato il fallimento della società. La tipologia della bancarotta fraudolenta, infatti, come correttamente asserito, "non può essere sfigurata dall'inserimento di fatti del tutto eterogenei sul piano lesivo"²⁸, solo occasionalmente e casualmente — non già causalmente — ricollegati al fallimento. Si tratta di esegesi discendente dalla formula normativa '*per effetto di operazioni dolose*', la quale implica che il fallimento debba essere 'provocato' dalle operazioni come manifestazione di infedele gestione sociale /attività societaria dei soggetti coinvolti.

Per la maggior parte della dottrina è esclusa in questa ipotesi la rilevanza di omissioni²⁹ (salvo quanto *supra* riportato in relazione alla condotta della corruzione tra privati), il che lascia comunque 'tranquilli' da un punto di vista punitivo posto che l'omesso comportamento doveroso in inottemperanza ad un obbligo giuridico di attivazione può rientrare, come già osservato, nell'economia della condotta a forma libera di causazione del fallimento della società con dolo. Non aderisce per contro all'esclusione in parola la giurisprudenza, netta e concorde nel sostenere che le operazioni dolose ben possono "consistere nel compimento di qualunque atto intrinsecamente pericoloso per la salute economica e finanziaria della impresa e, quindi, anche in una condotta omissiva produttiva di un depauperamento non giustificabile in termini di interesse per l'impresa"³⁰.

Possibilità di interessanti applicazioni si potranno avere nei gruppi societari, attraverso un abuso od una infedeltà, agendo ad esempio nell'interesse della controllante o di una controllata, ma in modo contrario al rispetto dei principi di 'corretta gestione societaria ed imprenditoriale' (di cui all'art. 2497, 1° comma c. c.), o tramite la violazione sistematica dell'oggetto sociale, ovvero con lo sviamento di clientela da una società del gruppo ad un'altra, ovvero 'lasciando morire' una società del gruppo per favorire il sorgere di un'altra, o ancora assumendo impegni eccedenti il netto patrimoniale della società.

4.

Il ruolo degli 'extranei vertici bancari' ed il rapporto tra operazioni dolose e bancarotta distrattiva nelle valutazioni della sentenza.

Un interessante passo della sentenza qui all'esame riguarda lo stretto collegamento tra la peculiare posizione di alcuni soggetti 'vertici bancari' operativi in concorso di persone e le specifiche ricadute sulle differenze tra bancarotta distrattiva e bancarotta per causazione del fallimento della società per effetto di operazioni dolose.

Il costante orientamento della giurisprudenza ha specificato le caratteristiche della responsabilità concorsuale dell'*extraneus* nei seguenti termini: "a) l'attività tipica di almeno un soggetto che possiede le qualità previste dalla legge fallimentare; b) l'influenza causale dell'attività del concorrente estraneo sul verificarsi dell'evento; c) la consapevolezza nel concorrente da un lato della qualifica del soggetto attivo primario e, dall'altro, della lesione degli interessi

²⁷ Cass., Sez. V, 20 maggio 2014, n. 40998.

²⁸ Testualmente C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 174.

²⁹ Al riguardo, mi permetto rinviare ad A. Rossi, *Illeciti penali*, cit., 196.

³⁰ Cass., Sez. V, 15 maggio 2014, n. 29586; Cass., Sez. V, 29 novembre 2013, n. 12426.

dei creditori³¹.

Importante nel nostro contesto è la posizione dei ‘vertici bancari’ che, quali ‘testimoni privilegiati’³² della crisi dell’impresa, possono ‘trasformarsi’ in compartecipi delle operazioni bancarottiere dell’imprenditore ed in particolare possono concorrere nella bancarotta fraudolenta partecipando, con diverse modalità, alle operazioni poste in essere dall’intraneo. Ed è di peculiare rilevanza l’impostazione giurisprudenziale che nell’ipotesi di fallimento cagionato per effetto di operazioni dolose configura il concorso dell’*extraneus* istigatore e beneficiario delle operazioni “qualora questi risulti consapevole del rischio che le suddette operazioni determinano per le ragioni dei creditori della società, non essendo necessario che egli abbia voluto causare un danno ai creditori medesimi”³³. Con il dolo che consiste nella volontarietà dell’apporto alla condotta dell’autore proprio del reato e nella rappresentazione dell’evento che ne consegue³⁴.

Come anticipato, un interessante passo della sentenza in oggetto si incentra sul concorso tra la bancarotta fraudolenta patrimoniale e la bancarotta fraudolenta da operazioni dolose, concorso concretamente specificato attraverso la valutazione delle modalità comportamentali ‘tecniche’ degli ‘*extranei* vertici bancari’ appunto. Ove proprio le figure ‘professionali’ di questi, con i conseguenti e ‘personalizzati’ atti operativi, informano la decisione.

Il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità evidenzia i diversi ambiti di applicazione dei due reati, “postulando il primo il compimento di atti di distrazione o dissipazione di beni societari tali da creare pericolo per le ragioni creditorie, a prescindere dalla circostanza che abbiano prodotto il fallimento, essendo sufficiente che questo sia effettivamente intervenuto; concernendo invece il secondo condotte dolose che non costituiscono distrazione o dissipazione di attività, ma che devono porsi in nesso eziologico con il fallimento. Ne consegue che, in relazione ai suddetti reati, mentre è da escludere il concorso formale è, invece, possibile il concorso materiale qualora, oltre ad azioni ricomprese nello specifico schema della bancarotta *ex* art. 216 legge fall., si siano verificati differenti ed autonomi comportamenti dolosi i quali – concretandosi in abuso o infedeltà nell’esercizio della carica ricoperta o in un atto intrinsecamente pericoloso per l’andamento economico finanziario della società – siano stati causa del fallimento”³⁵.

Come già *supra* evidenziato (§ 1), la Suprema Corte, nella nostra sentenza, pur riconoscendo come i giudici di merito abbiano correttamente fatto riferimento a tale impostazione, ne ha censurato l’applicazione relativamente ad una porzione dei fatti oggetto di causa. Invero, la Corte d’Appello aveva ritenuto di qualificare quali azioni distinte, sia sul piano naturalistico che di qualificazione giuridica, l’erogazione del finanziamento *bridge* a Parmalat e la successiva distrazione dal patrimonio di questa a quello di altre società. Nel caso specifico invece per la Cassazione le due condotte (solo naturalisticamente distinte) risultano essere due passaggi di un’unica condotta distrattiva. Dunque, il fatto di erogazione del prestito dovrebbe ritenersi contenuto nella successiva distrazione ed il corrispondente reato di bancarotta impropria da operazioni dolose assorbito in quello di bancarotta per distrazione.

In particolare, in riferimento all’operatività ‘tecnico-professionale’ dei soggetti concorrenti ‘vertici bancari’, non è risultato provato che la decisione da parte di Banca di Roma-Capitalia di rinnovare alla scadenza il prestito *bridge* concesso a Parmalat integrasse un’operazione dolosa ai sensi ed ai fini dell’art. 223, cpv., n. 2 legge fall. o costituisse quantomeno prova del concorso dei suoi rappresentanti in un’operazione dolosa esclusivamente addebitabile al ceto gestorio della società finanziata.

Infatti, l’erogazione di nuova finanza a Parmalat non può ritenersi di per sé un illecito, anche assumendo la consapevolezza del creditore sullo stato di virtuale dissesto della società. E se la decisione di Parmalat di richiedere una proroga ‘onerosa’ del finanziamento invece di rimborsarlo alla scadenza ottenendo la provvista necessaria dall’effettivo beneficiario dello stesso può certamente integrare un’operazione dolosa rimproverabile al ceto gestorio della società medesima, perché possa addebitarsene la responsabilità anche al creditore ‘banchiere’

³¹ Testualmente E. M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *op. cit.*, 279.

³² Cfr. G. COCCO, *Disposizioni penali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari* a cura di F. PALAZZO, C. E. PALIERO, 2° ed., Padova, 2007, 1168.

³³ Cass., Sez. V, 4 luglio 2014, n. 41055; Cass., Sez. V, 23 marzo 2011, n. 16388; Cass., Sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11624.

³⁴ Cass., Sez. V, 4 luglio 2014, n. 41055.

³⁵ Così C. BRAY, *op. cit.*, 5.

è necessario che il comportamento di questi presenti, in forma diversa ed ulteriore, i caratteri del contributo causale alla consumazione del reato ipotizzato, come, ad esempio, nel caso in cui egli stesso abbia istigato il debitore, nella consapevolezza dell'impatto sull'equilibrio economico dell'impresa, a porre in essere l'operazione ritenuta illecita. Di tale che il contributo concorsuale del creditore non può essere identificato con la mera decisione di concedere la suddetta proroga ovvero di pretendere condizioni più gravose: tale decisione costituisce soltanto manifestazione del libero esercizio dell'attività d'impresa. "In altri termini concedere la proroga di un prestito, piuttosto che pretendere l'immediato rientro o, in ipotesi, richiedere il fallimento del debitore inadempiente è scelta che, anche qualora il creditore sia consapevole dello stato di dissesto di quest'ultimo, non costituisce di per sé condotta apprezzabile a titolo di concorso nell'operazione dolosa eventualmente imputabile al debitore medesimo".

Tanto affermato, deve allora convenirsi che la motivazione della sentenza impugnata – dalla quale peraltro sembra doversi evincere che l'iniziativa per la rinegoziazione del finanziamento sia stata assunta da Parmalat – non abbia identificato l'effettivo e consapevole contributo prestato dai singoli imputati alla consumazione del reato di cui si tratta.

Conseguentemente, sul punto la stessa è stata annullata con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Bologna per nuovo esame.

IRRETROATTIVITÀ SFAVOREVOLE E REATI D'EVENTO “LUNGO-LATENTE”

Riflessioni a margine di una discutibile pronuncia della Cassazione
(*Cass. pen.*, 17 aprile 2015, n. 22379, Pres. Zecca, Rel. Piccialli, ric. Sandrucci e al.)
e considerazioni sui rimedi esperibili a Strasburgo

Stefano Zirulia

ABSTRACT

Il contributo prende le mosse da una recente pronuncia della Cassazione che, per risolvere una questione di successione di norme penali nel tempo, ha fissato il *tempus commissi delicti* di un omicidio colposo in corrispondenza della verifica dell'evento letale, ed ha perciò applicato una pena più severa di quella vigente al momento – assai più risalente – in cui l'imputato aveva posto in essere la condotta causalmente rilevante. L'Autore critica la soluzione abbracciata dalla Suprema Corte alla luce del principio costituzionale di irretroattività *in malam partem*, nonché dell'omologo principio sancito dall'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. A quest'ultimo proposito, viene prospettata la possibilità di presentare un ricorso alla Corte di Strasburgo, finalizzato ad ottenere l'accertamento della violazione e la successiva rideterminazione della pena *in executivis*.

SOMMARIO

1. Un caso di scuola. – 2. Il caso reale e la pronuncia della Cassazione. – 3. Critiche all'orientamento della Cassazione e criteri per l'individuazione del *tempus commissi delicti* ai fini della successione di leggi penali rispetto ai reati d'evento. – 3.1. Critiche all'argomento basato sul momento consumativo dei reati d'evento e indicazioni per l'interpretazione dell'art. 2 c.p. in senso conforme alla Costituzione ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 3.2. Critiche all'argomento basato sui precedenti della Cassazione in materia di reati abituali. – 4. Prospettive sui rimedi esperibili dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo – 4.1. Giudicato illegittimo e ricorso a Strasburgo – 4.2. Dal caso *Scoppola* al caso in esame. – 5. Conclusioni e prospettive future.

1.

Un caso di scuola.

Poniamo che Tizio somministri a Caio un veleno letale (non importa, ai nostri fini, sapere se con dolo o per colpa). E poniamo altresì che Caio, di costituzione particolarmente sana e robusta, non muoia istantaneamente, bensì soltanto dopo alcuni mesi di agonia, durante i quali i medici tentano, invano, di salvarlo. Poniamo infine che, per sfortuna di Tizio, proprio nel lasso temporale che separa il momento dell'avvelenamento di Caio da quello della sua morte, venga approvata una riforma del codice penale che inasprisce significativamente il trattamento sanzionatorio previsto per tutte le ipotesi di omicidio. Ebbene, *quid iuris*, in un caso del genere, in punto di pena edittale applicabile a Tizio? In altre parole: dovrà Tizio essere punito sulla base della più lieve pena in vigore all'epoca della somministrazione del veleno (cd. **criterio della condotta**), oppure sulla base della più severa pena in vigore al momento in cui il reato si è consumato, corrispondente alla verifica della morte (cd. **criterio dell'evento**)?

È questo l'**interrogativo di fondo** al quale il presente contributo intende dare una risposta, attingendo a tal fine al sistema di garanzie delineato dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Prima di procedere in tal senso, è bene soffermare l'attenzione sulla risposta offerta a tale quesito dalla Corte di Cassazione nel caso oggetto della sentenza in commento.

2.

Il caso reale e la pronuncia della Cassazione.

Il quesito appena proposto attraverso il caso di scuola è stato affrontato dalla **Corte di Cassazione** con la sentenza in commento, riguardante un caso di **morti per mesotelioma pleurico cagionate dall'esposizione ad amianto**¹. Le vittime, due lavoratori di un'azienda italiana dove si producevano lampadine di marchio Philips, erano state esposte a materiali contenenti amianto negli anni '70 e '80 del secolo scorso. Nel 2007 e nel 2009, a distanza di molti anni dall'ultima esposizione all'amianto, i due lavoratori decedevano per mesotelioma pleurico, un tumore dell'apparato respiratorio tipicamente associato all'amianto, che presenta un periodo di latenza particolarmente lungo (fino a 40 anni).

Di queste morti venivano chiamati a rispondere coloro che, all'epoca in cui le vittime erano state esposte all'amianto, ricoprivano incarichi direttivi dell'azienda. L'accusa nei loro confronti era di non aver predisposto le misure preventive che avrebbero protetto la salute dei dipendenti, e di averne così cagionato la morte ai sensi degli artt. 589, 40 co. 2 c.p. Come è noto, peraltro, **nel 2006 e nel 2008² il legislatore ha inasprito il trattamento sanzionatorio dell'omicidio colposo aggravato** dalla violazione della normativa sulla salute e sicurezza del lavoro, sostituendo la precedente forbice edittale da uno a cinque anni di reclusione con quella, tuttora vigente, da due a sette anni di reclusione. Per gli imputati del processo in parola, dunque, si poneva esattamente lo stesso interrogativo sollevato attraverso il caso di scuola proposto *supra*: era applicabile **la pena prevista dall'art. 589 c.p. come vigente negli anni '70-'80**, ossia nel periodo in cui aveva avuto luogo la condotta omissiva (criterio della condotta)? Oppure era applicabile **la pena più severa, intervenuta successivamente all'esaurimento della condotta omissiva, ma comunque prima che il reato giungesse a consumazione** per effetto dell'intervenuta morte delle vittime (criterio dell'evento)?

Tanto i **giudizi di merito**, quanto la **Cassazione con la sentenza qui in commento**, hanno optato per questa seconda soluzione, applicando dunque la pena più severa sulla scorta del "**criterio dell'evento**". A sostegno di questa soluzione sono stati addotti, essenzialmente, due ordini di argomenti:

a) Ai fini dell'applicazione della disciplina sulla successione di norme penali nel tempo, il **tempus commissi delicti deve essere individuato in corrispondenza della consumazione del reato**, la quale nei reati causalmente orientati corrisponde alla verifica dell'evento tipico.

¹ Cass. pen., 17 aprile 2015, n. 22379, Pres. Zecca, Rel. Piccialli, ric. Sandrucci e altri.

² Si tratta delle modifiche introdotte, rispettivamente, dalla L. 21 febbraio 2006, n. 102, che ha elevato da uno a due anni di reclusione la pena minima; e dal D.L. 23 maggio 2008, n. 92, conv. con modif. nella L. 24 luglio 2008, n. 125, che ha elevato da cinque a sette anni la pena massima.

b) L'orientamento favorevole al "criterio dell'evento" è consolidato in giurisprudenza, come dimostra la **casistica in tema di reati abituali**. A tale proposito, la Cassazione menziona gli orientamenti giurisprudenziali formati rispetto a due recenti interventi legislativi che hanno sollevato il problema della fissazione del *tempus commissi delicti* ai fini dell'art. 2, co. 1 c.p.

Il primo intervento legislativo menzionato è la legge 31 luglio 2005, n. 155, che ha **trasformato da contravvenzione a delitto il reato previsto dall'art. 9 L. 1423 del 1956** ("inosservanza degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno", reato attualmente previsto dall'art. 75, co. 2 D.lgs. 159/2011, cd. codice antimafia). La sentenza in commento sottolinea come, all'indomani della novella, l'orientamento sviluppatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità fosse nel senso di ritenere applicabile la nuova e più severa norma incriminatrice anche quando solo uno degli episodi integranti la frequentazione abituale di pregiudicati si fosse verificato dopo la sua entrata in vigore.

Il secondo intervento legislativo menzionato riguarda **l'introduzione nel 2009 dell'art. 612-bis c.p., che punisce gli atti persecutori** (D.L. n. 11/2009, conv. dalla L. 38/2009). Sul punto la sentenza in commento ritiene "*non dubitabile*", anche alla luce di rilevante giurisprudenza (vengono a tal proposito citate le sent. 22 giugno 2010, n. 34015 e 19 maggio 2011, n. 29872), la configurabilità dello *stalking* "*quando uno degli eventi alternativi che integrano la fattispecie [...] si sia verificato nella vigenza della norma incriminatrice, pur se la condotta materiale di minaccia e/o di molestia si sia svolta integralmente prima dell'entrata in vigore di tale norma incriminatrice*".

3.

Critiche all'orientamento della Cassazione e criteri per l'individuazione del *tempus commissi delicti* ai fini della successione di leggi penali rispetto ai reati d'evento.

La soluzione alla quale è pervenuta la Cassazione in punto di individuazione del *tempus commissi delicti* ai fini dell'applicazione del principio di irretroattività nei reati d'evento **presta il fianco a numerose e difficilmente superabili critiche**, che nel prosieguo verranno illustrate con riferimento a ciascuno dei due argomenti spesi dai giudici di legittimità a sostegno del proprio orientamento.

3.1.

Critiche all'argomento basato sul momento consumativo dei reati d'evento e indicazioni per l'interpretazione dell'art. 2 c.p. in senso conforme alla Costituzione ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

L'argomento indicato **sub a)**, secondo cui il *tempus commissi delicti* deve essere agganciato alla consumazione del reato (a sua volta corrispondente alla verifica dell'evento tipico), è tanto semplice e lineare quanto – a ben vedere – pericolosamente fuorviante, giacché conduce ad adottare un'interpretazione dell'art. 2 c.p. contraria al sistema di garanzie delineato dalla Costituzione e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come di seguito ci si appresta a dimostrare.

Giova anzitutto ricordare che, come insegna la migliore manualistica, "**la soluzione del problema del *tempus commissi delicti* non può prospettarsi in generale in relazione a tutti gli istituti, ma va fornita di volta in volta tenendo conto delle esigenze sottese a ciascuno**"³. Ebbene, come affermato dalla Corte Costituzionale a partire dalla celebre sentenza n. 364 del 1988⁴,

³ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, VII ed., Zanichelli, 2014, p. 116. Nello stesso senso, MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., 2013, p. 96; PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. Dir.*, XXIII, 1973, p. 1074.

⁴ Corte Cost., 23 marzo 1998, n. 364, Pres. Saja, Rel. Dell'Andro, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686-730, con nota di PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*. Da ultimo, v. Corte Cost., 12 ottobre 2012, n. 230, Pres. Quaranta, Rel. Frigo, in *Giur. Cost.*, 2012, vol. III, p. 3440 ss., con nota di MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra "diritto giurisprudenziale" e "legge"*.

l'esigenza sottesa al principio di irretroattività della norma sfavorevole è quella di tutelare le libere scelte dei consociati, e in definitiva la loro **libertà di autodeterminazione**, rendendo prevedibili le conseguenze giuridico-penali delle condotte⁵: evitando cioè che taluno possa essere punito, o punito più severamente, in relazione a fatti che, al momento in cui furono commessi, o non costituivano reato, oppure, pur costituendo reato, erano soggetti ad un trattamento sanzionatorio più mite. Ebbene, se questa è l'esigenza sottesa al principio in parola, non si vede proprio come l'adesione al criterio dell'evento potrebbe contribuire a soddisfarla: **il momento in cui si orientano le proprie scelte è evidentemente quello in cui si realizza la condotta**, e non certo quello in cui, dopo averla completamente esaurita, si assiste da inerti spettatori al lento venire a galla delle sue conseguenze negative⁶.

Ed allora, **lungi dal garantire il funzionamento del principio di irretroattività sfavorevole, il "criterio dell'evento" sembra piuttosto destinato a minarne in radice la portata garantistica**. Specialmente nei casi delle patologie lungolatenti, che allargano a dismisura lo spettro temporale nel quale il reato giunge a consumazione, il soggetto agente rischia di trovarsi di fronte ad un **cambiamento delle regole del gioco in corso di partita**, subendone sulla propria pelle l'eventuale inasprimento: il che rappresenta **esattamente la concretizzazione del rischio che i costituenti volevano scongiurare quando hanno scritto l'art. 25 co. 2 Cost.**

È dunque **l'interpretazione dell'art. 2 co. 4 c.p. in maniera conforme all'art. 25 co. 2 Cost.** – quest'ultimo come a sua volta interpretato dalla Consulta a partire dalla sent. 364 del 1988, in combinato disposto con il principio di colpevolezza *ex* art. 27 co. 1 Cost. – che **impon**e al giudice di individuare il *tempus commissi delicti* sulla base del **"criterio della condotta"**, scartando senza se e senza ma il "criterio dell'evento". Ed è per questa stessa ragione – giova evidenziarlo per inciso – che la questione di legittimità costituzionale sollevata dal difensore degli imputati nel caso di specie – questione tendente a fare dichiarare illegittimo l'art. 2 co. 4 c.p. nella parte in cui disciplina la successione di leggi penali in maniera incompatibile con le citate garanzie costituzionali – doveva essere respinta *non* già in quanto *manifestamente infondata* – come ha fatto la Cassazione – bensì in quanto *inammissibile*, in ragione della possibilità di dare dell'art. 2 co. 4 c.p. un'interpretazione conforme al dettato costituzionale, per l'appunto adottando il "criterio della condotta". Operazione ermeneutica, quest'ultima, tutto sommato semplice, posto che non è dato rinvenire nell'art. 2 co. 4 c.p. nessun indicatore testuale che militi in favore dell'adozione del "criterio dell'evento".

Come anticipato, oltre all'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2 co. 4 c.p. – la quale di per sé sarebbe sufficiente a scartare il "criterio dell'evento" –, milita a favore del "criterio della condotta" l'ulteriore argomento basato sull'interpretazione della medesima norma codicistica in senso conforme al **divieto di retroattività sfavorevole sancito dall'art.**

⁵ Cfr. ANTOLISEI-CONTI, *Istituzioni di diritto penale*, 2000, p. 55; CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, IV ed., Giappichelli, 2012, pp. 243-276; DE VERO, *La successione di leggi penali*, in Palazzo-Paliero (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, vol. I, p. 47-48; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 94-96; GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di Parte Generale*, Giappichelli, 2014, 83-84; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., 2013, pp. 81-85; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, III ed., Giuffrè, 2001, pp. 253-255; Id., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, V ed., 2015, p. 102; PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, cit., pp. 1073-1074; PALAZZO, *Corso di Diritto penale. Parte Generale*, V ed., Giappichelli, 2013, pp. 156-157; PULITANÒ, *Diritto penale*, IV ed., Giappichelli, 2011, pp. 611-612; ROMANO, *Commentario Sistematico del Codice penale (artt. 1-84)*, 2004, III ed., 2004, art. 1, p. 46.

⁶ Cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 117; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 96; PADOVANI, *Diritto penale*, IX ed, Giuffrè, 2008, pp. 49-50; PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, cit., p. 1974; PALAZZO, *Corso di Diritto penale. Parte Generale*, cit., p. 165; PULITANÒ, *Diritto penale*, IV ed., Giappichelli, pp. 614-615. Osserva MARCELLO GALLO, che, se da un lato il "criterio dell'evento" trova conferma sul piano del diritto positivo nell'art. 158 c.p., dall'altro lato tale opzione ermeneutica "conduce a conseguenze tali da mettere in crisi la garanzia di certezza che è alla base del principio di irretroattività"; perciò – prosegue l'A. – "dobbiamo domandarci se, su un piano di interpretazione di un singolo istituto, stante il complesso di esigenze che porta alla regola dell'irretroattività, non sia più opportuno considerare, ai fini dell'applicazione della disciplina concernente la successione delle leggi penali nel tempo, *tempus commissi delicti* non quello in cui si sono verificati tutti gli elementi della fattispecie criminosa, bensì quello in cui si è posta in essere la condotta che ha determinato l'evento" (GALLO M., *Diritto penale italiano. Appunti di Parte Generale*, cit., p. 94). La ragione decisiva che porta a scartare il "criterio dell'evento" si rinviene, secondo CONTENTO, nell'art. 27 Cost., norma alla luce della quale "appare del tutto ovvio che si debba far carico al soggetto di aver violato quella legge che era vigente al momento in cui ha deciso di infrangerla, e non già quella (eventualmente diversa!) vigente al momento in cui si avverano le conseguenze della sua condotta. Seppure infatti il nostro sistema non esige la prova che il soggetto, nel momento in cui ha agito, conoscesse la legge regolatrice del suo comportamento [...] è tuttavia certo che, se pur non conosciuta, la legge deve essere almeno conoscibile al momento del fatto. E tale certamente non è una norma non ancora emanata" (CONTENTO, *Corso di diritto penale*, Vol. I, Laterza, 2004. Ancora, secondo MARINUCCI e DOLCINI, la scelta a favore del "criterio della condotta" "discende dalla funzione generalpreventiva delle norme incriminatrici: è infatti al momento in cui agisce, o omette di compiere l'azione doverosa, che l'agente si sottrae all'azione motivante e deterrente della norma incriminatrice. La legge invece non può orientare il comportamento del suo destinatario quando, esaurita l'azione o l'omissione, si verifica, magari dopo un lungo intervallo temporale, l'evento richiesto dalla norma incriminatrice (ad es., la morte dell'uomo nei delitti di omicidio): per questa ragione va respinta la cd. teoria dell'evento" (MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., p. 289).

7 Cedu⁷.

Sul punto, va anzitutto evidenziato che la citata norma convenzionale è formulata in maniera più precisa della sua omologa italiana, giacché **prevede espressamente che il divieto di retroattività in malam partem si estenda** non solo alla fattispecie ma **anche alla sanzione penale**. Intendiamoci: non vi sono dubbi che, a livello nazionale, la portata dell'art. 25 co. 2 Cost. si estenda anche alle pene; tuttavia, la previsione testuale della Convenzione europea contribuisce a rafforzare il divieto, esplicitando nero su bianco il già sicuro approdo raggiunto a livello nazionale per via ermeneutica.

Nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non risultano esservi pronunce che hanno affrontato espressamente la questione dei rapporti tra reati d'evento "lungolatente" e irretroattività in *malam partem*. Tuttavia, la compatibilità del sistema delineato dalla Convenzione con il solo "criterio della condotta" rappresenta una conclusione obbligata, a cui si perviene agevolmente alla luce della *ratio* cui la Corte europea aggancia il principio di irretroattività in *malam partem*, valere a dire – una volta ancora – **la prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie azioni**, ossia il "*valore garantistico fondamentale dell'esclusione di imprevedibili sorprese da parte delle autorità pubbliche, giudici compresi, nei confronti dei diritti e delle libertà individuali*"⁸.

Il richiamo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, peraltro, non ha una funzione di ordine solamente ermeneutico, giacché offre al soggetto eventualmente condannato in via definitiva, con una pena più severa di quella prevista al momento della condotta, la possibilità di **ricorrere dinanzi alla Corte di Strasburgo**, lamentando la violazione dell'art. 7 Cedu e approfittando così dell'ultima *chance* di ottenere una *restitutio in integrum*: oltre al risarcimento del danno eventualmente patito, infatti, il ricorrente potrà ottenere una sentenza che accerti la violazione del proprio diritto fondamentale, sulla base della quale potrà verosimilmente chiedere, dinanzi alle giurisdizioni nazionali, **il ricalcolo della pena sulla base della corretta cornice edittale (quella più mite)**. Sul punto si ritornerà *funditus* nel prosieguo (cfr. *infra*, par. 4), mentre ora occorre volgere brevemente lo sguardo al secondo ordine di argomenti spesi dalla Cassazione a sostegno del "criterio dell'evento".

3.2.

Critiche all'argomento basato sui precedenti della Cassazione in materia di reati abituali.

Passando all'**argomento indicato dalla Cassazione sub b)** (v. *supra*, par. 2) occorre soffermare l'attenzione su ciascuno dei due orientamenti giurisprudenziali richiamati dai giudici di legittimità in materia di reati abituali.

Relativamente alla **novella introdotta dalla l. 155/2005** (trasformazione da contravven-

⁷ In tema, senza pretesa di esaustività e limitandoci ai contributi più recenti, cfr. MANES, *Art. 7*, in Bartole-De Sena-Zagrebel'ski (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, CEDAM, 2012, pp. 258-297; SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in Paliero-Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Giuffrè, 2013, pp. 248-254; ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in MANES-ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 2011, pp. 69-107; DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in questa Rivista, n. 1/2013; ID., *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto sovranazionale*, in *Studi in Onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, p. 2249 ss.; ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile". Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, 2008, p. 301 ss.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006, pp. 65-75.

⁸ ZAGREBELSKY V., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit., p. 107; nella giurisprudenza della Corte, cfr., da ultimo (benché relativamente all'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole in punto di interpretazione della fattispecie tipica), C. eur. dir. uomo, 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* (clicca qui per la traduzione ufficiale in italiano), in merito alla quale v. DE AMICIS, *Concorso esterno in associazione mafiosa e legalità penale "europea": la sentenza della Corte EDU sul "caso Contrada"*, in corso di pubblicazione in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, 2016, nonché i contributi di Civello Conigliaro, Di Giovine, Marino, tutti in *Dir. pen. cont.* Con specifico riferimento all'irretroattività della sanzione più grave, cfr. C. eur. dir. uomo, 29 marzo 2006, *Achour c. Francia*, dove, in un caso di inasprimento della disciplina sulla recidiva intervenuto tra il primo ed il secondo reato commesso dal ricorrente, la Grande Camera ha negato che l'applicazione della disciplina più severa integrasse una violazione dell'art. 7 Cedu, e ciò ponendo l'accento sulla circostanza che la condotta integrante il secondo reato fosse stata posta in essere *dopo* l'entrata in vigore della disciplina sfavorevole, cioè in un momento in cui il condannato era già in condizione di prevedere quale trattamento sanzionatorio gli sarebbe stato applicato. Lo stretto collegamento tra irretroattività e prevedibilità del trattamento sanzionatorio viene sistematicamente ribadito nella giurisprudenza della Corte europea: cfr. C. eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, *9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito*; 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*; 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, con nota di MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*.

zione a delitto della violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione dell'obbligo di soggiorno), l'orientamento secondo cui, per fare scattare l'ipotesi delittuosa, basterebbe la realizzazione di una sola condotta nel periodo di vigenza della nuova norma, non può essere in alcun modo valorizzato quale argomento a favore del "criterio dell'evento". E ciò non solo perché il reato in questione *non* è un reato d'evento (considerazione che basterebbe di per sé ad escluderne il rilievo ai nostri fini); ma, soprattutto, perché **semmai si tratta di un orientamento che milita decisamente a favore del "criterio della condotta"**, posto che l'applicabilità della fattispecie delittuosa viene subordinata, per l'appunto, alla condizione che l'agente si sia comportato in modo tale da violare le prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione *almeno una volta* nel vigore della nuova e più severa disciplina.

Quanto al ***tempus commissi delicti ai fini dell'applicazione del reato di stalking*** – premesso, per inciso, che i precedenti citati dalla sentenza in commento a sostegno della propria tesi non affrontano *expressis verbis* la questione – è sufficiente osservare come l'**orientamento** – questo sì – **consolidato** nella giurisprudenza della Cassazione sia al contrario improntato al **"criterio della condotta"**. Con le parole della stessa Suprema Corte: *"Si configura il delitto di atti persecutori (cosiddetto reato di "stalking") nella ipotesi in cui, pur essendosi la condotta persecutoria instaurata in epoca anteriore all'entrata in vigore della norma incriminatrice, si accerti, anche dopo l'entrata in vigore del D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38, la reiterazione di atti di aggressione e di molestia idonei a creare nella vittima lo status di persona lesa nella propria libertà morale in quanto condizionata da costante stato di ansia e di paura"*⁹. Come plasticamente emerge dalla massima citata, ai fini dell'applicazione del reato di *stalking* la Cassazione richiede espressamente che, nel vigore della nuova norma incriminatrice, siano state poste in essere *almeno alcune delle condotte causalmente rilevanti* ai fini della verifica dell'evento psicologico in cui si concreta la lesione del bene giuridico tutelato.

Insomma, pare potersi serenamente affermare che non vi è nessun indicatore, nella giurisprudenza sui reati abituali, a favore dell'adozione del "criterio dell'evento". Di più, nell'**unica** – per lo meno a quanto costa – **e risalente sentenza** che si è occupata del *tempus commissi delicti* ai fini dell'applicazione del principio di irretroattività sfavorevole nei reati d'evento, la Cassazione **ha preso con decisione posizione a favore del "criterio della condotta"**: *"nel caso di successione di leggi penali che regolano la stessa materia, la legge da applicare è quella vigente al momento dell'esecuzione dell'attività del reo e non già quella del momento in cui si è verificato l'evento che determina la consumazione del reato"* (Cass. pen., sez. IV, 5 ottobre 1972, n. 8448, imp. Bartesaghi).

4.

Prospettive sui rimedi esperibili dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Nel precedente paragrafo è stato messo in luce come l'approccio seguito dalla sentenza in commento – vale a dire l'individuazione della legge penale applicabile sulla scorta del "criterio dell'evento" – si sia tradotto in una violazione del principio di irretroattività *in malam partem*, sancito tanto dalla Carta Costituzionale (art. 25 Cost.) quanto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 7 Cedu). Si tratta, a questo punto, di valutare quali siano – se ve ne sono – i **rimedi esperibili** da parte dei due soggetti condannati nel caso di specie per ottenere una sentenza in linea con le garanzie loro spettanti ai sensi della Costituzione italiana e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

4.1.

Giudicato illegittimo e ricorso a Strasburgo.

Nella prospettiva dei rimedi esperibili, la circostanza che si abbia a che fare con una **sentenza di condanna definitiva** – appunto perché confermata in sede di giudizio di legittimità – costituisce, al contempo, **un limite ed un'opportunità**: un limite, in ragione dell'esaurimen-

⁹ Cass. pen., sez. V, 6 novembre 2012, n. 10388, Rv. 255330; in senso conforme, Cass. pen., sez. V, 12 febbraio 2014, 18999, Rv. 260410; Cass. pen., sez. V, 14 luglio 2014, n. 46510.

to delle vie di ricorso interne, e della conseguente formazione del giudicato; un'opportunità, perché proprio tale esaurimento costituisce a sua volta il presupposto per presentare **ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso in esame per violazione del diritto all'irretroattività della norma penale sfavorevole di cui all'art. 7 Cedu**, dischiudendo così le porte di una nuova – ed ultima – istanza dinanzi alla quale lamentare la violazione in esame ed ottenere, in caso di sentenza favorevole, anche la possibilità di una rideterminazione della pena in sede nazionale.

A tale proposito, va preliminarmente ricordato che la capacità del diritto di Strasburgo di travolgere il giudicato nazionale non deve affatto sorprenderci: trattasi infatti di un risultato fondato sia su **ragioni di ordine assiologico**, giacché è evidente che le esigenze sottese alla tutela dei diritti fondamentali debbano prevalere su quelle di economia processuale e di certezza dei cd. rapporti giuridici esauriti¹⁰; sia su ragioni di sistema, giacché il già menzionato **meccanismo del previo esaurimento delle vie di ricorso interne** comporta che le sentenze della Corte europea siano **fisiologicamente** destinate ad incidere anche su sentenze nazionali passate in giudicato, allorché il contenuto di quest'ultime si traduca in una perdurante lesione di un diritto fondamentale¹¹.

Il principio per cui il **giudicato penale deve arretrare** a fronte dell'esigenza di far cessare la **violazione in atto di un diritto fondamentale riconosciuto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo**, è maturato nel corso di una lunga evoluzione giurisprudenziale, sulla quale non ci attarderemo in questa sede¹². Con specifico riferimento alle violazioni relative all'applicazione della legge penale nel tempo, il fenomeno della recessività del giudicato è emerso nel **caso Scoppola**, ossia sul versante dell'art. 7 Cedu relativo al **diritto all'applicazione retroattiva della norma penale favorevole**. Prendendo le mosse dal tale vicenda, nel prosieguo si intende dimostrare come il giudicato possa essere scalfito anche, e *a fortiori*, quando si tratti di fare cessare una violazione in atto del preminente **diritto all'irretroattività della norma penale sfavorevole**.

4.2.

Dal caso Scoppola al caso in esame.

Alla luce di quanto appena premesso, conviene riassumere sinteticamente i passaggi fondamentali del caso *Scoppola*¹³, evidenziandone il rilievo ai fini della risoluzione del diverso quesito che ci occupa in questa sede.

Dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo il sig. Scoppola lamentava di non avere potuto beneficiare del trattamento sanzionatorio più favorevole tra tutti quelli succedutisi a partire dal momento nel quale aveva commesso i fatti costituenti reato (omicidio volontario,

¹⁰ In proposito, v. le riflessioni di VIGANÒ, *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 18 aprile 2012; v. anche TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. pen. cont.*, 2 aprile 2015. Il rango superiore dei diritti fondamentali rispetto alle esigenze – anch'esse meritevoli di tutela ai sensi della Costituzione – sottese al giudicato, è ormai pacificamente riconosciuto in Italia nella giurisprudenza di merito e di legittimità, come ci si accinge ad evidenziare nel prosieguo (v. *infra*, par. 4.2.)

¹¹ Lo rilevava già Cass. pen., sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678, ric. Somogy, come segnalano GRASSO-GIUFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2015.

¹² Si rinvia, sul punto, alla sintetica ma esaustiva disamina condotta da GRASSO e GIUFFRIDA nel contributo citato alla nota precedente, pp. 2-20.

¹³ Per un quadro d'insieme, v. LAMARQUE-VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014; VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, in *questa Rivista*, n. 1/2014, pp. 250-259.

tentato omicidio e altri reati contro la persona) fino alla sentenza definitiva di condanna¹⁴. Con la sentenza del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia* (n. 2), la Corte di Strasburgo accoglieva il ricorso, accertando la **violazione del diritto del ricorrente all'applicazione retroattiva della norma penale favorevole**, diritto che in quella stessa occasione per la prima volta la Corte europea affermava essere incorporato nell'art. 7 Cedu¹⁵. A **livello nazionale**, l'adeguamento della pena inflitta a Scoppola al *dictum* della Corte europea comportava necessariamente il **superamento del giudicato**: a ciò provvedeva **direttamente la Corte di Cassazione**¹⁶, adita da Scoppola attraverso il ricorso straordinario **ex 625-bis c.p.p.**, sul presupposto *"dell'iniurità e dell'ineseguibilità del giudicato per il fatto nuovo costituito dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"*. La stessa Cassazione **peraltro suggeriva**, quale sede ideale *pro futuro* per il ricalcolo di pene illegittime divenute definitive, il **giudizio di esecuzione**.

Quest'ultima indicazione, relativa allo strumento per ottenere materialmente il ricalcolo della pena, sarebbe stata successivamente raccolta nella vicenda dei **cd. "fratelli minori" di Scoppola**¹⁷ (così la dottrina¹⁸ ha ribattezzato coloro che, pur avendo subito una violazione dell'art. 7 Cedu identica a quella lamentata da Scoppola, non avevano tempestivamente presentato ricorso a Strasburgo¹⁹). Nell'ambito di tale complessa vicenda, infatti, le Sezioni Unite *Ercolano*²⁰ hanno affermato che la rideterminazione della pena a favore dei "fratelli minori" potesse essere appunto effettuata da parte del **giudice dell'esecuzione**, organo in capo al quale le stesse Sezioni Unite hanno riconosciuto in quell'occasione **"ampi margini di manovra"**, ossia poteri non circoscrivibili alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, bensì incidenti anche sul contenuto di esso, **"allorquando imprescindibili esigenze di giustizia,**

¹⁴ Riassumiamo, a beneficio dei lettori, i passaggi essenziali della vicenda *Scoppola*. I fatti all'origine del ricorso, in estrema sintesi, possono essere così riassunti:

i) il sig. Scoppola aveva commesso un reato punibile con l'ergastolo nel 1999, quando cioè l'art. 442 c.p.p. escludeva tale categoria di reati dal giudizio abbreviato;

ii) nel 2000 entrava in vigore la cd. legge Carotti, che estendeva il rito abbreviato anche ai reati puniti con l'ergastolo, prevedendo in caso di condanna la sostituzione della pena perpetua con quella a trent'anni di reclusione;

iii) sul finire dello stesso anno, un nuovo intervento del legislatore precisava, in via di "interpretazione autentica", che, nei casi di condanna all'ergastolo *con isolamento* diurno, il beneficio connesso al rito speciale dovesse consistere – non già nella reclusione pari a trent'anni, bensì – nell'ergastolo *senza isolamento* diurno;

iv) il sig. Scoppola, che nel vigore della legge *sub ii)* aveva scelto il rito abbreviato, veniva condannato con sentenza definitiva non già a trent'anni di reclusione (pena sulla quale aveva fatto affidamento al momento della scelta del rito, e che risultava applicabile al reato da egli commesso nel 1999 in forza del principio di retroattività favorevole), bensì all'ergastolo *senza* isolamento diurno, in conformità alle indicazioni contenute nella sopravvenuta legge *sub iii)*.

Dinanzi alla Corte europea, il sig. Scoppola lamentava di non aver beneficiato dell'applicazione retroattiva della legge in vigore *sub ii)*, ossia della legge più favorevole tra tutte quelle succedutesi nel tempo. Come già anticipato, la Corte europea condannava l'Italia per violazione dell'art. 7 Cedu, ricavando per la prima volta da tale norma convenzionale il diritto all'applicazione retroattiva della legge più favorevole.

¹⁵ Cfr. GAMBARDILLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte Europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 2020-2047.

¹⁶ Cass. pen., sez. V, 28 aprile 2010, n. 16507, Scoppola, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3389 ss. con nota di MUSIO, *Il "caso Scoppola" dalla Corte europea alla Corte di Cassazione* (quest'ultima in *Cass. pen.*, 2011, pp. 208-218); e in *Giur. It.*, 2010, 2643-2649, con nota di FURFARO, *L'esecuzione delle decisioni europee di condanna: riflessioni sullo stato dell'arte anche in prospettiva di scelte normative*.

¹⁷ Volendo sintetizzare al massimo tale complessa questione, si può prendere le mosse dall'ordinanza con la quale le Sezioni Unite, investite della questione relativa alla possibilità, per il giudice dell'esecuzione, di rideterminare la pena anche a favore di coloro che non avevano presentato ricorso a Strasburgo (i cd. "fratelli minori" di Scoppola), sollevavano questione di legittimità costituzionale della norma che precludeva a tali soggetti l'accesso alla pena più favorevole (ossia la norma di "interpretazione autentica" della Legge Carotti: v. *supra*, nota n. 14, passaggio *sub iii)*), per violazione dell'117 Cost., in combinato disposto con l'art. 7 Cedu assunto quale parametro interposto di legittimità. La questione veniva accolta dalla Consulta (sent. 210 del 2013), che dichiarava illegittima la norma censurata ed in tal modo otteneva il risultato di estendere *erga omnes* gli effetti della sentenza *Scoppola c. Italia* (Cfr. LAMARQUE-VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, cit.; PECORELLA, *Dichiarata finalmente illegittima la norma del caso Scoppola: lex mitior o tutela dell'affidamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1423 ss.; ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, in questa Rivista, n. 4/2013; SCOLETTA, *Norme penali convenzionalmente illegittime e questioni incidentali di legittimità in sede esecutiva, il dogma del giudicato sul viale del tramonto*, in *Federalismi.it*, n. 1/2014). A seguito della pronuncia della Corte Costituzionale, la palla tornava dunque alle SS.UU., le quali riconoscevano in capo al giudice dell'esecuzione i poteri necessari a ri-determinare la pena anche a favore dei "fratelli minori" di Scoppola (Cass. pen., Sez. Un., sent. 24 ottobre 2013, n. 18821, *ric. Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 12 maggio 2014, con note di VIGANÒ, *Pena illegittima e giudicato. Riflessioni in margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga dei "fratelli minori" di Scoppola*, cit.; e di BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, 16 maggio 2014).

¹⁸ V. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2012; PUGIOTTO, *Scoppola e i suoi fratelli (L'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, Cedu e Costituzione)*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2013, 4.

¹⁹ Cfr. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012.

²⁰ Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2013, n. 18821, *Ercolano*, cit.

*venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano*²¹.

Ebbene, lo **schema “bifasico”** di tutela seguito nel caso *Scoppola* ed in quello dei suoi “fratelli minori” (i.e., ricorso a Strasburgo finalizzato all'accertamento della violazione del diritto fondamentale e successiva modifica del giudicato *in executivis*) ci pare *a fortiori* percorribile nel caso qui in esame, avente ad oggetto un diritto, quello all'irretroattività sfavorevole, generalmente considerato di rango superiore rispetto a quello alla retroattività favorevole²².

Per i due soggetti condannati a pena definitiva dalla sentenza in esame, dunque, il prossimo *step* dovrebbe consistere nel presentare tempestivo ricorso alla Corte europea, lamentando la **violazione dell'art. 7 sul versante del diritto all'irretroattività della norma penale sfavorevole**. Quindi, qualora il ricorso venisse accolto dalla Corte europea, il successivo *step* consisterebbe – secondo quanto indicato dalla stessa Cassazione nelle sentenze *Scoppola* e *Ercolano* – nell'azionare dinanzi al giudice ordinario italiano un **incidente di esecuzione ex artt. 666, 670 c.p.p. volto al ricalcolo della pena** ai sensi della più mite cornice edittale vigente al momento della condotta.

Nel quadro dei già rammentati ampi poteri di accertamento e valutazione ormai riconosciuti al giudice dell'esecuzione, non si vedono ostacoli rispetto alla possibilità **ri-commisurare ex novo la pena all'interno della cornice edittale applicabile al momento della condotta**, naturalmente sulla scorta degli accertamenti di merito compiuti dal giudice di cognizione. A quest'ultimo proposito, occorre evidenziare come, di recente, la Suprema Corte sia tornata sul tema dei margini di manovra del giudice dell'esecuzione, ribadendone l'ampiezza sancita con la sentenza *Ercolano*, ma al contempo fissandone il **limite** nel fatto che **le valutazioni di merito operate dal giudice dell'esecuzione non contraddicano quelle già effettuate dal giudice della cognizione**²³. Il che significa, con riferimento al caso qui in esame, che, ai fini della ri-commisurazione della pena all'interno del più favorevole quadro edittale vigente al momento della condotta, il giudice dell'esecuzione dovrà attenersi alle valutazioni già effettuate dal giudice di cognizione ai sensi dell'art. 133 c.p.

Giova infine sottolineare che, quandanche si abbia a che fare, come spesso accade nel settore della responsabilità penale per malattie professionali lungolatenti, con **condanne a pene detentive che si attengono ai minimi edittali, e che per lo più non vengono eseguite** (ad esempio in ragione della concessione della sospensione condizionale), comunque l'ulteriore mitigazione della pena per effetto del ricalcolo *in executivis* potrà esplicare **altri effetti favorevoli** rispetto – ad esempio – alla non menzione nel casellario, ad una futura nuova concessione della sospensione condizionale, all'applicabilità dell'interdizione temporanea *ex artt. 31 e 33 co. 2 c.p.*, e via dicendo.

²¹ Così Cass. pen., ric. *Ercolano*, cit. Il discorso va inserito nel più ampio tema dei poteri riconosciuti al giudice dell'esecuzione da parte del nuovo codice di rito, il quale ha superato il precedente rigido sistema degli incidenti di esecuzione intesi come *numerus clausus*, a favore di un modello teso ad assegnare al giudice dell'esecuzione la funzione di organo che conosce tutte le questioni attinenti al titolo esecutivo, comprese quelle non espressamente previste dal legislatore, nell'ambito dell'ordinario incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p.p.* e dell'udienza di cui all'art. 666 c.p. (cfr. CAPRIOLI-VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, Giappichelli, 2009, p. 243 ss.; VIGONI, *I procedimenti dell'esecuzione penale*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, III, 2010, 141). L'attenzione per questo tema è cresciuta parallelamente all'evolvere di alcune vicende che hanno progressivamente rimesso in discussione la tradizionale “rigidità” del giudicato penale, e di riflesso il tema della rideterminazione della pena *in executivis*. A tale proposito meritano di essere ricordate – oltre ovviamente al caso *Scoppola* ed a quello dei suoi “fratelli minori” – la vicenda scaturita dalla dichiarazione di incostituzionalità della cd. aggravante della clandestinità da parte di C. Cost. n. 249 del 2010 (cfr. Cass. pen., sez. I, 27.10.2011, n. 977, Hauohu, in *Dir. pen. cont.*, 19 gennaio 2012, con nota di SCOLETTA, *Aggravante della clandestinità: la Cassazione attribuisce al giudice dell'esecuzione il potere di dichiarare la non eseguibilità della porzione di pena riferibile all'aggravante costituzionalmente illegittima*; Cass. pen., 24 febbraio 2012, n. 19361, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2012, con nota di GATTA, *Ancora sulla non eseguibilità della porzione di pena inflitta per effetto dell'applicazione della cd. aggravante della clandestinità*); nonché la vicenda avente ad oggetto il problema della rideterminazione *in executivis* della pena a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale (pronunciata da C. Cost. n. 251 del 2012) del divieto di prevalenza dell'attenuante della “lieve entità” di sostanza stupefacente (art. 73, co. 5 D.P.R. n. 309 del 1990) sulla recidiva reiterata (Cass. pen., Sez. Un., sent. 14 ottobre 2014, n. 42858, ric. PG in proc. Gatto, in *Dir. pen. cont.*, 16 ottobre 2014, con note di ROMEO, *Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena “incostituzionale”* (17.10.2014) e RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona* (22.12.2014); nonché in *Dir. pen. proc.*, 2015, 2, 173 ss., con nota di PECORELLA, *La rideterminazione della pena in sede di esecuzione: le Sezioni Unite danno un altro colpo all'intangibilità del giudicato*). Su quest'ultima vicenda, v. anche RICCARDI, *Giudicato penale e “incostituzionalità” della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. cont.*, 26 gennaio 2015. Ulteriore casistica in materia di rimozione del giudicato viene esaminata da VIGANÒ, *Figli di un dio minore?*, cit., pp. 255-258, che affronta il tema dei poteri di rideterminazione della pena *in executivis* rispetto ad una molteplicità di situazioni diverse.

²² Sul punto, v. MANES, *Il giudice nel labirinto*, Dike Giuridica Ed., 2012, pp. 138-140 (l'A. mette in luce come, nell'attuale quadro delle fonti sovranazionali, il principio di retroattività favorevole stia subendo un processo di “lievitazione” verso un rango assimilabile al principio di irretroattività sfavorevole: si tratta evidentemente di una conclusione che non nuoce alla tesi qui in esame, basata sul solo principio di irretroattività sfavorevole, della cui collocazione ai massimi ranghi nessuno naturalmente dubita).

²³ Cass. pen., Sez. Un., sent. 14 ottobre 2014, n. 42858, ric. Gatto, cit.

5.

Conclusioni e prospettive future.

Se si considerano, congiuntamente, la lunghissima latenza del mesotelioma pleurico e la circostanza che tale tumore possa essere indotto anche a bassissime soglie di esposizione all'amianto, ossia in situazioni purtroppo ancora molto frequenti in Italia a causa delle incompiute bonifiche, diventa facile prevedere che **la questione affrontata dalla sentenza in esame tornerà presto, e a più riprese, ad affacciarsi nelle aule dei tribunali nostrani.**

Rispetto a questi nuovi casi, **si auspica che la giurisprudenza ripensi l'orientamento espresso nella sentenza qui commentata**, e proceda all'individuazione del *tempus commissi delicti* abbracciando il **"criterio della condotta"**, ossia adottando un'interpretazione dell'art. 2 co. 4 c.p. conforme alla Costituzione ed alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in linea con l'unanime approdo ermeneutico cui da tempo è pervenuta la dottrina. In quest'ottica, è evidente che l'eventuale **accoglimento di un ipotetico ricorso a Strasburgo**, ossia l'accertamento della violazione dell'art. 7 Cedu da parte dell'interprete qualificato della Convenzione, potrebbe esplicare effetti più ampi rispetto a quello, immediato, di offrire al singolo ricorrente la base giuridica per una rideterminazione della pena *in executivis*, quanto meno perché contribuirebbe ad **orientare le future scelte ermeneutiche operate dalla nostra giurisprudenza rispetto ai casi analoghi a quello esaminato.**

Solo un cenno finale – riservandoci eventualmente di tornare sulla questione in futuro – a proposito dell'estendibilità *erga omnes* degli effetti di un'eventuale pronuncia della Corte europea che dovesse accertare la violazione dell'art. 7 Cedu nel caso in esame: **quale potrebbe essere la rilevanza di una tale pronuncia nei confronti di coloro che, pur avendo subito una violazione dell'art. 7 Cedu analoga a quella qui esaminata, non abbiano tempestivamente presentato ricorso a Strasburgo?** La domanda, in altre parole, è se, una volta che un primo ricorrente abbia per ipotesi ottenuto una sentenza favorevole (sulla base della quale abbia poi richiesto in sede nazionale la rideterminazione della pena), possa riconoscersi ad altri soggetti nelle sue stesse condizioni la facoltà di **agire direttamente, omisso medio, dinanzi al giudice dell'esecuzione, facendo valere il fatto nuovo rappresentato dall'intervenuto accertamento della violazione da parte della Corte di Strasburgo**, e chiedendo il ricalcolo della pena. Ebbene, a prima vista ci pare che la risposta a tale quesito possa essere affermativa.

Vero è che, come visto, nella vicenda relativa ai cd. **"fratelli minori" di Scoppola**, le Sezioni Unite avevano subordinato l'estensione *erga omnes* della sentenza di Strasburgo ad una previa pronuncia della Corte Costituzionale, alla quale era stata a tal fine sollevata questione di legittimità *ex artt.* 117 Cost. e 7 Cedu. Ma è altrettanto vero che, in quel caso, l'intervento della Consulta era reso necessario dal fatto che la violazione del diritto fondamentale di cui all'art. 7 Cedu discendeva da una **norma di legge** contrastante con la Convenzione, norma che – nel sistema delineato dalle **"sentenze gemelle" n. 348 e 349 del 2007** – il giudice ordinario **non era legittimato a disapplicare**. Nel caso qui in oggetto, viceversa, la violazione del diritto fondamentale – ammesso che qualcuno presenti ricorso e ammesso che la Corte europea rilevi la violazione dell'art. 7 – discenderebbe da un **errore di interpretazione del concetto di "tempo del commesso reato"** racchiuso nell'art. 2 co. 4 c.p. Ebbene, posto che tale disposizione è muta in ordine ai criteri di individuazione del *tempus commissi delicti*, per l'interprete non si porrebbe un problema di disapplicazione, risultando al contrario possibile – oltre che doveroso, sempre in conformità alle indicazioni fornite dalle già ricordate "sentenze gemelle"²⁴ – mutuare **in via ermeneutica** i criteri che presiedono all'individuazione del *tempus commissi delicti* direttamente dal diritto di Strasburgo – in particolare, dalla stessa sentenza della Corte europea che per ipotesi avesse accertato la violazione in esame – e dunque anche **procedere de plano – senza cioè bisogno di un nuovo, e ripetitivo, ricorso a Strasburgo – al ricalcolo della sanzione sulla base della cornice editale corretta** (ossia quella vigente al momento della condotta). Il fondamento normativo di tale operazione potrebbe essere individuato nell'**art. 46 della Convenzione europea**, che fissa per gli Stati aderenti alla Convenzione l'obbligo di conformarsi alle pronunce della Corte europea, eliminando le conseguenze pregiudizievoli che discendono dalla violazione dei diritti fondamentali. Come riconosciuto dalla stessa Corte Costituzionale

²⁴ Per un aggiornato inquadramento del tema, si vedano, per tutti, MANES, *Il giudice nel labirinto*, pp. 43-90; VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014.

nella sent. 210/2013²⁵, infatti, l'obbligo di *restitutio in integrum* deve essere implicitamente esteso anche a beneficio di coloro che abbiano subito una violazione identica a quella accertata dalla Corte europea nel caso concreto oggetto del ricorso, senza necessità che ottengano a loro volta una sentenza favorevole a Strasburgo.

Del resto, anche qualora si preferisse seguire la strada dei “fratelli minori” di Scoppola, sollevando cioè questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 co. 4 c.p. per violazione degli artt. 117 Cost. e 7 Cedu, la superfluità di tale operazione si concretizzerebbe in una pronuncia di **inammissibilità** da parte della Consulta, in omaggio al principio secondo cui una norma deve essere dichiarata illegittima non già ogniqualvolta sia possibile darne un'interpretazione incostituzionale, ma soltanto laddove non sia possibile darne un'interpretazione conforme alla Costituzione.

²⁵ Si tratta della citata sentenza relativa ai cd. “fratelli minori” di Scoppola, v. *supra*, nota n. 19.



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

www.penalecontemporaneo.it