



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
UFFICIO DEL MASSIMARIO

Rassegna
della giurisprudenza di legittimità

Gli orientamenti delle Sezioni Penali

VOLUME I

Anno 2021

La giurisprudenza delle Sezioni Penali

Anno 2021

DIRETTORE: *Maria Acierno*

VICE-DIRETTORE: *Gastone Andreaazza*

COORDINATORE: *Gennaro Sessa*

hanno collaborato alla redazione

Autori: Maria Cristina Amoroso, Elena Carusillo, Alessandro D'Andrea, Paolo Di Geronimo, Fulvio Filocamo, Vincenzo Galati, Mariaem Manuela Guerra, Anna Mauro, Marzia Minutillo Turtur, Andrea Nocera, Paola Proto Pisani, Stefania Riccio, Andrea Antonio Salemme, Gennaro Sessa, Debora Tripiczione e Andrea Venegoni.

INDICE GENERALE

VOLUME I

PRESENTAZIONE.....	XXIII
--------------------	-------

PARTE PRIMA

QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I IL REATO

CAPITOLO I

RESPONSABILITÀ

LE RISPOSTE ALLE ESIGENZE DI DETERMINATEZZA CONNESSE ALLA RESPONSABILITÀ PENALE COLPOSA: LA DELIMITAZIONE DELLA SFERA GOVERNATA DAL GESTORE DEL RISCHIO E LA PREDETERMINAZIONE DELLA REGOLA CAUTELARE VIOLATA

(PAOLA PROTO PISANI)

1. La progressiva delimitazione della responsabilità per colpa attraverso l'esatta individuazione della sfera di rischio governata e della regola cautelare violata.	1
2. Il rischio lavorativo quale limite alla responsabilità penale nel settore della prevenzione degli infortuni sul lavoro: l'esclusione della responsabilità in ragione dell'attivazione da parte del lavoratore di un "rischio eccentrico" rispetto a quello governato dal titolare della posizione di garanzia.	3
3. La concretizzazione del rischio lavorativo quale presupposto della configurabilità della circostanza aggravante del "fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" e di una responsabilità per violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro per gli eventi occorsi ai terzi, diversi dai lavoratori. Il "caso Viareggio".....	5
4. La colpa generica "integratrice" e "derogatrice" e le connesse esigenze di determinatezza della responsabilità penale colposa.	8
Indice delle sentenze citate	10

CAPITOLO II

CIRCOSTANZE

CIRCOSTANZE "PRIVILEGIATE" E GIUDIZIO DI COMPARAZIONE

(ANDREA NOCERA)

1. La questione controversa.....	11
2. I termini del contrasto giurisprudenziale.	12
3. Natura e regime delle circostanze "privilegiate".	13
4. Le modalità di svolgimento del giudizio di comparazione.	15
Indice delle sentenze citate	18

CAPITOLO III

COMMISSIONE DEL FATTO IN TEMPO DI NOTTE E CIRCOSTANZA AGGRAVANTE DELLA MINORATA DIFESA

(MARIA CRISTINA AMOROSO)

1. Premessa.....	19
2. La Giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa.....	19
3. Le Sezioni Unite n. 40275 del 15/07/2021, Cardellini Erik Alexander, Rv. 282095.....	21
4. Il contenuto della pronuncia.....	22
Indice delle sentenze citate	25

CAPITOLO IV

CRITERI DI COMPUTO DELLA CONTINUAZIONE E MOTIVAZIONE DEGLI AUMENTI

(PAOLO DI GERONIMO)

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.....	27
2. La valorizzazione del dato normativo.....	29
3. Le puntualizzazioni contenute nella sentenza "Sebbar".....	29
4. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.....	30
4.1. L'obbligo di motivazione sull'entità degli aumenti.....	30
Indice delle sentenze citate	32

CAPITOLO V

REATO COMPLESSO

LA CONFIGURABILITÀ DEL REATO COMPLESSO NELL'IPOTESI DI ATTI PERSECUTORI SEGUITI DA OMICIDIO DELLA VITTIMA

(STEFANIA RICCIO)

1. Il principio di diritto.....	33
2. I termini del contrasto.....	33
2.1 L'orientamento a favore del concorso di reati.....	33
2.2. L'orientamento che ravvisa un concorso apparente di norme.....	34
3. La soluzione delle Sezioni Unite.....	37
Indice delle sentenze citate	43

SEZIONE II

CAUSE DI NON PUNIBILITÀ E DI GIUSTIFICAZIONE

CAPITOLO I

L'APPLICABILITÀ DELLA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ DI CUI ALL'ART. 384, COMMA 1, COD. PEN. AL CONVIVENTE *MORE UXORIO*

(DEBORA TRIPICCIÓN)

1. Premessa.....	45
2. Il contrasto.....	45
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite: l'art. 384 cod. pen. quale causa di esclusione della colpevolezza e la sua applicabilità analogica al convivente <i>more uxorio</i>	48
Indice delle sentenze citate	54

SEZIONE III REATI DEL CODICE PENALE

DELITTI CONTRO PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

CAPITOLO I

CONFIGURABILITÀ DEL PECULATO ED OMESSO VERSAMENTO DEL PRELIEVO UNICO ERARIALE

(*PAOLO DI GERONIMO*)

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.	55
2. La tesi favorevole alla configurabilità del peculato.	56
2.1. Le indicazioni provenienti dalle Sezioni Unite civili.	58
2.2. La giurisprudenza della Corte dei Conti.	60
3. L'orientamento contrario.	61
4. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.	63
Indice delle sentenze citate.	66

CAPITOLO II

L'ABUSO DI UFFICIO: LA MODIFICA NORMATIVA DEL 2020 E LE INTERPRETAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA

(*STEFANIA RICCIO*)

1. L'evoluzione normativa dell'istituto. Gli elementi di struttura della fattispecie incriminatrice.	67
2. Il contenuto della norma violata: specificità e limite della discrezionalità.	68
3. Gli ulteriori requisiti della regola di condotta: norme costituzionali e norme subprimarie.	71
4. La mancata incidenza della novella sulla violazione del dovere di astensione.	73
Indice delle sentenze citate.	75

CAPITOLO III

TRAFFICO DI INFLUENZE

(*STEFANIA RICCIO*)

1. La nozione di mediazione illecita.	77
2. La mediazione qualificata.	81
3. Traffico di influenze e millantato credito.	82
3.1. La tesi della continuità normativa.	82
3.2. La tesi della discontinuità. La configurabilità del reato di truffa.	85
Indice delle sentenze citate.	87

DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO

CAPITOLO IV

RECIDIVA AGGRAVATA E PROCEDIBILITÀ D'UFFICIO

(*ANDREA NOCERA*)

1. Premessa.	89
2. Il contrasto.	89
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.	91
Indice delle sentenze citate.	97

DELITTI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

CAPITOLO V

PERCORSI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Possibilità che attività formalmente lecite entrino nel programma criminoso delle associazioni di tipo mafioso.	99
2. Implicazioni di struttura.	100
3.1. Intimidazione esterna	101
3.2. (Segue) ... con particolare riferimento alle mafie etniche.	102
4. Articolazioni territoriali delle associazioni di tipo mafioso, partecipazione all'una o all'altra ed immutazione del fatto ai sensi dell'art. 521 cod. proc. pen.	103
5.1. L'apparente paradosso del rinverdire del tema della carica intimidatoria con riferimento a derivazioni di 'ndrangheta nei territori di originaria insistenza.	104
5.2. (Segue) "Mafiosità" dei sodalizi attivi nei territori di storico radicamento.	104
5.3. (Segue) La 'ndrangheta associazione armata.	106
5.4. (Segue) L'aggravante del sesto comma dell'art. 416-bis cod. pen.	108
6. Successione di gruppi criminali.	108
7.1. Condotta di partecipazione in generale.	110
7.2. Permanenza: introduzione.	112
7.3.1. Permanenza: profili problematici. Susseguirsi di condotte partecipative.	112
7.3.2. (Segue) Continuazione tra condotte partecipative.	112
7.3.3. (Segue) Continuazione tra condotte partecipative.	113
7.4. Eccezionale rilevanza penale di fatti anteriori all'eventuale permanenza: lo scambio elettorale politico-mafioso.	115
7.5. Perdurante messa a disposizione, aggravamento del trattamento sanzionatorio ed oneri della pubblica accusa.	115
7.6.1. Partecipazione e favoreggiamento.	116
7.6.2. Favoreggiamento ed aggravante dell'agevolazione mafiosa.	117
7.7. Possibile cessazione della permanenza.	118
8.1. Quattro ultimi profili problematici. Il "postino di mafia"	119
8.2. Responsabilità delle figure di vertice (ed in specie dei componenti degli organi deliberativi di cosa nostra) per i reati-fine.	120
8.3. Misure di sicurezza.	122
8.4.1. Presunzione di cui all'art. 275, comma 3, secondo periodo, cod. proc. pen.: introduzione.	123
8.4.2. (Segue) Ambito di applicabilità della presunzione.	124
8.4.3. (Segue) Presunzione (relativa) di sussistenza delle esigenze cautelari.	124
Indice delle sentenze citate	126

CAPITOLO VI

AFFILIAZIONE RITUALE, GRAVE INDIZIO DI PARTECIPAZIONE AD ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO. ANALISI DEGLI SNODI PRINCIPALI DELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA N. 36958 DEL 2021 E SPUNTI DI RIFLESSIONE

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

1. Introduzione.	129
2.1. Orientamenti in contrasto. L'orientamento causale-agevolatorio.	130
2.2. (Segue) L'orientamento organizzatorio puro.	130
2.3. (Segue) L'orientamento misto.	131
3. Principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite e rilievi in ordine al loro inquadramento.	131
4. Rapporti logici tra definizione della condotta partecipativa e rilevanza dell'affiliazione rituale.	132
5. Essenziale "spessore probatorio" della sentenza delle Sezioni Unite.	133
6. Problemi inerenti all'afferenza della sentenza ad un procedimento <i>de libertate</i>	134
7. Affiliazione rituale, grave indizio di (colpevolezza in ordine alla) partecipazione.	134

8. Possibile incidenza, sull'interpretazione della portata della sentenza, dei limiti del sindacato di legittimità su un'ordinanza cautelare.....	136
9. Duplice necessità avvertita dalle Sezioni Unite: arginare la deriva dell'affermazione di sufficienza della sola adesione formale e precisare l'imperfetta formulazione dell'art. 416, comma primo, cod. pen.....	136
10.1. Osservazioni su detta duplice necessità. Quanto al primo profilo	137
10.2. (Segue) ... e quanto al secondo.	137
10.3. (Segue) ... con particolare riguardo alla non coincidenza tra la sentenza in commento e gli arresti precedenti.....	138
11. Natura del reato di cui all'art. 416-bis cod. pen. secondo le Sezioni Unite.	139
12. Affermata dimensione di "danno" e rilievi critici.....	140
13.1. Condotta di partecipazione: il richiamo delle Sezioni Unite alla sentenza Mannino 2.....	141
13.2. Lettura della sentenza Mannino 2 proposta dalle Sezioni Unite.....	141
13.3. Duplice conclusione, sostanziale e processuale, che le Sezioni Unite ricavano dalla sentenza Mannino 2.....	143
14. Affiliazione rituale e necessità, secondo le Sezioni Unite, di conferme derivanti da «condotte di militanza associativa».....	143
15. Prospettive conclusive di riflessione.	144
Indice delle sentenze citate	148

DELITTI CONTRO LA PERSONA

CAPITOLO VII

L'UTILIZZO DEI "SOCIAL" A FINI ILLECITI

(ANDREA NOCERA)

1. Premessa: i social network da strumenti di comunicazione a mezzi di offesa.	149
2. La diffamazione a mezzo social.....	150
3. Tutela del diritto all'immagine sui social: configurabilità del concorso tra i reati di sostituzione di persona e di illecito trattamento dei dati.....	158
4. L'utilizzo dei social network nel reato di pornografia minorile.....	160
5. <i>Social network</i> e reato di atti persecutori.....	162
Indice delle sentenze citate	166

SEZIONE IV LEGISLAZIONE COMPLEMENTARE

CIRCOLAZIONE STRADALE

CAPITOLO I

QUESTIONI IN TEMA DI GUIDA IN STATO DI EBBREZZA

(PAOLA PROTO PISANI)

1. Il contrasto in ordine all'obbligo di dare avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia al conducente che rifiuti di sottoporsi all'alcoltest	169
2. La forma dell'avviso e la prova dell'adempimento dell'obbligo di cui all'art. 114 disp. att. cod. proc. pen.....	172
3. L'onere della prova del funzionamento dell'etilometro.	173
Indice delle sentenze citate	177

REATI TRIBUTARI

CAPITOLO II

QUESTIONI IN TEMA DI REATI TRIBUTARI

(GENNARO SESSA)

1. Premessa.....	179
2. Le pronunzie relative al delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000).....	179
3. La pronunzia relativa al delitto di omessa dichiarazione (art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000).....	181
4. La pronunzia relativa al delitto di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. n. 74 del 2000).....	181
5. La pronunzia relativa al delitto di occultamento di documenti contabili (art. 10 d.lgs. n. 74 del 2000).	182
6. Le pronunzie relative al delitto di omesso versamento di IVA (art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000).	183
7. La pronunzia relativa al delitto di indebita compensazione (art. 10-quater d.lgs. n. 74 del 2000).	185
8. Le pronunzie relative al delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000).....	186
9. Le pronunzie relative alle previsioni dell'art. 13-bis d.lgs. n. 74 del 2000.	187
10. La pronunzia relativa alla previsione dell'art. 20, comma 2, legge n. 44 del 1999.	189
Indice delle sentenze citate	190

REATI EDILIZI

CAPITOLO III

QUESTIONI IN TEMA DI DEMOLIZIONE DI OPERE ABUSIVE

(MARIA CRISTINA AMOROSO).....

1. Il principio di proporzionalità nell'esecuzione dell'ordine di demolizione ex art. 31 comma 9 d.lgs. 380 del 2001.	191
2. Omessa pronuncia dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo nella sentenza di condanna per reati edilizi. Rimedio.	195
3. Obbligo di motivazione nell'ipotesi di sospensione condizionale della pena subordinata alla demolizione dell'immobile abusivo.	196
Indice delle sentenze citate	199

ARMI

CAPITOLO IV

RECENTI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ IN TEMA DI ARMI

(VINCENZO GALATI)

1. La nozione di arma.	201
2. Armi da guerra.....	203
3. Custodia delle armi, detenzione, permanenza e concorso di persone.....	204
4. Munizioni e caricatori.....	205
5. Materie esplodenti.....	207
Indice delle sentenze citate	208

REATI MILITARI

CAPITOLO V

RECENTI ORIENTAMENTI IN TEMA DI REATI MILITARI E REATI COMMESSI DA MILITARI IN MISSIONI DI PACE

(ANDREA VENEGONI)

1. Introduzione.....	211
2. Reati comuni.....	212
3. Reati contro l'amministrazione militare.....	212
4. Conflitti di giurisdizione.....	213
5. Reati rientranti nella giurisdizione militare.....	213
6. Reati commessi da militari italiani all'estero in missioni di pace.....	215
Indice delle sentenze citate.....	218

PARTE SECONDA

IL CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ DEL PROFITTO

CAPITOLO I

GLI EFFETTI DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 24 DEL 2019 SUI PROVVEDIMENTI DI CONFISCA IN PREVENZIONE DEFINITIVI

(VINCENZO GALATI)

1. Premessa.....	219
2. La questione controversa.....	220
3. L'origine della questione e la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019.....	223
4. L'orientamento secondo cui, nel caso di misure patrimoniali, è ammessa la revocazione ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011.....	226
5. L'orientamento secondo cui trova applicazione il procedimento di incidente di esecuzione.....	231
6. La seconda parte della questione devoluta alle Sezioni Unite. Il giudizio della Corte di cassazione.....	234
7. Considerazioni finali.....	240
Indice delle sentenze citate.....	241

CAPITOLO II

RECENTI PRONUNCE IN TEMA DI CONTROLLO GIUDIZIARIO DELLE AZIENDE EX ART. 34-BIS DEL CODICE ANTIMAFIA

(MARIAEMANUELA GUERRA)

1. Premessa.....	243
2. Il controllo giudiziario richiesto dal privato: presupposti ed effetti.....	245
2.1. (segue): i poteri accertativi del tribunale della prevenzione.....	247
2.2. (segue): l'occasionalità della agevolazione.....	253
3. Questioni in tema di impugnazione.....	254
Indice delle sentenze citate.....	256

CAPITOLO III

LA VALUTAZIONE DEL PERICULUM IN MORA AI FINI DELL'APPLICABILITÀ DEL SEQUESTRO PREVENTIVO FUNZIONALE ALLA CONFISCA

(DEBORA TRIPICCIÓN)

1. Premessa.....	257
2. Il contrasto ermeneutico: la tesi della sufficienza della sola confiscabilità del bene.....	257
2.1. La tesi della necessità di una motivazione sul <i>periculum in mora</i> in caso di sequestro preventivo funzionale alla confisca facoltativa.....	259
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite: la necessaria motivazione sul <i>periculum in mora</i> in caso di sequestro preventivo funzionale alla confisca ai sensi dell'art. 240 cod. pen.	260
3.1. (Segue) L'eccezione: il sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni di cui all'art. 240, secondo comma, n. 2, cod. pen.	264
Indice delle sentenze citate	266

CAPITOLO IV

LA CONFISCA DEL DENARO

(PAOLO DI GERONIMO)

1. La fattispecie esaminata e le ragioni del contrasto.	269
2. Le pronunce che si sono poste in senso critico rispetto a Sez.U. "Lucci".	270
3. Le premesse di fondo della decisione.	272
4. L'ulteriore sviluppo argomentativo: la peculiare natura del denaro.	274
5. L'irrilevanza della prova della provenienza lecita del denaro.	276
6. Il superamento dei dubbi di costituzionalità e legalità convenzionale.....	277
7. Profitto del reato, accrescimento patrimoniale e reati tributari.	277
Indice delle sentenze citate	279

CAPITOLO V

I BENI CONFISCABILI DAL GIUDICE DELL'ESECUZIONE AI SENSI DELL'ART. 240-BIS COD. PEN.

(ALESSANDRO D'ANDREA)

1. La questione controversa.	281
2. Il primo indirizzo interpretativo.....	282
3. Il secondo orientamento esegetico.	282
4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite.....	283
4.1. Considerazioni preliminari.....	284
4.2. I motivi di adesione al primo orientamento ermeneutico.	285
4.3. Le insufficienti ragioni del secondo indirizzo.....	286
4.4. Il ricorso al criterio della "ragionevolezza temporale".	288
Indice delle sentenze citate	292

VOLUME II
PARTE TERZA
QUESTIONI DI DIRITTO PROCESSUALE

SEZIONE I
GIURISDIZIONE E COMPETENZA

CAPITOLO I

IL RIPARTO TRA POTESTÀ GIURISDIZIONALE ORDINARIA E MILITARE IN CASO DI
REATI CONNESSI: QUESTIONE DI GIURISDIZIONE O COMPETENZA?

(*ANDREA VENEGONI*)

1. La questione.....	293
2. Il caso.....	294
3. Il contrasto.....	295
4. Art 264 cod. pen. mil. Pace, art. 103 Cost. e art. 13, comma 2, cod. proc. pen.....	299
5. La decisione delle Sezioni Unite.....	302
Indice delle sentenze citate.....	303

SEZIONE II
MISURE CAUTELARI

CAPITOLO I

DELITTI COMMESSI CON VIOLENZA ALLA PERSONA, IL TEMA NOTIFICA DELLA
RICHIESTA DI REVOCA O SOSTITUZIONE DELLE MISURE CAUTELARI DI CUI
ALL'ART. 299, COMMA 4-BIS, COD. PROC. PEN. ALLA PERSONA OFFESA

(*MARZIA MINUTILLO TURTUR*)

1. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite.....	305
2. La vicenda processuale.....	305
3. I motivi di ricorso.....	307
4. L'ordinanza di remissione.....	308
5. La giurisprudenza di legittimità sulla prima questione rimessa.....	310
6. La giurisprudenza di legittimità sulla seconda questione rimessa.....	313
Indice delle sentenze citate.....	318

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE SUL DIVIETO DI AVVICINAMENTO AI LUOGHI FREQUENTATI
DALLA PERSONA OFFESA

(*ANNA MAURO*)

1. Premessa.....	321
2. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni unite.....	323
3. I punti essenziali del contrasto.....	324
4. La decisione delle Sezioni unite.....	330
Indice delle sentenze citate.....	334

SEZIONE III PARTECIPAZIONE AL PROCESSO

CAPITOLO I

LA DETENZIONE DELL'IMPUTATO AGLI ARRESTI DOMICILIARI PER ALTRA CAUSA INTEGRA UN LEGITTIMO IMPEDIMENTO A COMPARIRE? UN NODO DA SCIOGLIERE

(ELENA CARUSILLO)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite.....	335
2. Lo scenario del contrasto.....	337
3. La disciplina dell'assenza.....	338
4. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa.....	340
5. La sentenza delle Sezioni Unite "Arena": una traccia per la soluzione della questione.....	340
6. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa: i diversi orientamenti.....	342
7. La giurisprudenza di rilevanza indiretta.....	345
8. La decisione.....	346
Indice delle sentenze citate	348

CAPITOLO II

LA DEDUCIBILITÀ *IN EXECUTIVIS* DELLE NULLITÀ INSANABILI DERIVANTI DALL'OMESSA CITAZIONE IN GIUDIZIO

(ANDREA NOCERA)

1. Le questioni controverse.....	351
2. I rapporti tra incidente di esecuzione e rescissione del giudicato: ambiti di applicazione e differenze.....	354
3. Limiti alla deducibilità "in executivis" delle nullità assolute ed insanabili verificatesi nel procedimento di cognizione.....	357
4. L'esclusione della possibilità di riqualificare l'istanza di incidente di esecuzione in richiesta di rescissione del giudicato.....	359
Indice delle sentenze citate	361

SEZIONE IV PROCEDIMENTI SPECIALI

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DEVOLUTIVO E L'IMMODIFICABILITÀ DELLA PENA ILLEGALE DI FAVORE AD OPERA DEL GIUDICE DELL'IMPUGNAZIONE PROPOSTA DAL SOLO IMPUTATO: LE SEZIONI UNITE ACQUISTAPACE

(PAOLA PROTO PISANI)

1. Il contrasto risolto dalle Sezioni unite "Acquistapace"	363
2. La decisione delle Sezioni Unite	364
Indice delle sentenze citate	367

CAPITOLO II

I RAPPORTI TRA PROCESSO PENALE PROCESSO CIVILE: LE SEZIONI UNITE CREMONINI E L'INDIVIDUAZIONE DEL GIUDICE DEL RINVIO IN CASO DI ANNULLAMENTO AI SOLI EFFETTI CIVILI; LA SENTENZA N. 182 DEL 2021 DELLA CORTE COSTITUZIONALE E LE REGOLE APPLICABILI NEL CASO DI CUI ALL'ART. 578 COD. PROC. PEN.

(PAOLA PROTO PISANI)

1. I contrasti risolti dalle Sezioni unite con la sentenza Cremonini.	369
1.1. Il contrasto tra le sezioni civili e quelle penali della Corte attinente all'individuazione delle regole applicabili nel giudizio di rinvio ex art. 622 cod. proc. pen., e alla configurabilità o meno del potere della Corte di cassazione, nella sua articolazione penale, di porre vincoli al giudice civile del rinvio, con la sentenza di annullamento con rinvio a fini civili.	369
1.2. Il contrasto, insorto tra le sezioni semplici della Corte di cassazione penale, in ordine all'individuazione del giudice (civile o penale) del rinvio, in conseguenza dell'annullamento ai fini civili della sentenza impugnata.	372
2. I principi affermati dalle Sezioni unite.	373
3. La sentenza n. 182 del 2021 della Corte costituzionale in tema di rapporti tra azione civile esercitata nel processo penale e poteri cognitivi del giudice penale.	375

SEZIONE V IMPUGNAZIONI

CAPITOLO I

IL RICORSO CAUTELARE PER CASSAZIONE: INDIVIDUAZIONE DEL LUOGO DI PRESENTAZIONE E CONSEGUENZE IN CASO DI DEPOSITO IRREGOLARE

(ELENA CARUSILLO)

1. Premessa.	385
2. La questione controversa.	385
3. L'ordinanza di remissione.	386
4. Il luogo di presentazione del ricorso cautelare per cassazione: individuazione e ragioni.	386
5. La sorte dell'atto di impugnazione irrualmente presentato presso una cancelleria diversa.	388
6. La pronuncia delle Sezioni Unite.	389
Indice delle sentenze citate.	390

CAPITOLO II

LA SENTENZA DI PROSCIoglimento PREDIBATTIMENTALE ED IL REGIME DELL'IMPUGNAZIONE

(PAOLO DI GERONIMO)

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.	391
2. La tesi favorevole all'interpretazione non estensiva dell'art. 469 cod. proc. pen.	392
2.1. L'incompatibilità tra la pronuncia sul merito dell'accusa e la sentenza predibattimentale.	393
3. L'orientamento favorevole alla valorizzazione del momento di adozione della sentenza.	394
4. Le pronunce sul tema della Sezioni Unite.	395
5. La fase in cui può intervenire il proscioglimento predibattimentale.	398
6. La soluzione adottata dalle Sezioni unite.	399
Indice delle sentenze citate.	401

CAPITOLO III

RIFORMA IN APPELLO DELLA SENTENZA DI ASSOLUZIONE E “GARANZIE COMPENSATIVE” NEL CASO IN CUI SIA IMPOSSIBILE PROCEDERE ALLA RINNOVAZIONE DELLA PROVA DICHIARATIVA PER DECESSO, IRREPERIBILITÀ O INFERMITÀ DEL TESTE

(ANDREA NOCERA)

1. La questione controversa.....	403
2. L'interpretazione della c.d. “regola Dasgupta” alla luce del mutato quadro normativo.....	406
3. Obbligo di rinnovazione e lettura delle dichiarazioni predibattimentali.....	410
4. Considerazioni di sintesi.....	412

CAPITOLO IV

L'ESEGUIBILITÀ DEL GIUDICATO PARZIALE.

(DEBORA TRIPICCIÓN)

1. Premessa.....	415
2. Il contrasto ermeneutico.....	417
3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite: l'eseguibilità del giudicato parziale solo in caso di “completezza” della decisione sul singolo capo.....	418
3.1 (segue) Le sue ricadute in caso di custodia cautelare e in tema di reato continuato.....	420
3.2 (Segue) L'esclusione della rilevanza ostativa dell'annullamento con rinvio relativo ai punti concernenti le misure di sicurezza, le pene accessorie o le confische.....	421
3.4 (Segue) Il giudice competente ai fini della determinazione della pena da eseguire.....	422

SEZIONE VI ESECUZIONE

CAPITOLO I

LA COMPETENZA DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE IN TEMA DI SOSPENSIONE CONDIZIONALE DELLA PENA E DI CONTINUAZIONE

(FULVIO FILOCAMO)

1. Premessa.....	425
2. La revoca della sospensione condizionale della pena in sede di esecuzione.....	426
3. Il contrasto emerso nel 2021.....	427
4. La competenza del giudice dell'esecuzione in tema di continuazione.....	431
5. Il contrasto sull'obbligo di specifica motivazione per ogni singolo aumento di pena per i reati satelliti ritenuti legati dal vincolo della continuazione risolto dalle Sez. U.....	434
Indice delle sentenze citate.....	437

CAPITOLO II

LE SEZIONI UNITE SULLA PRESCRIZIONE DELLE PENE DETENTIVE BREVI SOGGETTE AL PROCEDIMENTO DI SOSPENSIONE DELL'ESECUZIONE AI SENSI DELL'ART. 656, COMMA 5, COD. PROC. PEN.

(MARIAEMANUELA GUERRA)

1. Premessa.....	441
2. Le ragioni del contrasto.....	444
3. L'orientamento maggioritario.....	445
3.1. L'interpretazione contrastante.....	448
3.2. La soluzione resa dalle Sezioni Unite.....	451

4. La prescrizione della pena: i tre momenti di decorrenza del termine.....	451
4.1. Irrevocabilità ed esecutività della decisione giudiziale: profili differenziali.	452
4.2. L'individuazione dell'inizio dell'esecuzione della pena ai fini del computo del termine di prescrizione: le regole processuali in cui si inserisce l'art. 172 cod. pen.....	453
4.3. La sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi ex art. 656, comma 5, cod. proc. pen come deroga alla regola generale della esecuzione delle pene.....	454
4.4. L'incidenza della sospensione temporanea dell'esecuzione delle pene detentive brevi sull'estinzione della pena per decorso del tempo.....	455
4.5. L'inapplicabilità dell'art. 172, quinto comma, cod. pen. alla sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi disposta ai sensi dell'art. 656, comma 5, cod. proc. Pen.	458
5. L'assenza del condannato dal territorio dello Stato quale causa di sospensione dell'esecuzione.....	460
6. Osservazioni conclusive.....	461
Indice delle sentenze citate	463

CAPITOLO III

GLI SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ IN TEMA DI DETENUTI IN REGIME DIFFERENZIATO EX ART. 41-BIS ORD. PEN. - IL TRATTAMENTO PENITENZIARIO DEI COLLABORATORI DI GIUSTIZIA

(VINCENZO GALATI)

1. Premessa.....	465
2. I permessi premio.	465
3. Detenzione di CD musicali.	467
4. I colloqui.	468
5. L'acquisto e la cottura dei cibi.....	472
6. Il cumulo delle pene ed i limiti all'applicazione del principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2 Cost.	474
7. Alcune questioni processuali.....	476
8. Il divieto di abbonamento a giornali e riviste.	479
9. La violazione dei divieti.	481
10. La violazione dell'art. 3 CEDU.....	482
11. L'applicazione del regime di cui all'art. 41-bis ord. pen. agli internati. La sentenza n. 197 del 2021 della Corte costituzionale.	484
11. I benefici penitenziari per i collaboratori di giustizia.	486
12. La questione di legittimità costituzionale sulla censura della corrispondenza tra detenuti e difensori.....	488
Indice delle sentenze citate	492

CAPITOLO IV

LA DETERMINAZIONE DELLO “SPAZIO MINIMO VITALE” NELLE CELLE: LA RICOSTRUZIONE CONVENZIONALMENTE E COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA ACCOLTA DALLE SEZIONI UNITE

(MARLAEMANUELA GUERRA)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni Unite.....	495
2. Le ragioni della questione controversa.	496
3. Gli orientamenti in campo.....	499
4. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.	501
4.1. Il percorso metodologico seguito.....	502
4.2. Il rapporto tra giudici nazionali e giurisprudenza della Corte EDU.....	502
4.3. Le pronunce della Corte EDU sul sovraffollamento carcerario analizzate dalle Sezioni Unite.....	503
4.4. Il rilievo dei fattori compensativi rispetto alla superficie della cella.	508
5. I successivi arresti delle Sezioni penali.	510
6. Osservazioni finali.	511
Indice delle sentenze citate	513

CAPITOLO V

NATURA GIURIDICA DEL RECLAMO *EX ART. 69-BIS* ORD. PEN. E CONSEGUENZE DEL SUO INQUADRAMENTO NELLA CATEGORIA DEI MERI ATTI DI SOLLECITAZIONE AD UN CONTRADDITTORIO PIENO O IN QUELLA DEI VERI E PROPRI ATTI DI IMPUGNAZIONE

(GENNARO SESSA)

1. Il quesito sottoposto alle Sezioni unite	515
2. L'orientamento giurisprudenziale secondo cui il reclamo <i>ex art. 69-bis</i> ord. pen. ha natura di mero atto di sollecito a un contraddittorio pieno.....	520
3. La decisione delle Sezioni unite	521
Indice delle sentenze citate	526

SEZIONE VII RAPPORTI GIURISDIZIONALI CON AUTORITÀ STRANIERE

CAPITOLO I

RAPPORTI CON LE A. G. STRANIERE E PRINCIPALI QUESTIONI IN TE-MA DI ESTRADIZIONE E MANDATO DI ARRESTO EUROPEO

(ANDREA VENEGONI)

1. “ <i>Ne bis in idem</i> ” da sentenza di ordinamento straniero.....	527
2. Mandato d’arresto europeo.....	528
2.1. Il d. lgs. 2 febbraio 2021, n. 10.....	528
2.2. La giurisprudenza.....	529
2.2.1. Motivi di rifiuto	529
2.2.2. Questioni procedurali.....	532
2.2.3. M.a.e. e Brexit.....	536
2.2.4. Principio di specialità.....	537
3. Estradizione.....	537
3.1. Questioni processuali.....	537
3.2. Estradizione e Brexit	539
3.3. Motivi di rifiuto	540
3.3.1. Motivi di salute.....	540
3.3.2. Trattamenti inumani e degradanti	540
3.3.3. Violazioni processuali nello Stato richiedente.....	541
3.3.4. <i>Ne bis in idem</i>	541
3.3.5. Prescrizione del reato.....	542
3.3.6. Allontanamento dalla famiglia.....	542
3.4. Estradizione del cittadino o di cittadini UE.....	542
3.5. Estradizione condizionata e suppletiva.....	543
3.6. Poteri del giudice.....	544
3.7. Principio di specialità.....	544
Indice delle sentenze citate	545

CAPITOLO II

ESTRADIZIONE CONDIZIONATA ED APPLICAZIONE DELL’ERGASTOLO IN SEDE ESECUTIVA: UN CASO COMPLESSO ALL’ESAME DELLE SEZIONI UNITE

(ANDREA VENEGONI)

1. La vicenda.....	547
2. I motivi di ricorso.....	548
3. La questione rimessa alle Sezioni Unite.....	548

4. La decisione delle Sezioni Unite.....	550
Indice delle sentenze citate	553

PARTE QUARTA

LEGISLAZIONE EMERGENZIALE

CAPITOLO I

LE PRINCIPALI QUESTIONI IN TEMA DI DISCIPLINA EMERGENZIALE

(PAOLO DI GERONIMO)

1. Le disciplina emergenziale dettata nella “seconda fase” della pandemia da Covid-19.	555
2. L’attuazione del contraddittorio nelle ipotesi di trattazione scritta.....	556
3. La richiesta di trattazione orale.....	557
4. Le impugnazioni proposte mediante p.e.c.	559
Indice delle sentenze citate	561

CAPITOLO II

IL REGIME DELLA PRESCRIZIONE INTRODOTTO DALLA DISCIPLINA EMERGENZIALE

(PAOLO DI GERONIMO)

1. La questione rimessa all’esame delle Sezioni Unite.	563
2. La soluzione delle Sezioni Unite: l’interpretazione letterale.....	564
2.1. L’interpretazione sistematica.....	566
3. Il necessario collegamento tra “stasi” del procedimento e sospensione della prescrizione.....	567
4. La delimitazione temporale dell’effetto sospensivo.....	568
5. La sospensione della prescrizione prevista dall’art.83, comma 4.	569
6. La sospensione della prescrizione prevista dall’art.83, comma 9.	570
Indice delle sentenze citate	572

PRESENTAZIONE

La rassegna della giurisprudenza annuale della Corte di Cassazione penale costituisce ormai da anni un indispensabile corollario rispetto alla funzione principale da cui l'Ufficio del Massimario trae la sua denominazione e la sua stessa ragion d'essere, ovvero l'attività di elaborazione delle massime, in esse distillando i principi di diritto ricavati dalle pronunce della Corte.

Se infatti l'attività di massimazione è impegnativa, e a volte travagliata, "escavazione" della sentenza, estrazione, quasi michelangiolesca, da essa, del principio solo dopo l'eliminazione di tutto il contorno, per portare alla luce la ragione e l'essenza del decidere, la rassegna è, in un percorso inverso, costruzione, intorno alle massime, attraverso l'individuazione del reticolo e dei filamenti che collegano la decisione al flusso continuo della giurisprudenza, di una struttura complessa, è registrazione entomologica delle continuità, dei mutamenti e delle nuove prospettive che sono emerse nell'anno, è, in definitiva, analisi della nomofilachia.

Non, dunque, mera raccolta, pur necessaria, delle massime, ma ragionata riflessione protesa a cogliere le sedimentazioni giurisprudenziali dell'anno e a presagirne i riflessi sistematici, le evoluzioni e le trasformazioni a venire, in una ottica, anche, se si vuole, di predittibilità, oggi al centro, come noto, di elaborazioni e di studi anche di carattere interdisciplinare, ma da sempre, evidentemente, intrinseca allo spesso compito della Corte di assicurare, oltre che l'esatta osservanza, anche l'uniforme interpretazione della legge, e di evitare, però, allo stesso tempo, derive "meccanicistiche" del ruolo del giudice.

Da ciò, dunque, la evidente indispensabilità di un'attività che contribuisce ad individuare, ancora una volta, nell'Ufficio del Massimario, un necessario elemento di realizzazione delle condizioni imprescindibili per l'effettività della funzione assegnata alla Corte dall'ordinamento, non confinata, internamente, al controllo operato sulle singole interpretazioni rese dai giudici, ma esternamente protesa, come colto anche dalla dottrina più attenta, all'aspetto della formazione della giurisprudenza.

A tale compito, dunque, si è, anche per le pronunce della Corte intervenute nel 2021, accinto l'Ufficio del Massimario penale seguendo l'impostazione ormai tradizionale strutturata, per l'anno in oggetto, in quattro parti, attraversate, da un lato, come sempre, dalle pronunce delle Sezioni Unite intervenute per la risoluzione di contrasti o per prevenirne la possibile insorgenza, e, dall'altro, da quelle delle Sezioni semplici su tematiche oggetto di non convergenti letture o meritevoli di segnalazione perché relative ad istituti di nuovo conio normativo.

Alle due parti dedicate al diritto sostanziale e a quello processuale si affiancano, quest'anno, altre due rispettivamente volte ad affrontare i temi dei profitti illeciti (componente ormai stabile nel sistema del diritto penale attuale) e, come fatto anche lo scorso anno, degli aspetti in particolare processuali (dei quali sarà interessante verificare la valenza anticipatrice del definitivo assetto processuale che seguirà all'adozione del decreto legislativo attuativo della legge delega n.134 del 2021, di efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa

e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari) e inerenti la prescrizione, derivati dall'emergenza pandemica da Covid-19.

Rimandandosi, naturalmente, alla lettura del contenuto dei due volumi, merita, a titolo solo esemplificativo, ricordare, nella prima parte, gli studi "tematici" riguardanti il profilo della colpa e le previsioni sulle armi, le analisi dedicate alla giurisprudenza seguita alle modifiche normative del 2020 del reato di abuso di ufficio, e, in una visione attenta a cogliere le ricadute penali dei mezzi tecnologici, alla variegata incidenza insita nel distorto uso dei "social network".

Tra le analisi di diritto processuale, collocate nella terza parte, vanno ricordate quelle dedicate alle due decisioni delle Sezioni Unite intervenute, con riguardo rispettivamente alle modalità e limiti delle notifiche alla persona offesa, e quella relativa alla decisione, dalle ricadute sistematiche di intuitiva evidenza, sempre delle Sezioni Unite, in ordine alla eseguibilità del "giudicato parziale"; attesa inoltre la ricostruzione convenzionalmente e costituzionalmente operata dalle Sezioni Unite, va infine ricordato il contributo riguardante la pronuncia in tema di "spazio minimo vitale" da assicurare ai detenuti.

Il merito di avere realizzato la Rassegna, coordinata da Andrea Nocera, va attribuito ai colleghi Maria Cristina Amoroso, Elena Carusillo, Alessandro D'Andrea, Paolo Di Geronimo, Fulvio Filocamo, Vincenzo Galati, Mariaem Manuela Guerra, Anna Mauro, Marzia Minutillo Turtur, Andrea Nocera, Paola Proto Pisani, Andrea Antonio Salemmi, Gennaro Sessa, Debora Tripiccioni e Andrea Venegoni.

La rifinitura dell'editing è merito invece, come sempre, del personale addetto alla Cancelleria e alla Segreteria dell'Ufficio.

Infine, un saluto e un ringraziamento particolare meritano i colleghi che, nel gennaio scorso, dopo una pluriennale permanenza, hanno lasciato l'Ufficio per approdare ad altre, prestigiose, funzioni, e, tra essi, Francesca Costantini per il prezioso contributo costantemente dato, per un triennio, come coordinatore del settore penale dell'Ufficio; un benvenuto, invece, ai colleghi da poco approdati dal merito, portatori di nuove, preziose, energie.

Il Vice Direttore
Gastone Andreazza

PARTE PRIMA

QUESTIONI DI DIRITTO SOSTANZIALE

SEZIONE I

IL REATO

CAPITOLO I

RESPONSABILITÀ

LE RISPOSTE ALLE ESIGENZE DI DETERMINATEZZA CONNESSE ALLA RESPONSABILITÀ PENALE COLPOSA: LA DELIMITAZIONE DELLA SFERA GOVERNATA DAL GESTORE DEL RISCHIO E LA PREDETERMINAZIONE DELLA REGOLA CAUTELARE VIOLATA

(PAOLA PROTO PISANI)

SOMMARIO: 1. La progressiva delimitazione della responsabilità per colpa attraverso l'esatta individuazione della sfera di rischio governata e della regola cautelare violata. - 2. Il rischio lavorativo quale limite alla responsabilità penale nel settore della prevenzione degli infortuni sul lavoro: l'esclusione della responsabilità in ragione dell'attivazione da parte del lavoratore di un "rischio eccentrico" rispetto a quello governato dal titolare della posizione di garanzia. - 3. La concretizzazione del rischio lavorativo quale presupposto della configurabilità della circostanza aggravante del "fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" e di una responsabilità per violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro per gli eventi occorsi ai terzi, diversi dai lavoratori. - 4. La colpa generica "integratrice" e "derogatrice" e le connesse esigenze di determinatezza della responsabilità penale colposa.

1. La progressiva delimitazione della responsabilità per colpa attraverso l'esatta individuazione della sfera di rischio governata e della regola cautelare violata.

Nell'anno in rassegna si registra nella giurisprudenza della Quarta Sezione penale una progressiva delimitazione della responsabilità penale colposa attraverso lo sforzo, compiuto dalla Corte, di delimitare la sfera di rischio governata da ciascun gestore, compiuto sulla base dell'esame dei poteri a lui spettanti e degli obblighi di natura cautelare su di lui gravanti, e attraverso la ripetuta pretesa di esatta individuazione della regola cautelare violata, anche al fine di dare attuazione del principio della causalità della colpa, in quanto «la

responsabilità colposa non si estende a tutti gli eventi che siano comunque derivati dalla violazione della norma, ma è limitata ai risultati che la norma stessa mira a prevenire», nel senso che l'evento verificatosi deve costituire la cd. concretizzazione del rischio specifico che la disciplina cautelare violata era chiamata a governare (Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 261111).

Tale tendenza si registra anche oltre i terreni d'elezione della responsabilità penale per colpa, costituiti dalle responsabilità delle varie figure chiamate a gestire il rischio derivante dallo svolgimento di attività lavorativa e dalla responsabilità degli esercenti professioni sanitarie.

L'indagine sui limiti del potere di intervento del garante, connessi ai limiti della disponibilità di spesa, ha indotto la Corte, nel settore delle posizioni di garanzia derivanti dalla gestione della cosa pubblica, ad escludere la responsabilità del soggetto responsabile del servizio di manutenzione delle strade per gli «*eventi che costituiscano la concretizzazione di un rischio eliminabile soltanto con un continuo intervento di manutenzione ordinaria che eviti qualsiasi anomalia della strada, risentendo la posizione di garanzia dei limiti collegati alle disponibilità di spesa*» (**Sez. 4 , n. 6513 del 27/01/2021, Savanelli, Rv. 28093301**).

E, corrispondentemente, l'analisi degli eventi che la norma cautelare violata è volta a prevenire ha indotto a escludere la responsabilità del responsabile del tiro a segno che abbia consegnato a soggetto sprovvisto del certificato medico richiesto dalla normativa di settore, l'arma con cui questi poi si sia suicidato, sulla base del rilievo che la norma cautelare che impone il rilascio e l'esibizione, in sede di iscrizione al poligono, del certificato medico propedeutico al maneggio delle armi, è tesa a prevenire il pericolo di commissione di atti pregiudizievoli verso terzi e non di comportamenti autolesivi (**Sez. 4, n. 3911 del 17/12/2020 - dep. 2021 -, Galuppini, Rv. 28043003**).

Anche nell'ambito della prevenzione degli infortuni sul lavoro la giurisprudenza della Corte, nell'anno in rassegna, ha proseguito nell'opera di progressiva configurazione dei confini tra la sfera di rischio governata dal datore di lavoro e quelle di competenza del coordinatore per l'esecuzione dei lavori, del committente, del datore di lavoro distaccante, sulla base delle rispettive titolarità di poteri di governo del rischio, chiarendo l'area di interferenza tra tali sfere nonché tra queste e quelle governate da altri gestori del medesimo rischio, quali il responsabile del servizio di prevenzione e protezione o il “medico competente”, privi di diretti poteri di gestione e di spesa ma dotati di poteri di sollecitazione.

A titolo esemplificativo, in ordine alle sfere di rischio rispettivamente governate dal datore di lavoro e dal coordinatore per l'esecuzione dei lavori la giurisprudenza nell'anno in rassegna ha ribadito che «*il coordinatore per l'esecuzione*

non è il controllore del datore di lavoro ma il gestore del rischio interferenziale», cioè di quel rischio che consegue all'interferenza fra l'opera di più imprese e non inerisce esclusivamente all'attività della singola impresa, come desumibile dagli obblighi previsti a suo carico dall'art. 92 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e dal contenuto del piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'allegato XV, del medesimo testo normativo (**Sez. 4 , n. 10181 del 10/12/2020 - dep. 2021 -, Marulli, Rv. 280955**); con la conseguenza che può essere chiamato a rispondere, anche per l'inosservanza dei suoi compiti di alta vigilanza, solo degli eventi che costituiscano realizzazione del rischio interferenziale (**Sez. 4, n. 14179 del 10/12/2020 - dep. 2021 -, Costantino, Rv. 281014**), fatta eccezione per il caso limite di cui alla lett. f) dell'art. 92 d.lgs. n. 81 del 2008 che configura il potere-dovere del coordinatore per l'esecuzione di intervenire direttamente sospendendo le singole lavorazioni in caso di pericolo grave e imminente, direttamente riscontrato (**Sez. 4 , n. 24915 del 10/06/2021, Paletti, Rv. 281489**; in ordine alla sfera di rischio governata dal committente si vedano **Sez. 4, n. 5802 del 29/01/2021, Cribari, Rv. 280925**, **Sez. 4, n. 26335 del 21/04/2021, L., Rv. 28149702**; in ordine alla sfera di rischio governata dal datore di lavoro distaccante si veda **Sez. 4 , n. 4480 del 17/11/2020 - dep. 2021 -, Tremacchi, Rv. 28039201**).

Quanto alla configurabilità di una responsabilità, concorrente con quella del datore di lavoro, a carico di soggetti privi di poteri gestionali e decisorii, nell'anno in rassegna si trova ribadito che il responsabile del servizio di prevenzione e protezione, in quanto consulente del datore di lavoro, può essere ritenuto responsabile, anche in concorso con il datore di lavoro, del verificarsi di un infortunio, ogni qual volta questo sia oggettivamente riconducibile ad una situazione pericolosa che egli avrebbe avuto l'obbligo di conoscere e segnalare, dovendosi presumere, sul piano del giudizio controfattuale, che alla segnalazione faccia seguito l'adozione, da parte del datore di lavoro, delle iniziative idonee a neutralizzare tale situazione (**Sez. 4, n. 24822 del 10/03/2021, Solari, Rv. 281433**; in senso conforme **Sez. 4, n. 32195 del 15/07/2010, Scagliarini, Rv. 248555**. In tema di responsabilità del medico competente si veda **Sez. 4 , n. 21521 del 09/02/2021, Tiraoschi, Rv. 281246**).

2. Il rischio lavorativo quale limite alla responsabilità penale nel settore della prevenzione degli infortuni sul lavoro: l'esclusione della responsabilità in ragione dell'attivazione da parte del lavoratore di un

“rischio eccentrico” rispetto a quello governato dal titolare della posizione di garanzia.

Sempre nell’ambito della prevenzione degli infortuni sul lavoro il rischio “lavorativo”, inteso come rischio specifico di morte o lesioni, derivante dallo svolgimento di attività lavorativa, ha assunto un ruolo sempre più centrale nella giurisprudenza della Corte degli ultimi anni quale criterio di delimitazione della responsabilità colposa del datore di lavoro o degli altri gestori di tale rischio in caso di concomitante condotta colposa del lavoratore infortunato.

Nell’anno in rassegna si è andato, infatti, ulteriormente consolidando l’orientamento che, muovendo dalla considerazione che le norme in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro sono volte a evitare eventi lesivi dell’incolumità fisica dei lavoratori anche in caso di rischi derivanti da distrazione o scarsa accortezza dei lavoratori stessi, ritiene che, affinché la condotta colposa del lavoratore possa ritenersi “*abnorme e idonea ad escludere il nesso di causalità tra la condotta del datore di lavoro e l’evento lesivo*”, è necessario, non tanto che essa sia imprevedibile, quanto, piuttosto, che sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia (Sez. 4, n. 5794 del 26/01/2021, Chierichetti, Rv. 28091401).

Tale orientamento – che ha sostanzialmente soppiantato quello tradizionale afferente all’eccezionalità ed abnormità della condotta del lavoratore – richiede, ai fini dell’esonero di responsabilità del gestore del rischio, che la condotta colposa del lavoratore, che ha concausato l’evento lesivo, si collochi al di fuori del rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare, ed è stato espresso nella giurisprudenza meno recente della Corte, almeno a partite dal 2012 (Sez. 4, n. 49821 del 23/11/2012 Lovison, Rv. 254094, in motivazione) ricevendo l’avallo delle Sezioni Unite della Corte.

Le Sezioni Unite, infatti, hanno ravvisato, nell’evoluzione della giurisprudenza relativa alla condotta abnorme del lavoratore «*l’implicita tendenza a considerare interruttiva del nesso di condizionamento la condotta abnorme del lavoratore quando essa si collochi in qualche guisa al di fuori dell’area di rischio definita dalla lavorazione in corso. Tale comportamento è “interruttivo” (per restare al lessico tradizionale) non perché “eccezionale” ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare. Tale eccentricità renderà magari in qualche caso (ma non necessariamente) statisticamente eccezionale il comportamento ma ciò è una conseguenza accidentale e non costituisce la reale ragione dell’esclusione dell’imputazione oggettiva dell’evento*» (Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 261111, in motivazione).

Nella successiva giurisprudenza della Corte, se dapprima è stato affermato che tale “rischio eccentrico” rispetto a quello governato dal garante, può essere

attivato non solo da una condotta colposa del lavoratore che esorbiti dalle mansioni a lui affidate, ma anche da quella che in tali mansioni rientri (Sez. 4, n. 5007 del 28/11/2018 - dep. 2019 -, Musso, Rv. 275017), è stato poi chiarito che, affinché possa ritenersi che il comportamento negligente, imprudente e imperito del lavoratore, tenuto in esplicazione delle mansioni allo stesso affidate, costituisca concretizzazione di un "rischio eccentrico", con esclusione della responsabilità del garante, è necessario che questi abbia posto in essere anche le cautele che sono finalizzate proprio alla disciplina e governo del rischio di comportamento imprudente (Sez. 4, n. 27871 del 20/03/2019, Simeone, Rv. 276242).

In proposito, nell'anno in rassegna, è stato specificato che il datore di lavoro ha il dovere di vigilare sul comportamento del preposto, da lui delegato a far rispettare le norme antinfortunistiche, per impedire l'instaurazione di prassi "contra legem" foriere di pericoli per i lavoratori, con la conseguenza che, ove si verifichi un incidente in conseguenza di una tale prassi instauratasi con il consenso del preposto, l'ignoranza del datore di lavoro non vale ad escluderne la colpa, integrando essa stessa la colpa per l'omessa vigilanza sul comportamento del preposto (**Sez. 4, n. 20092 del 19/01/2021, Zanetti, Rv. 281174**; per una fattispecie in cui è stata esclusa la *culpa in vigilando* del datore di lavoro, per l'inesigibilità nel caso concreto di una assidua sorveglianza si veda Sez. 4, n. 32507 del 16/04/2019, Romano, Rv. 27679702).

3. La concretizzazione del rischio lavorativo quale presupposto della configurabilità della circostanza aggravante del "fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" e di una responsabilità per violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro per gli eventi occorsi ai terzi, diversi dai lavoratori. Il "caso Viareggio".

Nell'anno in rassegna, inoltre, il rischio lavorativo è divenuto centrale nella giurisprudenza della Corte anche per delimitare l'ambito della configurabilità della circostanza aggravante del "fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro", e della responsabilità per violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro per gli eventi occorsi ai terzi, diversi dai lavoratori.

Sotto il profilo della centralità del "rischio lavorativo", ai fini della configurabilità della circostanza aggravante del "fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro", è infatti intervenuta un'importante pronuncia che ha escluso la circostanza aggravante in questione in

relazione ai reati di omicidio colposo ascritti, quali datori di lavoro, ad esponenti di Trenitalia s.p.a. e di Ferrovie dello Stato s.p.a., per le morti di soggetti terzi estranei all'organizzazione di impresa, causate dall'incendio derivato dal deragliamento e successivo ribaltamento di un treno merci trasportante GPL, durante l'attraversamento della stazione di Viareggio, determinato dal cedimento di un assile dovuto al suo stato di corrosione, ritenendo le vittime non esposte al rischio "lavorativo" bensì a quello attinente alla sicurezza della circolazione ferroviaria (Sez. 4, n. 32899 del 08/01/2021, Castaldo, Rv. 281997).

La pronuncia in questione si segnala per il particolare approfondimento del tema della "concretizzazione" del rischio nella responsabilità penale colposa, non solo nell'ambito del reato omissivo improprio ma anche del reato commissivo, e per la riconduzione a tale quadro concettuale sia della circostanza aggravante in questione, sia della questione della configurabilità di una responsabilità per violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro per gli eventi occorsi ai terzi, diversi dai lavoratori.

Dopo aver richiamato la distinzione, nell'ambito dei reati omissivi impropri, tra la titolarità di una posizione di garanzia e la violazione di una o più regole cautelari che a quella si coordinano, e la necessità di entrambi i predetti elementi ai fini della configurabilità della responsabilità (o, in altri termini, *«l'alterità concettuale tra "dovere di diligenza", inteso quale situazione giuridica soggettiva di dovere e più precisamente quale "dovere di adottare le cautele opportune per evitare il verificarsi degli eventi dannosi", e "diligenza doverosa", intesa come contenuto della predetta situazione giuridica soggettiva»*) la Corte osserva che, come per la posizione di garanzia (che d'altronde potrebbe intendersi anche come «specie del più ampio genere 'competenza per il rischio'»), anche *«l'accertamento di una competenza gestoria deve essere seguito dalla ricognizione delle specifiche modalità di assolvimento del compito, indicate dalle pertinenti regole cautelari»* nel senso che *«l'identificazione di un soggetto competente e di una sfera di competenza è solo premessa logico-giuridica della verifica della 'colposità' della condotta»*.

Quindi, rilevando che *«nei reati colposi di evento alla causalità materiale deve aggiungersi la causalità della colpa, che viene accertata verificando che l'evento verificatosi corrisponda alla classe di eventi il cui accadere la regola cautelare violata intende evitare (cd. concretizzazione del rischio) e che il comportamento doveroso mancato avrebbe effettivamente evitato l'evento realizzatosi qualora adottato (efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito)»* la Corte colloca la circostanza aggravante del "fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" nel contesto concettuale della cd. concretizzazione del rischio, nel senso che anche ai fini della configurabilità della circostanza aggravante in esame non è sufficiente il solo rapporto di causalità materiale tra condotta antidoverosa ed evento, occorrendo

anche che nell'evento si sia concretizzato il rischio governato dalla norma per la prevenzione degli infortuni sul lavoro violata.

Secondo la Corte le "norme in materia di prevenzione per gli infortuni" sono *«regole cautelari volte a eliminare o ridurre non già un generico rischio (di eventi intermedi in quanto prevedibilmente produttivi) di morte o lesioni ma specificamente eventi in danno di lavoratori o di soggetti a questi assimilabili scaturenti dallo svolgimento dell'attività lavorativa»*.

Ne consegue che, ai fini della configurabilità dell'aggravante in questione, non è sufficiente registrare *«la presenza di dati che solitamente si accompagnano al rischio lavorativo e che pertanto possono esserne indicatori (ad esempio: il soggetto passivo è un lavoratore; l'evento si è verificato nel corso dell'attività lavorativa; soggetto passivo è un terzo estraneo all'organizzazione lavorativa ma l'evento si è verificato nell'ambiente di lavoro)»* perché anche in presenza di tali indicatori può accadere che l'evento non sia concretizzazione del rischio lavorativo, bensì di altro tipo di rischio; come dimostrato dalla giurisprudenza di legittimità che in alcuni casi esclude la responsabilità del datore di lavoro per l'infortunio occorso al lavoratore nel corso dell'attività lavorativa in ragione della condotta colposa di quest'ultimo, che abbia introdotto un rischio estraneo a quello lavorativo, perciò definito "eccentrico".

Inoltre secondo la Corte, sebbene le regole per la prevenzione degli infortuni sul lavoro abbiano quale beneficiario ordinariamente solo la persona del lavoratore mentre svolge la propria attività, è tuttavia possibile che nell'evento si sia concretizzato il rischio lavorativo anche se avvenuto in danno del terzo, ma ciò richiede che questi si sia trovato esposto a tale rischio alla stessa stregua del lavoratore, dovendosi intendere per "rischio lavorativo" *«quello derivante dallo svolgimento di attività lavorativa e che ha ordinariamente ad oggetto la sicurezza e la salute dei lavoratori ma può concernere anche la sicurezza e la salute di terzi, ove questi vengano a trovarsi nella medesima situazione di esposizione del lavoratore»*.

Quindi la Corte - richiamando la necessità di tener conto delle diverse sfere di rischio, alle quali si rapportano specifici gestori e specifiche regole comportamentali - nella pronuncia in rassegna distingue, ritenendole autonome, le due aree di rischio connesse, rispettivamente, alla circolazione ferroviaria e allo svolgimento di attività lavorativa (e quindi la "sicurezza della circolazione ferroviaria" dalla "sicurezza sul lavoro") ritenendo indispensabile, ai fini dell'affermazione della sussistenza della circostanza aggravante di cui all'art. 589, secondo comma, cod. pen., accertare se le norme a contenuto cautelare violate da ciascun imputato, con effetto sul meccanismo causale che ha condotto agli omicidi loro ascritti, siano o meno da qualificarsi come "norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro" cioè come norme volte a eliminare o ridurre il rischio lavorativo o altro tipo di rischio.

4. La colpa generica “integratrice” e “derogatrice” e le connesse esigenze di determinatezza della responsabilità penale colposa.

Sempre nell’ottica della progressiva tendenza della giurisprudenza di legittimità a dare risposte alle esigenze di determinatezza connesse alla responsabilità penale colposa la sentenza “Castaldo” si segnala per le importanti osservazioni in essa svolte circa i rapporti tra colpa specifica e colpa generica.

Muovendo dalla considerazione che la regola cautelare trova legittimazione nell'efficacia prevenzionale e non nella validità (che è invece attributo della norma di legge o sub-legislativa), e della conseguente irrilevanza della sua avvenuta positivizzazione o meno, dovendo comunque essere osservata se efficace rispetto allo scopo prevenzionale (anche se espressa da una disposizione invalida), la Corte ritiene che *«carattere strutturale della regola cautelare (anche di quella positivizzata) è la defettibilità, intesa, secondo il linguaggio dei teorici del diritto, come la qualità dell'essere disapplicata al verificarsi di un'eccezione implicita, ovvero di un'eccezione che non è espressa dalla lettera della disposizione. Per la regola cautelare l'eccezione è il fallimento, l'inefficacia prevenzionale rispetto al rischio»* e che *«la regola cautelare positiva può non esaurire il novero delle cautele doverose, se il patrimonio scientifico ed esperienziale ha sedimentato pertinenti regole cautelari non ancora positivizzate»*.

La recente legislazione in materia di responsabilità sanitaria e l’interpretazione che ne è stata data dalla giurisprudenza dimostra la cogenza ben diversa della disposizione a contenuto cautelare da quella che si è soliti attribuire alle norme giuridiche, poiché le indicazioni contenute nelle “linee guida” (che intanto rilevano nel giudizio penale in quanto aventi sostanziale natura di regole cautelari: cfr., da ultimo, Sez. 4, n. 15258 del 11/02/2020, Agnello, Rv. 279242, in motivazione) devono essere osservate a condizione che siano “adeguate alla specificità del caso concreto”, cioè in concreto efficaci rispetto allo scopo e devono essere abbandonate dall'operatore sanitario quando le specificità del caso concreto comportano il fallimento del modello di prevenzione indicato nelle raccomandazioni delle linee guida.

Conseguentemente la Corte, nella pronuncia in esame, afferma che *«ricorrono ipotesi nelle quali del tutto legittimamente l'ordinamento pretende dal gestore del rischio di non attenersi unicamente alla disciplina cautelare positivizzata, e gli impone di adottare ulteriori comportamenti ad efficacia prevenzionale non espressamente previsti»*, e che, pertanto, anche in presenza di un “quadro cautelare normativizzato” è configurabile la colpa generica, sia “integratrice” (nel senso che l’agente è tenuto a osservare, oltre alla regola cautelare positivizzata, anche una regola cautelare non positivizzata, in caso di insufficienza della prima), sia “derogatrice” (nel senso che l’agente è tenuto a non

osservare la regola cautelare positivizzata, e ad osservare solo quella, diversa, non positivizzata, nel caso in cui la prima sia inefficace).

Le connesse necessità di determinatezza e di rispetto del principio di colpevolezza possono essere salvaguardate in base al principio secondo il quale la regola cautelare deve essere preesistente al fatto: ai fini della configurabilità di una colpa generica integratrice o derogatrice occorre infatti che la regola positivizzata *«sia stata riconosciuta dal consesso sociale di riferimento (in ragione delle acquisizioni tecniche e scientifiche o di consolidate conoscenze esperenziali, non assumendo rilievo l'osservanza di prassi non collimanti con tale patrimonio di conoscenze) come non più in grado di assicurare la eliminazione o la riduzione del rischio»* e che tale dato sia oggetto di accertamento processuale, nel senso che dovrà essere accertato nel processo che, prima del fatto, era stata acquisita l'insufficienza del presidio cautelare normativizzato e che erano state individuate prescrizioni comportamentali ulteriori.

«La positivizzazione della regola determina una presunzione di esaustività dei precetti cautelari che però si smarrisce di fronte alla conoscenza della inidoneità allo scopo nelle condizioni date. La tutela dell'affidamento del destinatario del precetto penale nella sufficienza dell'osservanza della regola positiva non richiede di negare la legittimità di una colpa generica 'aggiuntiva'. L'affidamento può assumere rilevanza a favore del soggetto se non gli era conoscibile l'insufficienza della regola codificata. Alla luce di quanto si è sin qui esposto deve concludersi che la positivizzazione della regola non può essere intesa dal gestore del rischio come garanzia di inesistenza di regole cautelari sociali convergenti verso la migliore gestione. Nelle attività lecite ma rischiose è principio di generale valenza l'inammissibilità di un comportamento di stampo burocratico».

Questi principi sono ritenuti applicabili anche alle regole emanate dai ccdd. enti di normazione, cioè alle “regole tecniche”, anch’esse vincolanti in modo defettibile, nel senso sopra descritto, in quanto anche la loro legittimazione è nella effettività della relazione di 'mezzo a fine', sicché esse devono essere osservate sin che non ne sia dimostrata l'inefficacia, con la conseguenza che regole come quelle emanate da organismi quali UNI, ISO, CEN, al fine di creare standard tecnici generalmente riconosciuti rappresentano *indici* di diligenza doverosa nel caso concreto.

Indice delle sentenze citate

Sentenze dalla Corte di cassazione

- Sez. 4, n. 32195 del 15/07/2010, Scagliarini, Rv. 248555
Sez. 4, n. 49821 del 23/11/2012, Lovison, Rv. 254094
Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn, Rv. 261111
Sez. 4, n. 5007 del 28/11/2018 - dep. 2019 -, Musso, Rv. 275017
Sez. 4, n. 27871 del 20/03/2019, Simeone, Rv. 276242
Sez. 4, n. 32507 del 16/04/2019, Romano, Rv. 27679702
Sez. 4, n. 15258 del 11/02/2020, Agnello, Rv. 279242
Sez. 4, n. 4480 del 17/11/2020 - dep. 2021 -, Tremacchi, Rv. 28039201
Sez. 4, n. 14179 del 10/12/2020 - dep. 2021 -, Costantino, Rv. 281014
Sez. 4, n. 10181 del 10/12/2020 - dep. 2021 -, Marulli, Rv. 280955
Sez. 4, n. 3911 del 17/12/2020 - dep. 2021 -, Galuppini, Rv. 28043003
Sez. 4, n. 32899 del 08/01/2021, Castaldo, Rv. 281997
Sez. 4, n. 20092 del 19/01/2021, Zanetti, Rv. 281174
Sez. 4, n. 5794 del 26/01/2021, Chierichetti, Rv. 28091401
Sez. 4, n. 5802 del 29/01/2021, Cribari, Rv. 280925
Sez. 4, n. 6513 del 27/01/2021, Savanelli, Rv. 28093301
Sez. 4, n. 21521 del 09/02/2021, Tiraoschi, Rv. 281246
Sez. 4, n. 24822 del 10/03/2021, Solari, Rv. 281433
Sez. 4, n. 26335 del 21/04/2021, L., Rv. 28149702
Sez. 4, n. 24915 del 10/06/2021, Paletti, Rv. 281489

CAPITOLO II

CIRCOSTANZE

CIRCOSTANZE “PRIVILEGIATE” E GIUDIZIO DI COMPARAZIONE

(ANDREA NOCERA)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. - 2. I termini del contrasto giurisprudenziale. - 3. Natura e regime delle circostanze “privilegiate”. - 4. Le modalità di svolgimento del giudizio di comparazione.

1. La questione controversa.

La questione rimessa alle Sezioni Unite (**Sez. U, n. 42414 del 29/04/2021, Cena Arturo, Rv. 28209601**) trae origine da un contrasto di giurisprudenza, segnalato ai sensi dell’art. 610 cod. proc. pen., in ordine alla possibile incidenza, sulla determinazione della pena da irrogare, delle circostanze attenuanti riconosciute in favore dell’imputato nel concorso con una o più circostanze aggravanti “privilegiate” ed aggravanti soggette al giudizio di bilanciamento.

Nel ricorso la difesa aveva denunciato l’errore nel calcolo del trattamento sanzionatorio in cui sarebbe incorso il giudice di merito che, nel concorso di due o più circostanze aggravanti ad effetto speciale, delle quali taluna “privilegiata”, e circostanze attenuanti, ha circoscritto il giudizio di comparazione *ex art. 69 cod. pen.* solo alle circostanze disomogenee non privilegiate, per poi applicare, all’esito, la sola pena determinata dalle aggravanti privilegiate, prendendo atto della neutralizzazione degli effetti delle attenuanti (generiche) riconosciute in favore dell’imputato, valutate in termini di equivalenza.

Il contrasto giurisprudenziale, rilevato in relazione alla fattispecie di furto in abitazione, appare di più ampio respiro perché riguarda tutte le ipotesi di circostanze sottratte al giudizio di comparazione *ex art. 69 cod. pen.*

Il quesito posto alle Sezioni Unite è stato formulato nei seguenti termini: «*Se le circostanze attenuanti, pur riconosciute in giudizio di equivalenza nel bilanciamento con circostanze aggravanti non privilegiate, debbano produrre in ogni caso il proprio effetto di attenuazione della pena risultante dal computo dell’aggravamento dovuto a circostanze aggravanti privilegiate, contestate e ravvisate*».

2. I termini del contrasto giurisprudenziale.

Sulla questione, un primo orientamento giurisprudenziale, espresso da Sez. 5, n. 47519 del 17/09/2018, P., Rv. 274181-01, ha affermato il principio di diritto, così massimato: «in tema di furto in abitazione, qualora più circostanze aggravanti ed attenuanti, soggette a giudizio di comparazione, concorrano con la circostanza aggravante ad effetto speciale di cui agli art. 624-bis, terzo comma e 625 cod. pen. (esclusa dal giudizio di bilanciamento) deve essere previamente effettuato il giudizio di comparazione *ex art.* 69 cod. pen. e nel caso in cui risultino prevalenti una o più circostanze ad effetto speciale torna applicabile, anche quanto alla aggravante "privilegiata" di cui agli art. 624-*bis*, terzo comma e 625 cod. pen., il regime del cumulo giuridico di cui all'art. 63, quarto comma, cod. pen.». Secondo tale opzione ermeneutica, nei casi di concorso eterogeneo di circostanze in cui sia coinvolto una aggravante privilegiata ed ulteriori circostanze aggravanti soggette al giudizio di comparazione ai sensi dell'art. 69 cod. pen. occorre prima procedere a tale giudizio tra circostanze «bilanciabili e, sul risultato così ottenuto, applicare le ulteriori regole di calcolo dettate per l'aggravante privilegiata [...]». Non è consentito prescindere dalla comparazione tra circostanze disomogenee che siano bilanciabili, altrimenti «si perverrebbe al risultato incongruo per cui la sola presenza di una circostanza "privilegiata" determinerebbe una estensione del regime di "privilegio" a tutte le altre circostanze coesistenti, sottraendole al bilanciamento».

L'orientamento in esame segue i canoni applicativi indicati da Sez. U, n. 10713 del 25/02/2010, Contaldo, Rv. 245930 – 01 con riferimento alla cosiddetta attenuante privilegiata della “dissociazione attuosa”, prevista dall'art. 8 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, convertito in legge 12 luglio 1991 n. 203. Le Sezioni Unite hanno affermato che, in caso di riconoscimento di tale attenuante ad effetto speciale, ove ricorrano altre circostanze attenuanti in concorso con circostanze aggravanti soggette al giudizio di comparazione, nella determinazione della pena il giudizio di bilanciamento deve sempre precedere l'applicazione della attenuante privilegiata. Sulla pregiudizialità del giudizio di bilanciamento, la Corte richiama quanto affermato da Sez. U, n. 38518 del 27/11/2014, dep. 2015, Ventrici, Rv. 264674-01, secondo cui «l'applicazione di criteri di bilanciamento degli elementi circostanziali del reato *ex art.* 69 cod. pen. è pregiudiziale rispetto alla regola di cui all'art. 63 quarto comma cod. pen.».

Applicando tale metodo di calcolo, in caso di concorso tra circostanze disomogenee, l'eventuale riconoscimento di una circostanza attenuante, ove valutata nel giudizio di bilanciamento in termini di equivalenza rispetto ad una o più circostanze aggravanti non privilegiate, non può comportare alcuna

diminuzione della pena determinata in ragione della aggravante privilegiata, sottratta alla comparazione, che determinerà in modo autonomo la pena.

Un più recente orientamento, espresso da Sez. 5, n. 19083 del 26/02/2020, *Raidich*, Rv. 279209-01, si è posto in consapevole dissenso con il precedente. Sempre in tema di furto in abitazione, la Quinta Sezione ha, infatti, affermato che, qualora più circostanze aggravanti ed attenuanti soggette a giudizio di comparazione concorrano con la circostanza aggravante privilegiata di cui agli artt. 624-*bis*, comma terzo, e 625 cod. pen., sulla pena determinata in ragione dell'aumento applicato per questa, sottratta al giudizio di comparazione, deve essere calcolata la diminuzione per le eventuali attenuanti riconosciute, ancorché queste siano state separatamente assorbite con giudizio di equivalenza nel bilanciamento con altre aggravanti non privilegiate».

Seguendo una interpretazione costituzionalmente orientata della norma introduttiva del “privilegio”, allo scopo di quantificare la pena nel modo più aderente al caso concreto ed al disvalore complessivo dell'azione delittuosa, Sez. 5, “*Raidich*”, propone una peculiare articolazione del giudizio di bilanciamento, nel rispetto delle autonome regole che governano il concorso delle aggravanti privilegiate con altre circostanze di segno opposto. Fermo restando che il giudizio di bilanciamento non può che essere circoscritto alle sole aggravanti ed attenuanti non assistite dal “privilegio”, viene salvaguardata l'incidenza delle attenuanti, anche se valutate in termini di equivalenza, sulla commisurazione della pena determinata in riferimento all'aggravante privilegiata, ed a maggior ragione quando tale esito sia normativamente imposto, come nel caso previsto dal quarto comma dell'art. 69 cod. pen.

3. Natura e regime delle circostanze “privilegiate”.

Le Sezioni Unite analizzano in via preliminare le basi normative della questione, evidenziando che non può essere individuata una categoria unitaria di circostanze privilegiate, per la differenza dei beni giuridici, comunque primari, tutelati dalle singole disposizioni normative che le prevedono.

Nel caso di specie viene in rilievo la circostanza aggravante di cui all'art. 624-*bis*, comma quarto cod. pen., introdotta dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, che configura una circostanza aggravante a c.d. “blindatura forte”, laddove dispone che, in caso di furto in abitazione (e furto con strappo) aggravato dalle circostanze di cui all'art. 625 cod. pen., le attenuanti (salvo che si tratti di quelle di cui agli artt. 98 e 625-*bis* cod. pen.) si computano, in assenza di altre aggravanti, solo dopo la determinazione della pena per il reato aggravato, in deroga alla disposizione

generale di cui all'art. 69 cod. pen., che disciplina il concorso tra circostanze eterogenee.

Nel catalogo delle circostanze privilegiate rientrano, inoltre, quelle previste in tema di terrorismo (art. 1, terzo comma, d.l. 15 dicembre 1979, n. 625, convertito dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15, art. 280, quinto comma cod. pen. e, dal 2003, art. 280-bis, quinto comma, cod. pen.), di falsità finalizzate all'indebito conseguimento di contributi statali disposti a favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici in Irpinia (art. 15-*quater*, d.l. 26 novembre 1980, n. 776 convertito dalla legge 22 dicembre 1980 n.874), di reati di stampo mafioso (art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, ora art. 416-bis.1 cod. pen.), di contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291- *ter*, terzo comma, d.P.R. 23 gennaio 1973, n.43, ove però il regime di privilegio è limitato al caso di concorso tra le aggravanti di cui al secondo comma, lett. a, della medesima disposizione e le circostanze attenuanti generiche); ed ancora, l'aggravante prevista dall'art. 7, d.l. 31 dicembre 1991, n. 419, convertito dalla legge 8 febbraio 1992, n. 172, in relazione ai delitti elencati nell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen., nel caso in cui il determinatore sia stato il genitore che esercita la potestà genitoriale o il fratello o la sorella, e l'aggravante della discriminazione razziale (art. 3, d.l. 26 aprile 1993, n. 112, convertito dalla legge 25 giugno 1993, n. 205, ora art. 604-ter cod. pen.).

Nel ventaglio di tali disposizioni aggravatrici sono da includere anche quelle previste in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12, comma 3-*quater*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), di reati di riduzione in schiavitù, di tratta e di prostituzione e pornografia minorile (art. 600-*sexies* cod. pen., ora 602-ter, decimo comma, cod. pen.), di reati transnazionali (art. 4, legge 16 marzo 2006, n. 146, ora art. 61-*bis*, cod. pen.), di recidiva reiterata (art. 69, quarto comma, cod. pen.), di reati di omicidio e lesioni colpose causate da chi in versa in uno stato di ebbrezza alcolica in violazione della normativa del Codice della strada (art. 590-*quater*, cod. pen.) e di illecito utilizzo delle tecniche di sperimentazione sugli embrioni (art. 13, legge 19 febbraio 2004, n. 40).

Il quadro delle circostanze aggravanti dotate di "privilegio" è stato successivamente ampliato in modo significativo per effetto della legge 15 luglio 2009, n. 94, recante "disposizioni in materia di sicurezza pubblica", per i reati posti a tutela del patrimonio, in relazione a condotte aggressive particolarmente violente o insidiose, come nel caso delle ipotesi aggravate di rapina od estorsione, oppure in tema di sicurezza stradale con riferimento a condotte di guida particolarmente pericolose per l'incolumità altrui (artt. 186, comma 2-*sexies* e 187, comma 1-*quater*, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 295).

Canone applicativo comune alle aggravanti elencate è il divieto di prevalenza e di equivalenza delle concorrenti circostanze attenuanti, la cui formulazione («le diminuzioni di pena si operano sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante»), utilizzata anche nell'art. 624-bis, ultimo comma, cod. pen., riproduce le indicazioni dettate dalla Corte costituzionale con le sentenze 38 del 1985 e n. 194 del 1985.

4. Le modalità di svolgimento del giudizio di comparazione.

Le Sezioni Unite, nel fornire la soluzione al quesito posto, hanno affermato il principio di diritto così massimato: « *Le circostanze attenuanti che concorrono con aggravanti soggette a giudizio di comparazione ed una aggravante che non lo ammette in modo assoluto devono essere previamente sottoposte a tale giudizio e, se ritenute equivalenti, si applica la pena che sarebbe inflitta per il reato aggravato dalla circostanza "privilegiata", senza tener conto delle stesse. (Fattispecie relativa alle circostanze aggravanti "privilegiate" di cui all'art. 625 cod. pen.).» (Rv. 28209601).*

La soluzione, in adesione al primo degli orientamenti illustrati, si fonda su una approfondita riflessione sui rapporti tra principio di legalità e discrezionalità del giudice nella determinazione della pena in concreto, alla luce delle modifiche normative in tema di circostanze del reato succedutesi nel tempo.

Si osserva, in particolare, che l'art. 69, quarto comma, cod. pen. ha subito una profonda rimodulazione ad opera del d.l. 11 aprile 1974, n. 99, contenente provvedimenti urgenti sulla giustizia penale, convertito dalla legge 7 giugno 1974, n. 220, ampliando l'ambito della discrezionalità del giudice ed estendendo il giudizio di bilanciamento a qualsiasi circostanza, anche a quelle c.d. indipendenti o ad effetto speciale, originariamente soggette ad un regime differenziato e sottratte al bilanciamento.

I successivi interventi normativi hanno introdotto ipotesi di deroga al meccanismo della comparazione, in caso di concorso tra circostanze eterogenee, in ragione del “privilegio” riconosciuto a talune circostanze aggravanti, al fine di perseguire una politica di più rigoroso contrasto di alcune condotte delittuose, a tutela di beni interessi primari. Tali interventi hanno nuovamente limitato, per specifiche fattispecie di reato, l'ambito della discrezionalità del giudice nella misura in cui deve garantire l'applicazione delle circostanze aggravanti “privilegiate”, potendo questi tener conto delle circostanze attenuanti concorrenti solo dopo aver calcolato l'aggravamento di pena previsto per le citate aggravanti.

Le deroghe normative, pur consistenti in una «grave limitazione» della discrezionalità del giudice, hanno superato il vaglio di legittimità (C. cost. n. 38 del 1985; n. 194 del 1985, n. 88 del 2019) avendo la Corte costituzionale, in

un'ottica di inasprimento sanzionatorio, riconosciuto la possibilità per il legislatore di sospendere l'applicazione dell'art. 69 cod. pen., vincolando, nell'esito, il potere discrezionale di operare il bilanciamento a compensazione delle aggravanti o a favore delle attenuanti, purché non si accompagni anche alla irrilevanza *ex lege* delle circostanze attenuanti.

Si offre in tal modo un'interpretazione correttiva delle norme di deroga all'ordinario regime di concorso eterogeneo di circostanze, che salvaguarda un eventuale spazio di applicazione delle circostanze attenuanti, ove concorra con un'aggravante privilegiata, facendo salva la discrezionalità del giudice nell'alternativa tra la scelta di effettuare il bilanciamento, dall'esito vincolato *ope legis* in favore dell'aggravante – ma posposto rispetto al giudizio comparativo – oppure non effettuarlo e applicare congiuntamente gli aumenti e le diminuzioni di pena *ex art.* 63 cod. pen. Il vincolo alla discrezionalità del giudice non investe la fase (logicamente antecedente) della scelta se procedere o meno alla valutazione comparativa delle circostanze ma quella successiva, in cui la prevalenza dell'aggravante “blindata” è imposta dalla norma.

Sul punto, la richiamata Sez. U, “Contaldo”, Rv. 24593001, in relazione alla attenuante privilegiata della dissociazione attuosa, ha evidenziato che il meccanismo della premialità non può obliterare la oggettiva gravità ed offensività del fatto, che è sempre rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, anche attraverso il giudizio di bilanciamento. Sulle stesse orme, Sez. U, “Ventrici”, Rv. 26467401, hanno sottolineato la necessità di salvaguardare i criteri di bilanciamento previsti dall'art. 69 cod. pen. per il concorso di circostanze eterogenee e quelli di cui all'art. 63 cod. pen. per l'ipotesi di concorso omogeneo di circostanze, derivanti dalla coesistenza di più circostanze aggravanti ad effetto speciale, ovvero di più circostanze attenuanti ad effetto speciale.

Il sistema delle circostanze del reato, che disciplina l'applicazione degli aumenti o diminuzioni di pena in caso di circostanze omogenee *ex art.* 63 cod. pen ed il bilanciamento in caso di concorso di circostanze eterogenee *ex art.* 69 cod. pen., non consente di sottrarre al giudizio di bilanciamento le circostanze attenuanti e le circostanze aggravanti non munite di “privilegio”, fermo restando il vincolo indicato all'art. 69, quarto comma, cod. pen. Pertanto, nel caso in cui tale bilanciamento si concluda, in applicazione del disposto di cui all'art. 69, quarto comma, cod. pen., con un giudizio di equivalenza tra le circostanze attenuanti generiche e la recidiva, il computo finale deve arrestarsi alla modulazione della pena edittale prevista dalla aggravante privilegiata (nella specie, *ex art.* 624-bis, quarto comma, cod. pen.).

Nel caso in esame, in cui l'ulteriore circostanza aggravante concorrente con quella privilegiata è la recidiva reiterata, gli elementi mitigatori delle attenuanti

(generiche) "neutralizzate" all'esito del giudizio di bilanciamento possono essere valutati nell'ambito dei criteri di commisurazione della pena di cui all'art. 133 cod. pen., quando il giudice ritenga che il giudizio di equivalenza non abbia esaurito la portata attenuatrice delle circostanze riconosciute all'imputato nel caso specifico.

L'applicazione della aggravante della recidiva ex art. 99, quarto comma, cod. pen., come modificata dalla legge 5 dicembre 2005, 251, che ha escluso la possibilità di dichiarare la prevalenza rispetto ad essa le circostanze attenuanti, determina la piena operatività del bilanciamento disciplinato dall'art. 69 cod. pen., garantendo la conformità del trattamento sanzionatorio al principio di proporzionalità della pena (art. 27 Cost.), che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra l'autore e il fatto secondo indici sintomatici, in riferimento alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale.

Alla luce di tali considerazioni, le Sezioni unite ritengono che la soluzione espressa da Sez. 5, "Raidich", Rv. 279209-01, non sia convincente, risultando non irragionevole l'introduzione del vincolo alla discrezionalità del giudice derivante dal vincolo del privilegio di talune aggravanti, che, imponendo la prevalenza, riduce l'ambito di efficacia delle circostanze attenuanti eventualmente riconosciute dal giudice.

Infine, un ulteriore argomento a sostegno della soluzione adottata è tratto dalla sentenza C. cost., n. 117 del 2021 - depositata nelle *more* della redazione della motivazione della sentenza in commento - che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 624-bis cod. pen., nel testo vigente, quanto alla previsione derogatoria del giudizio di bilanciamento con le circostanze attenuanti.

La Corte costituzionale ha osservato, per un verso, che «è precluso anche il giudizio di equivalenza oltre che di prevalenza, così rafforzandosi il 'privilegio' delle aggravanti», ma, per altro verso, che è stabilito che le diminuzioni di pena per le circostanze attenuanti riconosciute siano apportate a valere «sulla quantità della stessa risultante dall'aumento conseguente alle predette circostanze aggravanti». Nella specie, per il delitto di furto in abitazione «il divieto di bilanciamento è posto a servizio di un bene giuridico di primario valore - l'intimità della persona raccolta nella sua abitazione -, al quale il legislatore ha scelto di assegnare una tutela rafforzata, con opzione discrezionale e non irragionevole».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 10713 del 25/02/2010, Contaldo, Rv. 245930-01

Sez. U, n. 38518 del 27/11/2014, dep. 2015, Ventrici, Rv. 264674-01

Sez. 5, n. 47519 del 17/09/2018, P., Rv. 274181-01

Sez. 5, n. 19083 del 26/02/2020, Raidich, Rv. 279209-01

Sez. U, n. 42414 del 29/04/2021, Cena Arturo, Rv. 282096-01

Sentenze della Corte costituzionale

C. cost. n. 38 del 1985

C. cost. n. 194 del 1985

C. cost. n. 88 del 2019

CAPITOLO III

COMMISSIONE DEL FATTO IN TEMPO DI NOTTE E CIRCOSTANZA AGGRAVANTE DELLA MINORATA DIFESA

(MARIA CRISTINA AMOROSO)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa. – 3. Le Sezioni Unite n. 40275 del 15/07/2021, Cardellini Erik Alexander, Rv. 282095.

1. Premessa.

Nell'anno 2021 le Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere la questione di diritto: «se la commissione del fatto in tempo di notte configuri di per sé solamente, la circostanza aggravante della minorata difesa di cui all'articolo 61, comma 1, n. 5 cod. pen.».

2. La Giurisprudenza di legittimità sulla questione controversa.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite dalla Quinta sezione penale che, con ordinanza del 12 marzo 2021, n. 10778, ha rilevato l'esistenza di contrasti interpretativi in ordine alla sussistenza dell'aggravante di cui all'articolo 61, primo comma, n. 5, cod. pen., e ha disposto la remissione alle Sezioni Unite ai sensi dell'articolo 618, comma 1, cod. proc. pen.

Secondo un primo orientamento estensivo, la commissione del reato in ora notturna integra di per sé gli estremi dell'aggravante della minorata difesa, sia in virtù della ridotta vigilanza pubblica che nelle ore notturne viene esercitata nelle pubbliche vie, sia a causa delle minori capacità di sorveglianza anche da parte dei privati.

In forza di tale orientamento, la circostanza deve essere contestata sic et simpliciter in ragione del tempo di notte in cui la condotta delittuosa si articola. Tale lettura attribuisce alla norma la massima estensione applicativa, posto che, in sostanza, perché l'aggravante sia imputata, è sufficiente la realizzazione del reato in via del tutto occasionale nelle ore notturne, anche qualora l'oscurità non abbia per nulla agevolato la commissione del reato.

Al tempo di notte viene, dunque, attribuita una pericolosità presunta, non scalabile dagli elementi fattuali del caso concreto, che potrebbero, al contrario, attestare un accrescimento nelle ore notturne della difesa da parte del titolare del bene minacciato.

Sono espressione di quest'orientamento le seguenti decisioni: Sez. 5, n. 40035 del 18/06/2019, Cerami, Rv. 277603; Sez. 5, n. 20480 del 26/02/2018, Lo Manto, Rv. 272602; Sez. 5, n. 7433 del 13/01/2011, Santamaria, Rv. 249603; Sez. 5, n. 32244 del 26/01/2015, Halilovic, Rv. 265300; Sez. 5, n. 19615 del 11/03/2011, Garritane, Rv. 250183; Sez. 5, n. 35616 del 27/05/2010, Di Mella, Rv. 248883; Sez. 4, n. 34354 del 08/07/2009, Perica, Rv. 24498801; Sez. 1, n. 10268 del 9/10/1996, imp. Bertotti, Rv. 206117.

Per un secondo orientamento, invero maggioritario, il solo tempo di notte non è sufficiente di per sé ad integrare la sussistenza dell'aggravante dovendo verificarsi se, anche per l'esistenza di altre condizioni, si possa ritenere in concreto diminuita la capacità di difesa.

Tale interpretazione si fonda sulla necessità di assicurare alla fattispecie circostanziale una più sicura rispondenza al principio di offensività, posto che, come sottolineato dalle Sezioni Unite, l'obbligo per l'interprete di adattare le norme penali alla Costituzione in via ermeneutica, rendendole applicabili solo ai fatti concretamente offensivi, ovvero offensivi in misura apprezzabile, è riferibile anche alle fattispecie circostanziali, che, quindi dovranno essere ricostruite «in conformità al principio di offensività, sicché tra i molteplici significati eventualmente compatibili con la lettera della legge si dovrà operare una scelta con l'aiuto del criterio del bene giuridico, considerando fuori del tipo di fatto incriminato i comportamenti non offensivi dell'interesse protetto» (Sez. U, n. 40354 del 18/07/2013 - dep. 30/09/2013, Sciuscio, Rv. 255974).

Solo un accertamento in concreto, quindi, caso per caso, delle condizioni che consentano, attraverso una complessiva valutazione, di ritenere effettivamente realizzata una diminuita capacità di difesa sia pubblica che privata, può assicurare la coerenza dell'applicazione della circostanza aggravante con il suo fondamento giustificativo, che è il maggior disvalore della condotta derivante dall'approfittamento delle «possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerte dal particolare contesto in cui l'azione verrà a svolgersi»: maggior disvalore, a sua volta, necessario a dar conto della concreta maggiore offensività che giustifica, nel singolo caso, l'aggravamento sanzionatorio comminato dall'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen.

L'ordinanza di rimessione annovera in tale orientamento: Sez. 5, n. 12051 del 14/01/2021, Grim Karim Sidal, Rv. 280812 - 01; Sez. 4, n. 34357 del 25/11/2020, Amato, Rv. 280052; Sez. 5, n. 15674 del 4/5/2020, Foti; Sez. 4, n. 17121 del 04/02/2020, Anghel, Rv. 279243; Sez. 5, n. 7026 del 13/01/2020, Nisco, Rv. 278855; Sez. 1, n. 39349 del 11/07/2019, Marini, Rv. 276876; Sez. 4, n. 30990 del 17/05/2019, Tanzi, Rv. 276794; Sez. 4, n. 10060 del 14/02/2019, Slama, Rv. 275272; Sez. 2, n. 23153 del 19/12/2018, dep. 2019, O., Rv.276655;

Sez. 5, n. 32813 del 06/02/2019, Alvaro, Rv. 277086; Sez. 5, n. 50500 del 04/07/2018, Vlaicu, Rv. 274724; Sez. 5, n. 53409 del 18/06/2018, A., Rv. 274187; Sez. 4, n. 15214 del 06/03/2018, Ghezzi, Rv. 273725; Sez. 5, n. 1917 del 8/10/2017 Bux; Sez. 4, n. 53570 del 05/10/2017, Torre, Rv. 271259; Sez. 4, n. 53343 del 30/11/2016, Mihai, Rv. 268697; Sez. 2, n. 28795 del 11/05/2016, De Biasi, Rv. 267496; Sez. 2, n. 43128 del 07/10/2014, Apicella, Rv. 260530; Sez. U, n. 52117 del 17/07/2014, Pg in proc. Prevete e altro, Rv. 261186; Sez. 2, n. 6608 del 14/11/2013, dep. 12/02/2014, Di Guida, Rv. 258337; Sez. U, n. 40354 del 18/07/2013, Sciuscio, Rv. 255974; Sez. 5, n. 38347 del 13/07/2011, dep. 24/10/2011, Cavò, Rv. 250948; Sez. 5, n. 19615 del 11/03/2011, Garritano, Rv. 250183; Sez. 2, n. 3598 del 18/01/2011, Salvatore, Rv. 249270; Sez. 2, n. 35997 del 23/09/2010, dep. 07/10/2010, Licciardello, Rv. 248163;

Sez. 5, n. 8819 del 02/02/2010, Maero, Rv. 246160; Sez. 2, n. 5266 del 13/12/2005, dep. 2006, Moscato, Rv. 233573; Sez. 1, n. 10268 del 09/10/1996, Bertotti, Rv. 206117; Sez. 1, n. 10016 del 25/05/1987, Arena, Rv. 176710; Sez. 2, n. 6694 del 03/02/1976, Stipa, Rv. 136921; Sez. 1, n. 323 del 2/10/1971, dep. 1972, Scalia, Rv. 119880; Sez. 2, n. 2420 del 03/12/1969, dep. 1970, Contini, Rv. 114122; Sez. 2, n. 1323 del 26/05/1969, Gerardi, Rv. 113016; Sez. 2, n. 1638 del 21/06/1968, Signorelli, Rv. 109596; Sez. 2, n. 2196 del 30/10/1968, dep. 1969, Raidone, Rv. 110892.

3. Le Sezioni Unite n. 40275 del 15/07/2021, Cardellini Erik Alexander, Rv. 282095.

Le Sezioni Unite n. 40275 del 15/07/2021, Cardellini Erik Alexander, Rv. 282095 hanno enunciato i principi di diritto così massimati: «*La commissione del reato in tempo di notte è idonea ad integrare, anche in difetto di ulteriori circostanze di tempo, di luogo o di persona, la circostanza aggravante della cosiddetta "minorata difesa", essendo peraltro sempre necessario che la pubblica o privata difesa ne siano rimaste in concreto ostacolate e che non ricorrano circostanze ulteriori, di natura diversa, idonee a neutralizzare il predetto effetto*» e «*ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante della minorata difesa, prevista dall'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., le circostanze di tempo, di luogo o di persona, di cui l'agente abbia profittato, devono tradursi, in concreto, in una particolare situazione di vulnerabilità del soggetto passivo del reato, non essendo sufficiente l'idoneità astratta delle predette condizioni a favorire la commissione dello stesso*».

Il Supremo Consesso ha, quindi, optato per una soluzione che si colloca in una posizione intermedia tra i due orientamenti contrapposti, reputando che, ferma l'astratta idoneità della commissione del reato in tempo di notte ad integrare la circostanza aggravante di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen.,

l'applicabilità della stessa presuppone l'accertamento della sua effettiva incidenza sulle possibilità di difesa nel caso concreto.

4. Il contenuto della pronuncia.

L'*incipit* della pronuncia è costituito dalla disamina delle contrapposte posizioni e dal rilievo della esiguità delle decisioni che valorizzano, di per sé, la commissione del reato in "tempo di notte", in difetto della verifica concreta della sua incidenza.

La sentenza prosegue, poi, dando conto dell'esistenza di ulteriori contrasti concettualmente analoghi a quello devoluto.

Il primo avente ad oggetto la valenza, ai fini dell'esclusione dell'ostacolo alla difesa pubblica o privata contro reati commessi in tempo di notte, della predisposizione nel *locus commissi delicti* di un sistema di videosorveglianza.

Il secondo riguardante la possibilità che la commissione del fatto in danno di persone di età avanzata configuri, di per sé solamente, la circostanza aggravante della minorata difesa di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen.

Tanto premesso, la Corte evidenzia l'esistenza di una ricorrente valutazione legislativa di maggiore offensività delle condotte poste in essere in "tempo di notte" desumibile sia dalla genesi dell'attuale circostanza aggravante della "minorata difesa" prevista dall'art. 61, primo comma, n. 5, sia dall'esistenza di specifiche previsioni codicistiche che richiamano tale concetto, facendo in alcuni casi riferimento specifico al solo "tempo di notte", quali l'art. 55, secondo comma, cod. pen.; l'art. 131-bis, secondo comma, cod. pen.; l'art. 613-bis, primo comma, cod. pen., l'art. 699, terzo comma, cod. pen., e l'art. 187, comma 1-quater, cod. strada.

Precisa che ai fini dell'integrazione della circostanza aggravante di cui all'art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., occorre che qualsiasi tipo di circostanza fattuale valorizzabile (di tempo, di luogo, di persona, anche in riferimento all'età) agevoli commissione del reato, rendendo la pubblica o privata difesa, ancorché non impossibile, concretamente ostacolata, occorrendo sempre verificare, sulla base di un giudizio di prognosi postuma, operato ex ante ed in concreto, il contesto e le peculiari condizioni che abbiano effettivamente agevolato la consumazione del reato, incidendo in concreto sulle possibilità di difesa.

Ciò perché la norma citata, in quanto disposizione penale di sfavore, deve essere interpretata nel rispetto della sopravvenuta Costituzione repubblicana e, pertanto, applicabile solo ai fatti che, in base ad un accertamento in concreto, caso per caso, risultino offensivi in misura apprezzabile, evitando automatismi

fondati su presunzioni assolute, che vulnererebbero i valori della Carta Fondamentale.

In quest'ottica l'interprete non può limitarsi a richiamare dati astratti, dovendo considerare lo specifico contesto e in cui si sono verificate le vicende storico-fattuali oggetto d'imputazione, sì da enucleare, in concreto, l'effettivo ostacolo alla pubblica e privata difesa che sia, in ipotesi, derivato dalla commissione del reato nella circostanza in concreto valorizzata nonché l'approfittamento di essa da parte del soggetto agente.

In riferimento allo specifico aspetto della commissione del reato in "tempo di notte" la Corte precisa che l'interprete deve, pertanto, stabilire in concreto l'effetto di "ostacolo alla pubblica o privata difesa" che sia in ipotesi derivato dalla commissione del fatto in tempo di notte, e, in particolare, verificare: se le ordinarie connotazioni del tempo di notte ricorrano effettivamente nel singolo caso di specie (considerando, ad esempio, l'illuminazione e l'ubicazione del *locus commissi delicti*, il sonno delle vittime, la presenza di terzi *in loco* pronti ad intervenire, la presenza di vigilanza pubblica o privata intensa ed attiva); se sussistano circostanze ulteriori, di qualunque natura, atte a vanificare il predetto effetto di ostacolo: a tal fine la giurisprudenza ha sinora valorizzato essenzialmente la predisposizione di un sistema di vigilanza privata e/o di un sistema di video sorveglianza; se il soggetto agente abbia profittato di quella obiettiva situazione di vulnerabilità in cui versava il soggetto passivo.

Detta verifica soggettiva ben può essere limitata alla constatazione dell'inevitabile consapevolezza dell'aver agito in tempo di notte, in condizioni di effettiva minorata difesa per la vittima e le pubbliche autorità: come chiarito da autorevole dottrina, «la contingenza favorevole deve non solo oggettivamente sussistere, ma essere conosciuta dall'agente, che solo così ne può "profittare"».

La soluzione prescelta, afferma espressamente la Corte, consente di superare i profili di criticità che ognuno dei due orientamenti contrapposti presenterebbe se letti nelle loro espressioni estreme.

Optando per il primo orientamento, infatti, si finirebbe col valorizzare inammissibilmente una presunzione assoluta di minorata difesa in caso di reati commessi in tempo di notte, che svilendo la necessità di accertare in concreto il ricorrere della predetta condizione, violerebbe il principio di offensività.

Aderendo al secondo, invece, si giungerebbe all'erronea conclusione che la commissione del reato in tempo di notte non rientra di per sé tra le circostanze valorizzabili ex art. 61, primo comma, n. 5, cod. pen., o che il ricorrere di una sola circostanza "di tempo, di luogo o di persona" non sia sufficiente ad integrare la circostanza aggravante *de qua*.

In maniera consequenziale al principio enunciato, il Supremo Consesso ha altresì affermato che la circostanza aggravante dell'aver profittato di circostanze tali da ostacolare la pubblica o privata difesa ha natura oggettiva ed è compatibile con i soli reati dolosi (per la non configurabilità di una condotta colposa di "profittamento"), e quindi anche con il mero dolo eventuale, in quanto è sufficiente che il soggetto attivo percepisca in modo cosciente il vantaggio derivante dalla situazione che pregiudica la difesa della vittima e se ne giovi all'atto di realizzare la condotta.

Ha poi aggiunto che l'onere della prova della sussistenza in concreto delle ordinarie connotazioni del tempo di notte e dell'assenza di circostanze ulteriori, atte a vanificare l'effetto di ostacolo alla pubblica e privata difesa ricollegabile all'aver agito in tempo di notte, grava naturalmente sul pubblico ministero e che, per quanto non emergente *ex actis*, spetta all'imputato fornire le indicazioni e gli elementi necessari all'accertamento di circostanze fattuali altrimenti ignote che siano in astratto idonee, ove riscontrate, ad escludere la configurazione in concreto della circostanza aggravante.

In applicazione della medesima *ratio* le Sezioni Unite hanno risolto la questione (non devoluta, ma a sua volta oggetto di un contrasto analogo a quello devoluto) riguardante la possibile valenza dell'età della vittima ai fini dell'integrazione della medesima circostanza aggravante.

Quanto alla rilevanza o meno dell'esistenza nel *locus commissi delicti* di un impianto di videosorveglianza, pure oggetto di un contrasto giurisprudenziale, il Supremo Consesso ha chiarito trattarsi di una costituisce mera *quaestio facti*, in ordine alla quale non è possibile enunciare un principio di diritto precisando che «l'esistenza di un siffatto impianto potrà essere valorizzata per escludere la circostanza aggravante de qua nei casi in cui l'impianto di videoripresa, atto di per sé a consentire ex post l'individuazione dei responsabili del reato, sia collegato alla centrale operativa di polizia o di un istituto di vigilanza privata, sì da consentire il tempestivo accorrere di soccorsi. In altri casi in cui l'impianto sia spento o altrimenti disattivato dal soggetto agente, o sia privo del collegamento con centrali operative delle forze dell'ordine o di istituti di vigilanza privati, la sua installazione non rileverà ai fini dell'esclusione della circostanza aggravante in esame».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

- Sez. 2, n. 1638 del 21/06/1968, Signorelli, Rv. 109596
Sez. 2, n. 2196 del 30/10/1968, dep. 1969, Raidone, Rv. 110892
Sez. 2, n. 2420 del 03/12/1969, dep. 1970, Contini, Rv. 114122
Sez. 2, n. 1323 del 26/05/1969, Gerardi, Rv. 113016
Sez. 1, n. 323 del 2/10/1971, dep. 1972, Scalia, Rv. 119880
Sez. 2, n. 6694 del 03/02/1976, Stipa, Rv. 136921
Sez. 1, n. 10016 del 25/05/1987, Arena, Rv. 176710
Sez. 1, n. 10268 del 09/10/1996, Bertotti, Rv. 206117
Sez. 1, n. 10268 del 9/10/1996, imp. Bertotti, Rv. 206117
Sez. 2, n. 5266 del 13/12/2005, dep. 2006, Moscato, Rv. 233573
Sez. 4, n. 34354 del 08/07/2009, Perica, Rv. 24498801
Sez. 5, n. 8819 del 02/02/2010, Maero, Rv. 246160
Sez. 2, n.35997 del 23/09/2010, dep. 07/10/2010, Licciardello, Rv. 248163
Sez. 5, n. 35616 del 27/05/2010, Di Mella, Rv. 248883
Sez. 5, n. 7433 del 13/01/2011, Santamaria, Rv. 249603
Sez. 2, n. 3598 del 18/01/2011, Salvatore, Rv. 249270
Sez. 5, n. 19615 del 11/03/2011, Garritano, Rv. 250183
Sez. 5, n. 38347 del 13/07/2011, dep. 24/10/2011, Cavò, Rv. 250948
Sez. U, n. 40354 del 18/07/2013 - dep. 30/09/2013, Sciuscio, Rv. 255974
Sez. 2, n. 6608 del 14/11/2013, dep. 12/02/2014, Di Guida, Rv. 258337
Sez. U, n. 52117 del 17/07/2014, Pg in proc. Prevete e altro, Rv. 261186
Sez. 2, n. 43128 del 07/10/2014, Apicella, Rv. 260530
Sez. 5, n. 32244 del 26/01/2015, Halilovic, Rv. 265300
Sez. 2, n. 28795 del 11/05/2016, De Biasi, Rv. 267496
Sez. 4, n. 53343 del 30/11/2016, Mihai, Rv. 268697
Sez. 4, n. 53570 del 05/10/2017, Torre, Rv. 271259
Sez. 5, n. 1917 del 8/10/2017 Bux
Sez. 5, n. 20480 del 26/02/2018, Lo Manto, Rv. 272602
Sez. 4, n. 15214 del 06/03/2018, Ghezzi, Rv. 273725
Sez. 5, n. 53409 del 18/06/2018, A., Rv. 274187
Sez. 5, n. 50500 del 04/07/2018, Vlaicu, Rv. 274724
Sez. 2, n. 23153 del 19/12/2018, dep. 2019, O., Rv.276655
Sez. 5, n. 32813 del 06/02/2019, Alvaro, Rv. 277086
Sez. 4, n. 10060 del 14/02/2019, Slama, Rv.275272
Sez. 4, n. 30990 del 17/05/2019, Tanzi, Rv. 276794
Sez. 5, n. 40035 del 18/06/2019, Cerami, Rv. 277603

Sez. 1, n. 39349 del 11/07/2019, Marini, Rv. 276876

Sez. 5, n. 7026 del 13/01/2020, Nisco, Rv. 278855

Sez. 4, n. 17121 del 04/02/2020, Anghel, Rv. 279243

Sez. 5, n. 15674 del 4/5/2020, Foti

Sez. 4, n. 34357 del 25/11/2020, Amato, Rv. 280052

Sez. 5, n. 12051 del 14/01/2021, Grim Karim Sidal, Rv. 280812

Sez. U, n. 40275 del 15/07/2021, Cardellini Erik Alexander Rv. 282095

CAPITOLO IV

CRITERI DI COMPUTO DELLA CONTINUAZIONE E MOTIVAZIONE DEGLI AUMENTI

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. - 2. La valorizzazione del dato normativo. - 3. Le puntualizzazioni contenute nella sentenza "Sebbar". - 4. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite. - 4.1. L'obbligo di motivazione sull'entità degli aumenti.

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.

La Terza Sezione ha disposto la rimessione alle Sezioni Unite della questione concernente le modalità di computo e l'onere di motivazione relativo agli aumenti della pena disposti a titolo di continuazione. In particolare, con il quesito proposto si chiedeva alle Sezioni Unite di stabilire "Se, in tema di reato continuato, il giudice, nel determinare la pena complessiva, oltre ad individuare il reato più grave e stabilire la pena base per tale reato, debba anche calcolare l'aumento di pena in modo distinto per i singoli reati satellite o possa determinarlo unitariamente per il complesso dei reati satellite".

Sul tema si registrava un contrasto in giurisprudenza.

Secondo una prima soluzione interpretativa, in tema di determinazione della pena per il reato satellite, non sussiste un obbligo di specifica motivazione per ogni singolo aumento, essendo sufficiente indicare le ragioni a sostegno della quantificazione della pena base.

Si riteneva che l'obbligo motivazionale potesse essere soddisfatto con il solo riferimento all'art. 133 cod. pen. o rapportandolo al grado di entità della pena per il reato satellite. In tal senso si è affermato che, «in tema di reato continuato, nel caso in cui il giudice, inflitta la pena nella misura minima edittale, l'abbia aumentata per la continuazione in modo esiguo, non è tenuto a giustificare con motivazione esplicita il suo operato». Le ragioni a fondamento di tale lettura sono incentrate sulla considerazione che, in ragione dell'esiguità dell'aumento, deve escludersi che il giudice, così facendo, abbia abusato del potere discrezionale conferitogli dall'art. 132 cod. pen., dovendo anche ritenersi che egli abbia implicitamente valutato gli elementi obbiettivi e subiettivi del reato risultanti dal contesto complessivo della sua decisione». (Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017, dep. 05/06/2018, F., Rv. 273533).

La stessa sentenza precisa, però, che, quando, la pena-base è quantificata a livelli che non si discostano dai minimi edittali o coincidono con essi, mentre

quella fissata in aumento per la continuazione è tale da configurare, sia pure in astratto, una ipotesi di cumulo materiale di reati, il giudice deve specificare dettagliatamente le ragioni che lo hanno indotto a tale decisione, al fine di rendere possibile il controllo della motivazione sottesa alla deliberazione sul punto, giacché, nello stabilire l'aumento di pena per la continuazione in ordine al reato meno grave, il giudice non può – a meno che non giustifichi il diverso trattamento - adottare criteri contraddittori rispetto a quelli seguiti nella determinazione della pena-base, incorrendo altrimenti nel vizio di motivazione.

Seppur sulla stessa linea con tale ultima decisione, recentemente Sez. 5, n. 32511 del 14/10/2020, Radosavljevic, Rv. 279770, ha ritenuto che non sussista un obbligo di specifica motivazione per ogni singolo aumento, essendo sufficiente indicare le ragioni a sostegno della quantificazione della pena-base, vieppiù quando non sia possibile dubitare del rispetto del limite legale del triplo della pena base ex art. 81, comma primo, cod. pen., in considerazione della misura contenuta degli aumenti di pena irrogati, e i reati posti in continuazione siano integrati da condotte criminose seriali ed omogenee.

L'orientamento numericamente prevalente, riteneva che «l'aumento per la continuazione operato sul reato più grave (e quindi sulla pena base) può essere determinato anche in termini cumulativi, senza che sia necessario indicare specificamente l'aumento di pena correlato a ciascun reato satellite, non previsto dalla vigente normativa, per cui non dà luogo a nessuna nullità l'aumento di pena per i reati satelliti determinato in termini unitari e complessivi, e non distintamente, in relazione a ciascuna delle violazioni» (Sez. 5, n. 7164 del 13/1/2011, De Felice, Rv. 249710; Sez. 1, n. 3100 del 27/11/2009, dep. 2010, Amatrice, Rv. 245958; Sez. 2, n. 32586 del 3/6/2010, Ben Ali, Rv. 247978; Sez. 2, n. 4984 del 21/1/2015, Giannone, Rv. 262290; Sez. 5, n. 17081 del 26/11/2014, dep. 2015, Bruni, Rv. 263700).

Il diverso orientamento, che ritiene soddisfatto l'obbligo di motivazione solo se l'indicazione di pena avvenga compiutamente per ciascun reato satellite in continuazione, anziché unitariamente è stato sostenuto da plurime pronunce (segnatamente, Sez. 5, n. 16015 del 18/2/2015, Nuzzo, Rv. 263591, Sez. 1, n. 27198 del 28/5/2013, Margherito, Rv. 256616, e Sez. 3, n. 4209 del 16/12/2008, dep. 2009, Pandolfi, Rv. 242873; Sez. 3, n. 1446 del 13/09/2017, dep. 15/01/2018, S., Rv. 271830; Sez. 6, n. 48009 del 28/09/2016, Cocomazzi, Rv. 268131).

Peraltro, anche le Sezioni Unite, nel 1995, erano intervenute sul tema, affermando la nullità della sentenza con cui la pena complessiva sia stata determinata senza alcuna indicazione della pena stabilita per ciascun reato, di quella per il reato più grave e dell'aumento per la continuazione (Sez. U, n. 7930

del 21/4/1995, Zouine, Rv. 201549). Su questa linea si collocano alcune pronunce (Sez. 4, n. 28139 del 23/6/2015, Puggillo, Rv.264101; Sez. 2, n. 51731 del 19/11/2013, Foria, Rv. 258108; Sez. 6, n. 7777 del 29/1/2013, Bardeggia, Rv. 255052), che sembrano richiedere un obbligo di motivazione più stringente al giudice in relazione alla quantificazione di ciascuna porzione di aumento per il reato continuato.

2. La valorizzazione del dato normativo.

Le Sezioni Unite (**Sez. U, n. 47127 del 24/06/2021 - dep. 24/12/2021 - Pizzone, Rv. 282269-01**), nel dare risposta al quesito, hanno preso le mosse dal dato normativo, osservando come l'art. 533, comma 2, cod. proc. pen. fornisce indicazioni univoche sulle modalità di calcolo dell'aumento della continuazione, lì dove la norma stabilisce che il giudice stabilisce la pena che infliggerebbe per ciascun reato e, poi, determina la pena complessiva secondo le regole previste dall'art. 81 cod. pen.

Osserva la Corte che, pur non essendo prevista alcuna sanzione processuale e la prassi giudiziaria sia quella di omettere l'indicazione della pena 'stabilita', pure non c'è dubbio che lo schema legale scomponga in due distinte operazioni il procedimento di determinazione della pena per il reato continuato.

Del resto, già con una risalente pronuncia le Sezioni Unite avevano ritenuto che fosse nulla "in parte qua", perché non consente il controllo sul buon uso fatto dal giudice del suo potere discrezionale, la sentenza con cui il giudice di merito, nel pronunciare condanna per più reati, determini la pena complessiva senza alcuna indicazione della pena stabilita per ciascun reato, di quello ritenuto più grave e dell'aumento per la continuazione (Sez. U, n. 7930 del 21/4/1995, Zoune, Rv. 201549).

Proprio prendendo spunto da tale affermazione, la giurisprudenza successiva aveva in più occasioni ritenuto che fosse affetta da vizio di motivazione la sentenza di condanna per più reati che non indichi la pena base stabilita per il reato più grave nonché quella irrogata a titolo di aumento per la continuazione (così, in motivazione, anche Sez. U, n. 25939 del 28/2/2013, Ciabotti, Rv. 255347).

3. Le puntualizzazioni contenute nella sentenza “Sebbar”.

La questione concernente la necessaria indicazione della pena base e dei distinti aumenti per la continuazione è stata recentemente ripresa anche da Sez. U, n. 22471 del 26/02/2015, Sebbar, Rv. 263717, secondo cui «la realtà normativa costituita dall'istituto della continuazione è di carattere duttile, che può prestarsi,

a seconda delle esigenze, a una lettura unitaria, ovvero ad una analisi frammentata, a seconda delle prospettive che si intendono perseguire. In sintesi: in vista del perseguimento dell'obiettivo del favor rei, coesistono nella figura del reato continuato profili giuridici, tanto di unitarietà, quanto di pluralità». L'unificazione delle pene voluta dal legislatore importa che «una volta identificato il reato più grave, i reati-satellite assumono il ruolo di semplici elementi dell'incremento sanzionatorio ed in ciò consiste la perdita della loro individualità». Ma «una cosa è la perdita dell'autonomia sanzionatoria del reato-satellite, altro è la conservazione (o se si vuole, la mancata perdita) dell'incidenza ponderale del singolo reato-satellite nel momento (necessariamente antecedente rispetto a quello della determinazione della "pena complessiva") in cui il giudice si pone a valutare la misura dell'incremento da apportare - in relazione a ciascun reato "minore" - alla pena-base».

Su tali premesse, rafforzate dalla evocazione del disposto dell'art. 533, comma 2, cod. proc. pen., anche la sentenza Sebbar è giunta alla conclusione che deve essere individuabile la pena stabilita dal giudice, in aumento, per ciascun reato-satellite.

4. La soluzione recepita dalle Sezioni Unite.

Sulla scorta dei precedenti principi, affermati anche in plurime pronunce del massimo organo nomofilattico, nonché valorizzando il dato normativo, il quesito rimesso all'esame delle Sezioni Unite è stato risolto nel senso di ritenere necessaria la specifica indicazione degli aumenti di pena, mediante il principio così massimato: « In tema di reato continuato, il giudice, nel determinare la pena complessiva, oltre ad individuare il reato più grave e stabilire la pena base, deve anche calcolare e motivare l'aumento di pena in modo distinto per ciascuno dei reati satellite. (La Corte ha precisato che il grado di impegno motivazionale richiesto in ordine ai singoli aumenti di pena è correlato all'entità degli stessi e tale da consentire di verificare che sia stato rispettato il rapporto di proporzione tra le pene, anche in relazione agli altri illeciti accertati, che risultino rispettati i limiti previsti dall'art. 81 cod. pen. e che non si sia operato surrettiziamente un cumulo materiale di pene)» (Rv. 282269 - 01).

4.1. L'obbligo di motivazione sull'entità degli aumenti.

La pronuncia in commento non si è limitata a stabilire la mera necessità che gli aumenti per ciascun reato posto in continuazione siano specificamente indicati, ma è andata oltre, affermando anche che sussiste uno specifico onere di motivazione in merito alla misura dell'aumento.

La Corte ha premesso che il reato continuato non è strutturalmente un reato unico; l'unificazione rappresenta una determinazione legislativa funzionale alla definizione da parte del giudice di un trattamento sanzionatorio più mite di quanto non risulterebbe dall'applicazione del cumulo materiale delle pene. Per tale motivo essa non può spiegare effetto oltre il perimetro espressamente individuato dal legislatore. Ne consegue che dal punto di vista della struttura del reato continuato non vi è ragione di ridurre l'obbligo motivazionale ritenendolo cogente unicamente per la pena relativa al reato più grave.

A ciò si aggiunge che il giudice, nel determinare la misura degli aumenti per la continuazione, esercita comunque un potere discrezionale che deve rispettare, tuttavia, i principi di razionalità e proporzionalità che sono alla base della funzione rieducativa che l'art. 27 Cost. assegna alla pena.

Quanto detto comporta che «il valore ponderale che il giudice attribuisce a ciascun reato satellite concorre a determinare un razionale trattamento sanzionatorio; e, pertanto, devono essere resi conoscibili gli elementi che hanno condotto alla definizione di quel valore».

Una volta affermata la necessità della specifica motivazione sui singoli aumenti di pena per la continuazione, le Sezioni Unite si sono preoccupate di precisare come l'onere motivazionale sia variabile, dovendo essere rapportato all'entità della pena e, soprattutto, dal discostamento rispetto al minimo edittale, in base ai parametri affermati dalla consolidata giurisprudenza con riguardo alla determinazione della pena base.

In quest'ottica, la Corte ha precisato che l'onere motivazionale va graduato in relazione all'entità della pena inflitta a titolo di continuazione e deve essere tale da escludere che vi possa essere una sproporzione tra pena base e pena per l'aumento a titolo di continuazione.

La motivazione, pertanto, deve essere idonea a far ritenere «che risultino rispettati i limiti previsti dall'art. 81 cod. pen.; che non si sia operato surrettiziamente un cumulo materiale di pene; che sia stato rispettato, ove ravvisabile, il rapporto di proporzione tra le pene, riflesso anche della relazione interna agli illeciti accertati».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. U, n. 7930 del 21/4/1995, Zouine, Rv. 201549
Sez. 3, n. 4209 del 16/12/2008, dep. 2009, Pandolfi, Rv. 242873
Sez. 1, n. 3100 del 27/11/2009, dep. 2010, Amatrice, Rv. 245958
Sez. 2, n. 32586 del 3/6/2010, Ben Ali, Rv. 247978
Sez. 5, n. 7164 del 13/1/2011, De Felice, Rv. 249710
Sez. 6, n. 7777 del 29/1/2013, Bardeggia, Rv. 255052
Sez. U, n. 25939 del 28/2/2013, Ciabotti, Rv. 255347
Sez. 1, n. 27198 del 28/5/2013, Margherito, Rv. 256616
Sez. 2, n. 51731 del 19/11/2013, Foria, Rv. 258108
Sez. 5, n. 17081 del 26/11/2014, dep. 2015, Bruni, Rv. 263700
Sez. 2, n. 4984 del 21/1/2015, Giannone, Rv. 262290
Sez. 5, n. 16015 del 18/2/2015, Nuzzo, Rv. 263591
Sez. 4, n. 28139 del 23/6/2015, Puggillo, Rv.264101
Sez. U, n. 22471 del 26/02/2015, Sebbar, Rv. 263717
Sez. 6, n. 48009 del 28/09/2016, Cocomazzi, Rv. 268131
Sez. 3, n. 1446 del 13/09/2017, dep. 15/01/2018, S., Rv. 271830
Sez. 3, n. 24979 del 22/12/2017, dep. 05/06/2018, F., Rv. 273533
Sez. 5, n. 32511 del 14/10/2020, Radosavljevic, Rv. 279770
Sez. U, n. 47127 del 24/06/2021 (dep. 24/12/2021), Pizzone, Rv. 282269

- 01

CAPITOLO V

REATO COMPLESSO

LA CONFIGURABILITÀ DEL REATO COMPLESSO NELL'IPOTESI DI ATTI PERSECUTORI SEGUITI DA OMICIDIO DELLA VITTIMA

(STEFANIA RICCIO)

SOMMARIO: 1. Il principio di diritto - 2. I termini del contrasto – 2.1. L'orientamento a favore del concorso di reati - 2.2. L'orientamento che ravvisa un concorso apparente di norme – 3. La soluzione delle Sezioni Unite.

1. Il principio di diritto.

Con la sentenza n. 38402 del 15/07/2021, (dep. 26/10/2021), M., le Sezioni Unite hanno affermato il principio così massimato:

“Il reato di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576, primo comma, n. 5.1 cod. pen., commesso a seguito di quello di atti persecutori da parte dell'agente nei confronti della medesima vittima, integra, in ragione della unitarietà del fatto, un reato complesso circostanziato ai sensi dell'art. 84, primo comma, cod. pen.” (Rv. 281973-01).

La questione, rimessa dalla Quinta sezione con ordinanza n. 14916 del 1 marzo 2021, verteva sul “*Se, in caso di omicidio realizzato al culmine di condotte persecutorie poste in essere dall'agente nei confronti della medesima persona offesa, i reati di atti persecutori e di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576, comma primo, n. 5.1 cod. pen., concorrano tra loro o sia invece ravvisabile un reato complesso, ai sensi dell'art. 84, comma primo, cod. pen.*” e ha avuto impulso dal contrasto tra due decisioni della Corte di legittimità che erano pervenute sul tema a conclusioni antitetiche.

2. I termini del contrasto.

2.1 L'orientamento a favore del concorso di reati

Una prima pronuncia (Sez. 1, n. 20786 del 12/04/2019, P., Rv. 275481) aveva ritenuto configurabile il concorso di reati tra il delitto di omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576, comma 1, n. 5.1. cod. pen. e quello di atti persecutori, non sussistendo relazione di specialità tra le rispettive fattispecie.

Il presupposto logico-giuridico di tale assunto è che l'art. 84 cod. pen., norma regolativa del reato complesso, riguardi l'interferenza tra fattispecie incriminatrici, in particolare tra gli elementi oggettivi dei rispettivi tipi normativi.

Dalla lettera della disposizione, lì dove stabilisce che il concorso di reati non opera quando la legge considera come elementi costitutivi o come circostanze aggravanti di un solo reato fatti che costituiscono, per sé stessi, reato, si evince difatti, che l'accento tonico è posto su fatti, ossia su accadimenti umani; e per fatti devono intendersi elementi oggettivi e non invece la relazione, meramente soggettiva, tra l'accadimento e il suo autore.

Al contrario, il legislatore ha posto in risalto, nella configurazione dell'aggravante in disamina, l'identità soggettiva dell'autore della condotta omicidiaria e di quella persecutoria, lasciando comprendere che il disvalore aggiuntivo che colora di gravità la condotta sta nell'essere l'autore del fatto omicidiario la stessa persona che ha in precedenza oppresso la vittima con atti persecutori e ha ricevuto una notevole spinta criminosa dal contesto di sopraffazione in cui si è strutturata la relazione con la stessa.

Se, dunque, l'elemento aggravante ha natura soggettiva e prescinde dalle note modali della condotta, consegue che non vi è relazione di interferenza tra le fattispecie incriminatrici; e, del resto, anche gli eventi alternativamente previsti dall'art. 612-*bis* cod. pen. non attingono la integrità fisica e nulla hanno a che vedere con l'evento morte, tipico del delitto di omicidio.

Di qui la ritenuta compatibilità tra i detti reati, che ben possono concorrere, perché il delitto di atti persecutori, di natura abituale e a condotta tipizzata, non involge la commissione dell'omicidio, reato che è invece a consumazione istantanea e a struttura causalmente orientata.

L'opzione interpretativa espressa dalla Prima sezione è supportata da Sez. U., n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269668, per la quale il criterio di individuazione del concorso apparente di norme si impernia sugli stessi criteri valutativi del rapporto di specialità di cui all'art. 15 cod. pen., basato sulla comparazione astratta tra fattispecie; onde l'assorbimento va escluso quando le fattispecie non evidenzino, come nel caso in scrutinio, affinità sul piano strutturale.

2.2. L'orientamento che ravvisa un concorso apparente di norme.

In consapevole contrasto con tale arresto, quanto alla alternativa esegetica unicità/pluralità di reati, si poneva Sez. 3, n. 30931 del 13/10/2020, G., Rv. 280101, da cui è stato estrapolato il seguente principio di diritto: *“Sussiste concorso apparente di norme tra il delitto di atti persecutori e quello di omicidio (nella specie, tentato) aggravato ex art. 576, comma primo, n. 5.1, cod. pen., che deve considerarsi quale reato complesso ai sensi dell'art. 84, comma primo, cod. pen., assorbendo integralmente il disvalore*

della fattispecie di cui all'art. 612-bis cod. pen. ove realizzato al culmine delle condotte persecutorie precedentemente poste in essere dall'agente ai danni della medesima persona offesa".

La decisione evidenzia che, sebbene l'art. 576, comma 1, n. 5.1 cod. pen. dia effettivamente rilevanza al fatto che l'omicidio sia commesso "dall'autore del delitto previsto dall'articolo 612-bis nei confronti della persona offesa", tuttavia *"l'infelice e incerta formulazione della norma non può giustificarne un'interpretazione soggettivistica, incentrata sul tipo d'autore, senza considerare che la pena si giustifica non per ciò che l'agente è, ma per ciò che ha fatto"*.

In altri termini, ciò che aggrava il delitto di omicidio non è il fatto che esso sia commesso dallo *stalker* in quanto tale, ma che sia stato preceduto da condotte persecutorie tragicamente culminate, appunto, nella soppressione della vita dell'offeso, come ben evidenziano le ragioni ispiratrici della introduzione dell'aggravante di cui al n. 5.1, intesa a reprimere l'allarmante fenomeno sociale, in progressiva crescita, dell'aumento del numero di omicidi consumati ai danni delle vittime di atti persecutori.

In tal senso sembrano deporre i lavori parlamentari, nel corso dei quali si era riconosciuta "la necessità di una connessione tra i due fatti, tale da giustificare la severa pena dell'ergastolo", e la previsione dell'identità della vittima dei due delitti – inserita dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, in sede di conversione del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 - quale presupposto di operatività dell'aggravante, era un chiaro sintomo della volontà legislativa di punire più gravemente l'omicidio solo se vi fosse un vincolo connettivo con i precedenti atti persecutori.

La sentenza ravvisa un concorso meramente apparente di norme incriminatrici, anche sulla considerazione che la diversa conclusione condurrebbe a un'interpretazione non rispettosa del principio del *ne bis in idem sostanziale*, posto a fondamento della disciplina del reato complesso, il quale vieta che uno stesso fatto venga addossato giuridicamente due volte alla stessa persona, nei casi in cui l'applicazione di una sola norma incriminatrice assorba il disvalore del suo intero comportamento.

A tale orientamento aderisce espressamente l'ordinanza di rimessione (Sez. 5, n. 14916 del 1 marzo 2021).

Muovendo da un'attenta analisi di ciascuna delle sopra riportate opzioni interpretative, la Quinta sezione puntualizza come il principio affermato da Sez. 3, n. 30931 del 13/10/2020, G., Rv. 280101, sia stato pronunciato in relazione ad una fattispecie nella quale il ricorrente lamentava la violazione del principio del *ne bis in idem processuale*, essendo stato già condannato con sentenza irrevocabile per tentato omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576, comma primo, n. 5.1, cod. pen., e nuovamente sottoposto a processo per i medesimi fatti a titolo di atti persecutori (oltre che per violenza sessuale e sequestro di persona); lì dove nella

questione che occupa viene piuttosto in rilievo una questione di *ne bis in idem* sostanziale.

Al proposito, pur nella consapevolezza che le nozioni di *bis in idem* processuale e di *bis in idem* sostanziale non sono sovrapponibili - in quanto la prima preclude una seconda iniziativa processuale lì dove il medesimo fatto, nella sua dimensione storico-naturalistica, sia stato oggetto di una pronuncia divenuta definitiva, prescindendosi al riguardo dalle eventuali differenti qualificazioni giuridiche, mentre la seconda concerne il rapporto tra norme incriminatrici astratte e prescinde dal raffronto con il fatto storico¹ - la Sezione rimettente considera che il differente spettro applicativo del *ne bis in idem*, nelle sue varie declinazioni, non priva di rilevanza la questione controversa posta allo scrutinio delle Sezioni Unite.

Ciò posto, la pronuncia condivide con le precedenti l'idea che la clausola di riserva prevista dall'art. 612-*bis* cod. pen. non sia idonea ad orientare l'interprete nella soluzione della questione, in quanto attiene all'ipotesi in cui un *unico fatto* sia suscettibile di qualificazione giuridica multipla; mentre nel caso in scrutinio viene in rilievo una duplicità di *fatti-reato*, autonomamente suscettibili di integrare due distinte fattispecie incriminatrici.

Ciò determina per un verso l'inapplicabilità dell'art. 15 cod. pen., che disciplina il fenomeno della convergenza di più norme incriminatrici su un *identico fatto*, regolandolo mediante il principio di specialità, e, per altro verso, la applicabilità dell'art. 84 cod. pen., risolutivo del conflitto di norme, che, sia pur come concretizzazione del principio del *ne bis in idem sostanziale* e specificazione del principio di specialità sancito a livello generale dall'art. 15 cod. pen., disciplina il reato complesso nell'ambito del capo III del codice, intitolato al concorso di reati.

Non osta alla ricostruzione preferita il fatto che i due reati sono astrattamente diversi, perché ciò che rileva è la formulazione, a livello di fattispecie astratta, di un'aggravante del delitto di omicidio che racchiude in sé la tipizzazione del delitto di atti persecutori, prevedendo, tra l'altro, un trattamento sanzionatorio (la pena dell'ergastolo) più rigoroso di quello che sarebbe applicabile in caso di concorso di reati (trenta anni di reclusione).

Ancora, l'interpretazione "soggettivistica" dell'aggravante di cui all'art. 576, comma primo, n. 5.1, cod. pen., basata sulla mera identità soggettiva dell'autore del delitto di omicidio con quello degli atti persecutori, propugnata *ex adverso*,

¹ In tal senso, Sez. 5, n. 11049 del 13/11/2017, dep. 2018, Ghelli, Rv. 272839, non massimata sul punto; Sez. 7, n. 32631 del 01/10/2020, Barbato, Rv. 280774

deve essere superata perché finisce col dilatare lo spazio applicativo della circostanza e per diluire ogni altro collegamento - fattuale, temporale o finalistico - con il delitto di atti persecutori; e riedita il paradigma del “tipo d'autore”, in contrasto con l'impostazione oggettivistica del diritto penale e con i principi di materialità e di offensività che ne sono i presidi costituzionali.

Sul punto, viene richiamato l'insegnamento di cui a Corte cost., n. 249 del 2010 che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'aggravante della clandestinità, di cui all'art. 61 n. 11-*bis* cod. pen., rilevò come in essa le qualità della persona refluissero nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, «in base ad una presunzione assoluta, che identifica un tipo d'autore assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento», per stigmatizzare sia la carenza di carica offensiva di una tale circostanza rispetto alla gravità del reato base, sia il fondamento esclusivamente soggettivo di essa, condizioni entrambe concorrenti nella violazione del principio di offensività, che, anche in rapporto agli elementi accidentali del reato, pone pur sempre il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive rigorosamente che un soggetto debba essere sanzionato “per le condotte tenute e non per le sue qualità personali”.

Anche la disomogeneità linguistica con la locuzione adoperata dal legislatore nel precedente n. 5, comma 1, dell'art. 576 cod. pen. non è ostativa alla lettura proposta.

L'aggravante di cui al n. 5 è collegata, difatti, alla commissione non soltanto di un delitto abituale (come i maltrattamenti in famiglia), ma altresì (ed in misura prevalente) di delitti non abituali, come la prostituzione minorile, la pornografia minorile, e i delitti di violenza sessuale, sicché il collegamento temporale e finalistico è stato solo genericamente individuato dal sintagma “in occasione”; lì dove l'omicidio commesso dallo *stalker* ai danni della propria vittima, piuttosto che avvenire “in occasione” o “contestualmente” agli atti persecutori, è preceduto e preparato da quest'ultimi, in una logica che può definirsi di progressione criminosa.

3. La soluzione delle Sezioni Unite.

Al fine di dirimere l'alternativa rimessa, le Sezioni Unite hanno ritenuto di dovere *in primis* perimetrare il tema di indagine, così da evitare improprie commistioni tra categorie giuridiche che vanno, invece, tenute distinte.

Viene al riguardo confermato che, ai fini della soluzione del contrasto, non possano assumere rilevanza né la norma sul concorso apparente di norme (art.

15 cod. pen.), né, per altro verso, la clausola di riserva contenuta nell'art. 612-*bis* cod. pen.

Quanto all'art. 15 cod. pen., la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha invero chiarito che il principio di astratta specialità (Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269668), costituente l'unico criterio risolutivo del concorso apparente di norme, implica una comparazione strutturale fra le fattispecie astratte, analizzate in tutti i diversi elementi costitutivi che concorrono a definirle, perché è solo un tale raffronto che permette di individuare la convergenza tra norme e, dunque, di affermare la applicabilità esclusiva di una sola tra esse (Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, Rv. 248722; Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248864).

E' già stato chiarito dagli indirizzi in contrasto che un tale raffronto all'evidenza non è possibile quanto alle fattispecie incriminatrici dell'omicidio e degli atti persecutori, le quali non presentano requisiti di struttura sovrapponibili né con riguardo alle condotte, né con riguardo agli eventi.

E del resto, ad esiti analoghi si perverrebbe anche ove si applicasse il criterio c.d. valoriale di soluzione del conflitto apparente - oramai superato dall'elaborazione della giurisprudenza delle Sezioni Unite - fondato sulla omogeneità degli interessi tutelati (Sez. 5, n. 13164 del 01/10/1999, Melluccio, Rv. 214712), essendo i reati a raffronto offensivi l'uno della vita, l'altro della libertà morale della persona.

Allo stesso modo, la radicale difformità strutturale delle fattispecie incriminatrici dell'omicidio e degli atti persecutori impedisce l'operatività della clausola di riserva di cui all'art. 612-*bis* cod. pen., non potendo il fatto persecutorio integrare di per sé il fatto omicidiario.

Al contrario – prestando convinta adesione al secondo degli orientamenti in contrasto - le Sezioni Unite sanciscono che unico referente normativo per la soluzione della questione resta l'art. 84 cod. pen., anche per i termini nei quali il quesito stesso è stato formulato, dovendosi verificare se l'ipotesi in cui l'omicidio abbia costituito l'acme degli atti persecutori in danno della vittima sia o meno riconducibile al paradigma del reato complesso, che detta norma disciplina, con conseguente inoperatività dei meccanismi di cumulo sanzionatorio.

L'operazione interpretativa da compiere pone la necessità di definire, *in primis*, i tratti strutturali che identificano il reato complesso.

Nell'ambito di tale categoria dogmatica, caratterizzata da un eccesso definitorio e classificatorio quasi esasperante, tra interpretazioni restrittive ed estensive, il caso posto al vaglio delle Sezioni Unite impone di confrontarsi con il cd. reato complesso circostanziato, nel quale, ad una fattispecie-base prevista

come reato – l'omicidio - si aggiunge, quale circostanza aggravante, un fatto autonomamente incriminato da altra disposizione di legge – gli atti persecutori.

Tanto premesso, la Corte osserva, che, ai fini della configurabilità del reato complesso, data l'inequivoca ed insuperabile formulazione testuale della norma, occorre che i reati che lo compongono siano inseriti nella sua struttura nella loro completa configurazione tipica ed inoltre che essi costituiscano componenti necessarie del reato e non invece occasionali modalità esecutive della condotta (onde l'estraneità alla categoria del «reato eventualmente complesso»).

Accanto a tali requisiti, ulteriori connotazioni del reato complesso le Sezioni Unite deducono dalla *ratio* e dalla collocazione dell'istituto.

In particolare, l'unificazione legislativa dei reati postula un substrato sostanziale costituito da:

- l'unicità del contesto criminoso, essendo necessaria la contestualità, sia pure per un limitato segmento temporale, delle condotte;
- la comune matrice ideologica, dovendo i fatti di reato unificati convergere verso una unitaria direzione finalistica.

Si tratta di elementi aggreganti che la norma, nella sua formulazione “minimalista”, non menziona, ma impliciti nel duplice riferimento alla identità della vittima e dell'autore ad esprimere.

Tanto impone di individuare un vincolo connettivo tra reati in presenza del quale soltanto ha senso il trattamento sanzionatorio di massimo rigore previsto per l'ipotesi aggravata.

A fronte del vivace dibattito dottrinale teso ad identificare il principio generale del quale l'art. 84 sarebbe espressione - di volta in volta rinvenuto in quelli della specialità in concreto, della sussidiarietà, della consunzione o del *ne bis in idem* sostanziale, nonché della specialità in astratto quale fondamento dell'art. 15 cod. pen., di cui, secondo una tradizionale impostazione, l'art. 84 sarebbe una sostanziale duplicazione – le Sezioni Unite ritengono che il reato complesso sia una tipica proiezione normativa del *ne bis in idem* sostanziale, principio di matrice europeista - che trova riconoscimento, quale diritto fondamentale dell'individuo, nell'art. 4 Prot. 7 CEDU e nell'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - ma oggetto di recente e reiterata affermazione nella giurisprudenza costituzionale.

In questa scia si collocano:

- Corte cost., sent. n. 200 del 2016, che ha ribadito i criteri per identificare la medesimezza del fatto ex art. 649 cod. proc. pen., la quale ricorre quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, comprensivo di condotta, evento, nesso di causalità, nelle circostanze di tempo, di luogo e di

persona della sua verifica (mentre resta estraneo alla nozione il profilo dell'inquadramento giuridico);

- Corte cost., sent. n. 43 del 2018, in cui la Consulta ha dato atto dell'evoluzione progressiva, in ambito eurounitario, della nozione di *ne bis in idem*, inteso inizialmente come divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro e, di seguito – proprio per l'impatto della sentenza della Corte EDU, A e B c. Norvegia del 2016 - come facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che essi possano reputarsi, nella sostanza, come preordinati ad un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva;

- Corte cost. n. 236 del 2016, pronunciata in relazione ai limiti edittali del reato di alterazione di stato di cui all'art. 567 cod. pen., sulla necessaria proporzionalità tra illecito e pena, ormai assunta a canone di sistema, riconosciuto dall'art. 49, par. 3 della Carta dei Diritti fondamentali di Nizza, così come ritenuto dalla giurisprudenza di Strasburgo, in relazione all'art. 3 della Convenzione EDU.

Ragionando in questa prospettiva, la previsione edittale della pena dell'ergastolo appare alla Corte ampiamente adeguata rispetto ad un fatto complessivo che comprende sia l'offensività propria dell'omicidio che quella conseguente alla condotta persecutoria (né l'eventuale neutralizzazione della aggravante, per effetto del bilanciamento con elementi di attenuazione della pena, ove ritenuti equivalenti o prevalenti, può assumere rilevanza in senso contrario).

Premesso tale inquadramento teorico in ordine ai criteri che permettono di individuare un reato complesso, le Sezioni Unite ritengono che i requisiti per la ravvisabilità di tale figura siano tutti sussistenti nella fattispecie aggravata del reato di omicidio di cui all'art. 576, primo comma, n. 5.1, cod. pen. rispetto al reato di atti persecutori.

Anzitutto, la fattispecie tipica di atti persecutori entra nella struttura della previsione circostanziale, da un lato attraverso la citazione testuale della relativa norma incriminatrice, dall'altro attraverso la prevista identità dell'autore e della vittima della relativa condotta, ossia dei soggetti fra i quali si svolge l'azione persecutoria.

A suffragare questa interpretazione vi è il contenuto dei lavori preparatori al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito con modificazioni dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, introduttivo della inedita circostanza aggravante in esame, volta a reprimere, attraverso la previsione della pena massima dell'ergastolo in funzione dissuasiva, un fenomeno criminologico drammaticamente ingravescente, ossia l'omicidio posto in essere, in una *escalation* di vessazioni e condotte prevaricatrici, al culmine degli atti persecutori nei confronti della vittima, da parte dell'autore di tali atti.

Dunque, è coerente con le ragioni della introduzione della ipotesi circostanziale una lettura per cui i fatti di omicidio volontario e di atti persecutori siano connotati da unitarietà spazio temporale, sia pure limitatamente all'ultimo segmento del reato abituale, e da una ottica finalistica unitaria.

La pronuncia affronta poi l'ulteriore snodo ermeneutico derivante dalla imperfetta tecnica redazionale della norma, la cui catalogazione come n. 5.1 dell'art. 576 cod. pen., quasi si trattasse di un sottotipo della aggravante cd. sessuale dell'omicidio di cui al precedente n. 5, non risulta esente da ambiguità.

Secondo la Corte nella sua massima espressione nomofilattica, il fatto che nella disposizione di cui al n. 5.1 non sia espressamente prevista la contestualità dei fatti di omicidio e degli atti persecutori – invece contemplata per la disposizione di cui al n. 5, in cui l'omicidio si affianca a reati di maltrattamenti, lesioni deformanti, prostituzione e pornografia minorile, violenza sessuale - assume un peculiare significato; se, per i casi di cui al n. 5, il nesso di occasionalità limita alla mera contestualità dei fatti il presupposto dell'assorbimento nel delitto di omicidio degli altri reati ivi indicati, di contro, l'assenza del riferimento a questa correlazione, nella formulazione di cui n. 5.1 dell'art. 576 cod. pen., ha l'effetto di far riespandere il presupposto sostanziale del reato complesso nella sua interezza. In tale ipotesi, di conseguenza, oltre alla contestualità dei fatti criminosi l'assorbimento presuppone anche l'unicità di prospettiva finalistica tra omicidio ed atti persecutori.

Dunque, nelle due circostanze viene in rilievo una diversa soglia di configurabilità del reato complesso, modulata anche sul differente disvalore dei reati che si accompagnano all'omicidio.

Da ultimo, le Sezioni Unite valutano inconferente, e comunque inidonea a scalfire il paradigma legale così come ricostruito, la giurisprudenza di legittimità che ammette, invece, il concorso fra i reati di atti persecutori e di lesioni personali.

Il riferimento è a Sez. 5, n. 11409 del 08/10/2015, dep. 2016, C., Rv. 266341, la quale ha ritenuto procedibile il reato di atti persecutori, in quanto connesso con quello di lesioni, anche nel caso in cui la procedibilità d'ufficio per quest'ultimo delitto sia determinata dalla contestazione dell'aggravante in discussione. Si tratta di un arresto che non rileva perché il concorso apparente di cui all'art. 15 cod. pen. è stato escluso per l'inesistenza di un rapporto di specialità fra le relative norme incriminatrici, tenuto conto sia degli elementi strutturali dei reati che della loro oggettività giuridica (Sez. 5, n. 10051 del 19/01/2017, B., Rv. 269456; Sez. 5, n. 54923 del 08/06/2016, V., Rv. 268408), ma che non affronta la diversa questione dell'applicabilità o meno della disciplina del reato complesso ex art. 84 cod. pen.

Gli effetti distorsivi derivanti dal possibile assorbimento del delitto di atti persecutori in quello di lesioni che, pur tenuto conto dell'aumento di pena previsto dall'art. 585 cod. pen. per la richiamata aggravante, resta comunque meno gravemente punito, sarebbero ad ogni modo depotenziati nella loro ricorrenza, in quanto i fatti causativi delle lesioni personali (normalmente collaterali agli atti persecutori, il cui obiettivo primario è la sopraffazione della vittima) difficilmente potranno essere valutati come inclusi nella prospettiva finalistica del contesto persecutorio, con la conseguenza che i due reati manterranno la loro autonomia e specifica offensività.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 3, n. 698 del 30/11/2006, dep. 2007, Maccarrone, Rv. 236073
Sez. 3, n. 21335 del 15/04/2010, L. Rv. 247633
Sez. 1, n. 29167 del 26/05/2017, Nwajobi, Rv. 270281
Sez. 5, n. 11049 del 13/11/2017, dep. 2018, Ghelli, Rv. 272839, n.m. sul punto
Sez. 1, n. 20786 del 12/04/2019, P., Rv. 275481
Sez. 7, n. 32631 del 01/10/2020, Barbato, Rv. 280774
Sez. 3, n. 30931 del 13/10/2020, G., Rv. 280101
Sez. 6, n. 14402 del 05/11/2020, dep. 2021, Bovo, Rv. 280966

Sezioni Unite

Sez. U, n. 34655 del 28/06/2005, Donelli, Rv 231799, Rv. 231800
Sez. U, n. 47164 del 20/12/2005, Marino, Rv. 232302
Sez. U, n. 16568 del 19/04/2007, Carchivi, Rv. 235962
Sez. U, n. 1235 del 28/10/2010, dep. 2011, Giordano, Rv. 248865
Sez. U, n. 1963 del 28/10/2010, dep. 2011, Di Lorenzo, Rv. 248722
Sez. U, n. 20664 del 23/02/2017, Stalla, Rv. 269668
Sez. U, n. 41588 del 22/06/2017, La Marca, Rv. 270902

Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 249 del 2010
Corte cost., sent. n. 200 del 2016
Corte cost., sent. n. 236 del 2016
Corte cost., sent. n. 38 del 2018

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

Corte EDU, Engel e altri c. Paesi Bassi, 8/06/1976
Corte EDU, Grande Camera, Zolotukhin c. Russia, 10/02/2009
Corte EDU, Grande Stevens e altri c. Italia, 4/03/2014
Corte EDU, A. e B. c. Norvegia, 15/11/2016

Corte di Giustizia Europea

CGE, Grande sez., 20 marzo 2018, Menci, C-524/15
CGE, Garlsson Real Estate SA e altri C. Consob C-537/16
CGE, Di Puma e Zecca c. Consob, C 596/16, C-597/16

SEZIONE II

CAUSE DI NON PUNIBILITA' E DI GIUSTIFICAZIONE

CAPITOLO I

L'APPLICABILITÀ DELLA CAUSA DI NON PUNIBILITA' DI CUI ALL'ART. 384, COMMA 1, COD. PEN. AL CONVIVENTE *MORE UXORIO*

(DEBORA TRIPICCIÓN)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il contrasto. - 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite: l'art. 384 cod. pen. quale causa di esclusione della colpevolezza e la sua applicabilità analogica al convivente *more uxorio*.

1. Premessa

Nell'anno in rassegna è stata depositata la sentenza n. 10381 emessa dalle Sezioni Unite all'udienza del 26/11/2020, ric. Fialova, con la quale è stato affermato il seguente principio di diritto:

L'art. 384, primo comma, cod. pen., in quanto causa di esclusione della colpevolezza, è applicabile analogicamente anche a chi ha commesso uno dei reati ivi indicati per esservi stato costretto dalla necessità di salvare il convivente "more uxorio" da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore. (RV. 280574).

2. Il contrasto.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza n. 1825 del 19/12/2019 dalla Sesta sezione che ha rilevato l'esistenza di un contrasto interpretativo in merito all'applicabilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen. al convivente *more uxorio*.

Gli arresti riconducibili a detto contrasto e la giurisprudenza costituzionale sul tema sono stati analizzati nel contributo di questo Ufficio, cui si rinvia, pubblicato nella *Rassegna della giurisprudenza di legittimità. Gli orientamenti delle Sezioni penali. Anno 2020, vol. I, 37 e ss.*

In questa sede ci si limiterà, dunque, a riassumere brevemente i termini del contrasto ermeneutico risolto dalla sentenza in commento.

Un primo prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità ha escluso l'applicabilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen. al convivente *more uxorio* ritenendo che il rapporto di fatto non sia assimilabile al vincolo coniugale e che

il convivente *“more uxorio”* non possa rientrare nella definizione di “prossimi congiunti” di cui all’art. 307 cod. pen. (Sez. 2, n. 7684 del 9/3/1982, Turatello, Rv. 154880; Sez. 6, n. 6365 del 20/2/1988, Melilli, Rv. 178467; Sez. 1, n. 9475 del 5/5/1989, Creglia, Rv. 181759; Sez. 6, n. 132 del 18/1/1991, Izzo, Rv. 187017; Sez. 6, n. 35967 del 28/9/2006, Cantale, Rv. 234862; Sez. 2, n. 20827 del 17/2/2009, Agate, Rv. 244725; Sez. 5, n. 41139 del 22/10/2010, Migliaccio, Rv. 248903; Sez. 7, n. 41498 del 22/6/2017, Irollo).

Tale orientamento giurisprudenziale richiama spesso a fondamento delle proprie conclusioni la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale che, più volte investita della questione di legittimità costituzionale dell’art. 384 cod. pen. (in alcuni casi unitamente all’art. 307, comma 4, cod. pen.), ha escluso profili di contrasto con gli artt. 2, 3 e 29 Cost., considerando la non equiparabilità della convivenza *more uxorio* alla famiglia legittima fondata sul matrimonio e ritenendo che spetti alla sola discrezionalità del legislatore l’estensione alla prima della causa di non punibilità di cui all’art. 384 cod. pen. (Corte Cost. sentenze nn. 8 del 1996, 237 del 1986, 352 del 1989, 121 del 2004, 140 del 2009).

L’orientamento favorevole all’estensione della causa di non punibilità anche al convivente *more uxorio* è stato affermato in epoca più recente da Sez. 2, n. 34147 del 30/4/2015, Agostino, Rv. 264630 e Sez. 6, n. 11476 del 19/9/2018, Cavassa, Rv. 275206. In precedenza il medesimo principio era stato affermato, senza un particolare approfondimento della questione, da Sez. 6, n. 22398 del 22/1/2004, Esposito, Rv. 229676 in cui la Corte sembra prospettare una possibile applicazione analogica dell’art. 384 cod. pen.

Tale soluzione è stata disattesa dalla sentenza “Agostino” che, richiamando al riguardo quanto sostenuto in dottrina, ha sottolineato che gli istituti previsti dall’art. 384 cod. pen. e dall’art. 649 cod. pen. (in cui si è posta una questione analoga a quella in esame) hanno natura giuridica di cause speciali di non punibilità e, come tali, hanno carattere eccezionale che ne preclude l’applicazione analogica.

La soluzione ermeneutica adottata dalla sentenza “Agostino” si fonda, invece, sull’adozione di una nozione di “famiglia” e di “coniugio” in linea con i mutamenti sociali che questi istituti hanno avuto negli ultimi decenni del secolo scorso, soprattutto in relazione al carattere della stabilità del rapporto che, con il venir meno dell’indissolubilità del matrimonio, costituisce una caratteristica comune alle unioni non fondate sul matrimonio. Proprio in considerazione di tale più ampia nozione di “famiglia”, la Corte ha affermato che la causa di non punibilità prevista dall’art. 384, comma 1, cod. pen. in favore del coniuge opera anche in favore del convivente *more uxorio*.

Tale soluzione ermeneutica muove dall'analisi delle interpretazioni giurisprudenziali che, con riferimento a singoli istituti e con effetti, ora, *in malam partem*, ora, *in bonam partem*, hanno sostanzialmente parificato il convivente *more uxorio* al coniuge. Si richiamano, ad esempio, gli arresti che, ancor prima della modifica dell'art. 572 cod. pen., hanno ritenuto configurabile il delitto di maltrattamenti in famiglia anche in danno del convivente *more uxorio* (tra le tante, Sez. 6, n. 20647 del 29/1/2008, Rv. 239726); gli arresti che, in tema di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, considerano tra i redditi degli altri familiari conviventi anche quello del convivente *more uxorio* (si veda, ad esempio, Sez. 4, n. 109 del 26/1/2005, Curatolo, Rv. 232787); gli arresti che hanno esteso al convivente *more uxorio* l'attenuante della provocazione (Sez. 6, n. 12477 del 18/10/1985, Cito, Rv. 172450) e la causa di non punibilità dell'art. 649 cod. pen. (Sez. 4, n. 32190 del 21/5/2009, Trasatti, Rv. 244692).

Sono state, inoltre, considerate talune modifiche normative che, sia pure in modo frammentario, hanno equiparato la posizione del convivente di fatto a quella del coniuge (quali, ad esempio, la legge 15 febbraio 1996, n. 66, che, in più parti, prende in considerazione la figura del convivente di fatto del genitore, equiparandola a quella del coniuge; la legge 4 aprile 2001, n. 154, che, introducendo la misura cautelare coercitiva dell'allontanamento dalla casa familiare, ne consente l'applicazione anche al convivente; il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella legge 23 aprile 2009, n. 38, il cui art. 7 ha introdotto l'art. 612-*bis* cod. pen. che disciplina gli atti persecutori ed equipara, ai fini dell'esistenza dell'aggravante di cui al secondo comma, la posizione del coniuge legalmente separato o divorziato a quella della «persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa», qualità il cui ampio ambito di applicazione appare idoneo a ricomprendere anche la convivenza *more uxorio*).

A sostegno della soluzione ermeneutica accolta, la sentenza “Agostino” ha, infine, considerato il possibile contrasto tra la rilevanza, agli effetti penali, della convivenza *more uxorio* e l'ampia nozione di famiglia accolta dall'art. 8 CEDU, come interpretato dalla Corte Edu, comprendente anche i legami di fatto particolarmente stretti, fondati su una stabile convivenza (si richiama Corte Edu, 13/6/1979, Marckx c. Belgio. Tale principio è stato successivamente ribadito da Corte Edu, 13/12/2007, Emonet e altri c. Svizzera che ha considerato come elementi ulteriormente valutabili anche la durata della convivenza e l'eventuale nascita di figli).

Ad avviso della Corte, tale evidente contrasto può essere risolto in via interpretativa in quanto il necessario adeguamento della normativa interna a quella sovranazionale (nel senso della completa equiparazione *in bonam partem*, ad ogni effetto penale, della famiglia *pleno iure* a quella di fatto) non risulta contrario

ai principi costituzionali fondamentali interni, tenuto, altresì, conto dell'insussistenza di un diritto vivente assolutamente ostativo.

La soluzione ermeneutica adottata dalla sentenza Agostino è stata successivamente ribadita, senza ulteriori argomentazioni, da Sez. 4, n. 23118 del 21/3/2017, De Paola e da Sez. 3, n. 6218 del 12/1/2018, Giancono.

Nel medesimo solco ermeneutico della sentenza Agostino si colloca anche Sez. 6, n. 11476 del 19/9/2018, Cavassa, Rv. 275206 in cui la Corte è pervenuta alle medesime conclusioni anche alla luce dell'analisi delle ricadute nel diritto penale della legge 20 maggio 2016, n. 76, nota come legge Cirinnà. Si è, infatti, affermata l'applicabilità della causa di non punibilità dell'art. 384 cod. pen. nei confronti dei componenti della famiglia di fatto e dei loro prossimi congiunti, alla stregua di una interpretazione "*in bonam partem*" - consentita anche dall'analisi del preesistente quadro normativo e della nozione di famiglia desumibile dall'interpretazione dell'art. 8 Conv. EDU resa dalla Corte di Strasburgo - che equipara sul piano penale la convivenza di fatto alla famiglia fondata sul matrimonio.

La soluzione ermeneutica adottata dalla sentenza Cavassa è stata da ultimo ribadita da Sez. 1, n. 40122 del 16/5/2019, Balice (massimata per altro). In tal caso la Corte ha escluso l'applicabilità della causa di non punibilità per difetto di prova della stabilità della convivenza, rispetto alla quale, nel caso concreto, difettavano gli elementi del rapporto di coabitazione e di comunanza di vita (si è, a tal fine, richiamato l'art. 1, comma 37 della legge Cirinnà ove si prevede che "...per l'accertamento della stabile convivenza si fa riferimento alla dichiarazione anagrafica di cui all'art. 4 e alla lettera b) del comma 1 dell'art. 13 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223").

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite: l'art. 384 cod. pen. quale causa di esclusione della colpevolezza e la sua applicabilità analogica al convivente *more uxorio*.

Le Sezioni Unite, pur aderendo sostanzialmente alla tesi favorevole all'applicabilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen. al convivente *more uxorio*, giungono a tale conclusione attraverso un diverso percorso ermeneutico che, muovendo dall'analisi critica dei presupposti fondanti la tesi contraria a tale soluzione, trova il proprio fulcro nel diverso inquadramento dogmatico della disposizione, non già come causa di non punibilità, bensì come causa di esclusione della colpevolezza (scusante soggettiva).

Innanzitutto, è stato escluso un contrasto tra la giurisprudenza della Corte costituzionale, richiamata a sostegno della tesi sostenuta dal primo orientamento,

e quella della Corte Edu, invocata, invece, dal secondo orientamento. Si rileva, infatti, che, pur nell'ambito dell'ampia nozione di "vita familiare" da tempo elaborata dalla Corte Edu in sede di interpretazione dell'art. 8, § 1, Conv. EDU (si richiamano, tra le altre, Corte Edu, 13/6/1979, Marckx c. Belgio; Corte Edu, 21/7/2015, Oliari ed altri c. Italia), la stessa Corte Edu, così come la Corte costituzionale, riconosce la discrezionalità del legislatore nel prevedere diverse soglie di tutela dei vincoli nascenti dal matrimonio e dal rapporto di convivenza in relazione alle esigenze di protezione dei contro-interessi in gioco (quale, ad esempio, nel caso esaminato da Corte Edu, 30/4/2012, Van der Heijdel c. Olanda, l'interesse all'amministrazione della giustizia penale).

In entrambi i sistemi, interno e convenzionale, "le diverse tipologie di unioni familiari rappresentano fenomeni distinti l'uno dall'altro, il cui pacifico riconoscimento, fondato sulla non esclusività della specifica tutela garantita alla famiglia fondata sul matrimonio e, al contempo, sulla consapevolezza della pari dignità delle scelte legate all'avvio di una convivenza senza matrimonio, non determina l'effetto di una generale equiparazione tra modelli che restano comunque diversi e, come tali, non possono essere appiattiti l'uno sull'altro, né fra loro integralmente assimilati".

Esclusa la sussistenza di un contrasto tra la giurisprudenza della Corte costituzionale e quella della Corte Edu, le Sezioni Unite hanno ravvisato nell'art. 9 della Carta di Nizza, che considera il diritto di sposarsi disgiuntamente dal diritto di fondare una famiglia, e nel correlato art. 33 che garantisce la protezione della famiglia, la premessa per un'estensione delle tutele della famiglia di fatto. Si afferma, infatti, in ciò riprendendo talune osservazioni in dottrina, che al tradizionale *favor* per il matrimonio si sostituisce in tal modo la pari dignità di ogni forma di convivenza.

Alla luce di tale premessa di carattere generale, le Sezioni Unite hanno poi escluso che dalla legge 20 maggio 2016, n. 76 e, soprattutto, dalle modifiche apportate alla nozione di prossimi congiunti contenuta all'art. 307, comma 4, cod. pen. sia desumibile la volontà del legislatore contraria alla equiparazione delle convivenze di fatto al rapporto di coniugio.

Ad avviso delle Sezioni Unite, infatti, tale intervento normativo ha un valore "neutro" rispetto al tema della equiparazione delle coppie di fatto a quelle coniugate in quanto il suo significato va correlato alla finalità perseguita dal legislatore del 2016 di offrire una tutela legale a rapporti affettivi – le unioni tra persone dello stesso sesso – sino ad allora privi di una regolamentazione. A conferma di tale valore neutro, si rileva, inoltre, che il legislatore del 2016 aveva ben presente il percorso normativo e giurisprudenziale che, sebbene in modo

frammentario, aveva esteso ai componenti la famiglia di fatto talune posizioni soggettive proprie dei membri della famiglia legittima.

Si considerano, al riguardo, oltre alle disposizioni in tema di filiazione, le norme che riconoscono al convivente *more uxorio* diritti, facoltà e tutele analoghi a quelli del coniuge (si richiamano, tra le altre, l'art. 417 cod. civ. sulla possibilità di chiedere l'interdizione e la nomina di un amministratore di sostegno per il partner; l'art. 199 cod. proc. pen. sulla facoltà di astensione dal rendere dichiarazioni nel processo penale; l'art. 681 cod. proc. pen. sulla possibilità di presentare domanda di grazia al Presidente della Repubblica per il condannato; la disciplina in tema di ordini di protezione contro gli abusi familiari), le norme che parificano le coppie non coniugate a quelle coniugate (ad esempio, in tema di accesso alla procreazione medicalmente assistita ex art. 5, legge 15 febbraio 2004, n. 40) nonché le norme che riconoscono rilevanza al periodo di convivenza (ad esempio, in tema di adozione, ai fini della verifica della stabilità della coppia).

È stata, inoltre, considerata la progressiva tendenza della giurisprudenza di legittimità, sia civile che penale, a garantire alle convivenze di fatto tutele analoghe a quelle spettanti alle coppie coniugate.

Quanto alla giurisprudenza civile, si richiamano gli arresti in tema di assegnazione della casa familiare, riconosciuta al convivente *more uxorio* ancor prima dell'introduzione dell'art. 337-*sexies* cod. civ. (Sez. civ. 1, n. 10102 del 26/5/2004, Rv. 573134) ed in tema di riconoscimento al convivente *more uxorio* ed al figlio naturale non riconosciuto del diritto al risarcimento del danno da uccisione di un prossimo congiunto, a condizione che venga dimostrato un saldo e duraturo legame affettivo tra essi e la vittima (tra le tante, Sez. civ. 3, n. 12278 del 7/6/2011, Rv. 618134).

Quanto alla giurisprudenza penale, sono stati considerati gli arresti in tema di: a) rilevanza della convivenza *more uxorio* ai fini dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato (tra gli altri, Sez. 4, n. 15715 del 20/3/2015, Giglio, Rv. 263153); b) rilevanza, ai fini della costituzione di parte civile, della lesione di qualsiasi forma di convivenza, purché dotata di un minimo di stabilità da fondare una ragionevole aspettativa di un futuro apporto economico (si veda, ad esempio, Sez. 4, n. 33305 del 8/7/2002, Rocchetti, Rv. 222366); c) violazione di domicilio (Sez. 5, n. 6419 del 5/4/1974, Barone, Rv. 128059); d) equiparazione, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 572 cod. pen., nella formulazione precedente le relative modifiche normative, della famiglia legittima fondata sul matrimonio alla famiglia di fatto, purché connotata da un rapporto tendenzialmente stabile, fondato su reciproci rapporti di assistenza e di solidarietà (si richiama, tra le tante, Sez. 6, n. 31121 del 18/03/2014, Rv. 261472).

Tali disorganiche forme di tutela della famiglia di fatto confermano, ad avviso delle Sezioni Unite, la rilevanza e l'esigenza di protezione delle relazioni di carattere familiare che si sviluppano al suo interno, lasciando al contempo trasparire delle evidenti incoerenze di sistema – «se non veri e propri “effetti paradossali” - alcuni dei quali, sottolinea la Corte, si prestano quanto meno ad essere ridotti nei limiti dell'attività interpretativa.

Una volta superati i limiti “esterni” all'estensione dell'ambito di applicabilità dell'art. 384, comma 1, cod. pen. al convivente *more uxorio*, le Sezioni Unite hanno, poi, affrontato i limiti “interni”, connessi all'inquadramento dogmatico della causa di non punibilità.

Adottando una lettura costituzionalmente orientata della norma, volta a valorizzare il principio della colpevolezza, le Sezioni Unite hanno ritenuto che non si tratti di una causa di non punibilità in senso stretto – in cui la rinuncia alla pena risponde a ragioni di opportunità politica che prescindono dal disvalore oggettivo del fatto o dalla situazione psicologica dell'agente – né di una causa di giustificazione, quanto, piuttosto, di una causa di esclusione della colpevolezza, ovvero di una scusante soggettiva.

Tale scusante viene in rilievo allorché, dinanzi ad un fatto antiggiuridico, posto in essere dall'agente nella consapevolezza di violare la legge, l'ordinamento si astiene dal muovergli un rimprovero in considerazione della presenza di determinate circostanze (come, nel caso dell'art. 384, comma 1, cod. pen., la particolare situazione emotiva correlata al legame di natura affettiva tra l'agente ed i prossimi congiunti) che influiscono sulla sua volontà e rendono inesigibile il comportamento alternativo lecito.

Ad avviso delle Sezioni Unite, dunque, l'art. 384, comma 1, cod. pen. «tipizza una situazione oggettiva in cui il procedimento motivazionale del soggetto risulta “alterato”, tanto da poter escludere la colpevolezza attraverso la valorizzazione del coinvolgimento psichico».

Tale inquadramento dogmatico della norma, già fatto proprio da taluni arresti delle Sezioni semplici (tra le tante, Sez. 5, n. 18110 del 12/3/2018, Esposito, Rv. 273181, Sez. 6, n. 34543 del 23/5/2019, Germino; Sez. 6, n. 15327 del 14/2/2019, Quaranta, Rv. 275320-01), si pone nel medesimo solco ermeneutico già tracciato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 7208 del 29/11/2007, Genovese, in cui la Corte ha ritenuto corretto l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che ravvisa nell'istinto di conservazione della propria libertà e del proprio onore (*nemo tenetur se detegere*) e nell'esigenza di tenere conto dei vincoli di solidarietà familiare la *ratio* giustificatrice dell'art. 384 cod. pen. (*ratio* che le Sezioni Unite, “Genovese”, hanno ritenuto comune alla prescrizione processuale dell'art. 199 cod. proc. pen.).

Il diverso inquadramento della causa di non punibilità in esame come causa di esclusione della colpevolezza costituisce il fondamento ermeneutico per il successivo passaggio logico volto ad esaminare la possibilità di una sua applicazione analogica *in bonam partem*.

Tale questione è stata esaminata lungo due direttrici: a) il carattere relativo del divieto di analogia nel diritto penale; b) la natura non eccezionale dell'art. 384 cod. pen.

Quanto al primo aspetto, le Sezioni Unite hanno affermato che il divieto di analogia, il cui fondamento viene ricondotto all'art. 25 Cost, riguarda esclusivamente le norme incriminatrici, ma non le norme di "favore".

Si afferma, infatti, che, poiché tale divieto è volto a garantire le libertà del cittadino, messe in pericolo dall'applicazione analogica delle disposizioni punitive, non sussiste alcun impedimento di carattere costituzionale ad operazioni di interpretazione analogica che determinino un restringimento dell'area di ciò che è penalmente rilevante.

Proprio in considerazione del diverso inquadramento dogmatico dell'art. 384 cod. pen., il Supremo Consesso ha, inoltre, escluso che tale interpretazione analogica *in bonam partem* possa ritenersi ostacolata dalla sua eventuale natura eccezionale (ritenuta, ad esempio, da Sez. 2, n. 34147 del 30/4/2015, Agostino).

Aderendo, infatti, alla tesi che qualifica come eccezionali le norme che introducono delle deroghe ai principi generali dell'ordinamento giuridico, le Sezioni Unite hanno ritenuto di ricondurre a tale categorie le cause di esclusione della punibilità in senso stretto, escludendo, invece, sia le cause di giustificazione che le cause di esclusione della colpevolezza.

Tale conclusione consente, dunque, di ritenere legittima e costituzionalmente conforme l'interpretazione analogica dell'art. 384, comma 1, cod. pen., trattandosi di una norma che costituisce espressione dei principi generali *nemo tenetur se detegere* e *ad impossibilia nemo tenetur*, a loro volta riconducibili al principio di colpevolezza di cui all'art. 27, comma 1, Cost. (si richiama Corte cost. n. 364 del 1988).

Sulla base di tali considerazioni, le Sezioni Unite hanno, pertanto, esteso l'applicabilità della scusante al convivente *more uxorio*, che, al pari di quanto accade per la persona coniugata, ove chiamato a rendere dichiarazioni all'autorità giudiziaria ovvero a fornire indicazioni alla polizia giudiziaria contro il partner, si trova nella medesima condizione di conflitto interiore tra l'adempimento di un dovere sanzionato penalmente e la tutela dei propri affetti.

L'estensione della non punibilità al convivente risulta, inoltre, coerente con la *ratio* della norma che, ad avviso delle Sezioni Unite, è funzionale alla tutela, non

già dell'unità familiare, bensì del singolo componente che si trovi nell'alternativa di porre in essere un reato ovvero di proteggere un congiunto.

A conferma di tale conclusione, le Sezioni Unite hanno, infine, analizzato il rapporto tra l'art. 384, comma 1, cod. pen. e l'art. 199 cod. proc. pen. Ad avviso della Corte, infatti, le due norme sono accomunate da identità di *ratio*: anche la norma processuale, infatti, è volta a tutelare «il “sentimento familiare”, la motivabilità dell'agente, in presenza di un conflitto interiore tra rendere una dichiarazione pregiudizievole per il “parente” e danneggiarlo».

Proprio alla luce di tale lettura del rapporto tra le due norme (confortata da quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 352 del 2000), la Corte ha attribuito all'art. 199 cod. proc. pen. una «funzione di indirizzo interpretativo» in merito all'estensione della scusante soggettiva di cui all'art. 384, comma 1, cod. pen. anche al convivente, rilevando che l'adesione alla tesi contraria a tale applicazione analogica, determinerebbe un problematico rapporto con la disposizione del secondo comma della norma: il convivente, infatti, potendo avvalersi della facoltà di astensione dal deporre, riconosciuta dall'art. 199 cod. proc. pen., non è punibile, ai sensi dell'art. 384, comma 2, cod. pen, nel caso in cui sia stato omesso l'avviso in ordine a tale facoltà; di contro, aderendo alla tesi contraria all'estensione della scusante di cui al primo comma, il medesimo convivente sarebbe privo di tutela ove ponesse in essere un comportamento in presenza della medesima situazione di conflitto interiore che giustifica il riconoscimento della facoltà di astensione.

Le Sezioni Unite hanno, infine, chiarito che l'estensione della non punibilità al convivente, in considerazione della struttura, funzione e natura di scusante dell'art. 384, comma 1, cod. pen., non può, però, prescindere dalla rigorosa dimostrazione della sussistenza del rapporto di convivenza, avuto riguardo agli elementi costitutivi - elaborati dalla giurisprudenza di legittimità e successivamente recepiti dalla legge n. 76 del 2016 - della stabilità e continuità del legame affettivo di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, che lo rendono assimilabile al rapporto coniugale.

Si precisa al riguardo che la sussistenza di tale rapporto di convivenza potrà essere dimostrata dall'imputato attraverso qualsiasi mezzo, tra cui, ad avviso delle Sezioni Unite, può rilevare, quale «forte elemento di prova», la dichiarazione anagrafica di cui agli artt. 4 e 13, comma 1, lett. b) del regolamento di cui al d.P.R. 30 maggio 1989, n. 223.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 5, n. 6419 del 5/4/1974, Barone, Rv. 128059
Sez. 2, n. 7684 del 9/3/1982, Turatello, Rv. 154880
Sez. 6, n. 12477 del 18/10/1985, Cito, Rv. 172450
Sez. 6, n. 6365 del 20/2/1988, Melilli, Rv. 178467
Sez. 1, n. 9475 del 5/5/1989, Creglia, Rv. 181759
Sez. 6, n. 132 del 18/1/1991, Izzo, Rv. 187017
Sez. 4, n. 33305 del 8/7/2002, Rocchetti, Rv. 222366
Sez. 6, n. 22398 del 22/1/2004, Esposito, Rv. 229676
Sez. 4, n. 109 del 26/1/2005, Curatolo, Rv. 232787
Sez. 6, n. 35967 del 28/9/2006, Cantale, Rv. 234862
Sez. U., n. 7208 del 29/11/2007, Genovese, Rv. 238383
Sez. 6, n. 20647 del 29/1/2008, B., Rv. 239726
Sez. 2, n. 20827 del 17/2/2009, Agate, Rv. 244725
Sez. 4, n. 32190 del 21/5/2009, Trasatti, Rv. 244692
Sez. 5, n. 41139 del 22/10/2010, Migliaccio, Rv. 248903
Sez. 6, n. 31121 del 18/03/2014, Rv. 261472
Sez. 4, n. 15715 del 20/3/2015, Giglio, Rv. 263153
Sez. 2, n. 34147 del 30/4/2015, Agostino, Rv. 264630
Sez. 4, n. 23118 del 21/3/2017, De Paola
Sez. 7, n. 41498 del 22/6/2017, Irollo
Sez. 3, n. 6218 del 12/1/2018, Giancono
Sez. 5, n. 18110 del 12/03/2018, Esposito, Rv. 273181
Sez. 6, n. 11476 del 19/9/2018, Cavassa, Rv. 275206
Sez. 6, n. 15327 del 14/2/2019, Quaranta, Rv. 275320
Sez. 1, n. 40122 del 16/5/2019, Balice
Sez. 6, n. 34543 del 23/5/2019, Germino
Sez. U., n. 10381 del 26/11/2020, dep. 2021, Fialova, Rv. 280574

Sentenze della Corte EDU

Corte EDU, 13/6/1979, Marckx c. Belgio
Corte EDU, 13/12/2007, Emonet e altri c. Svizzera
Corte EDU, 30/4/2012, Van der Heijdel c. Olanda,
Corte EDU, 21/7/2015, Oliari ed altri c. Italia

SEZIONE III
REATI DEL CODICE PENALE
DELITTI CONTRO PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

CAPITOLO I

**CONFIGURABILITÀ DEL PECULATO ED OMESSO
VERSAMENTO DEL PRELIEVO UNICO ERARIALE**

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite. – 2. La tesi favorevole alla configurabilità del peculato. - 2.1. Le indicazioni provenienti dalle Sezioni Unite civili. - 2.2. La giurisprudenza della Corte dei Conti. - 3. L'orientamento contrario. - 4. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.

1. La questione rimessa all'esame delle Sezioni Unite.

L'organizzazione di giochi con vincite in denaro da parte dello Stato prevede, sia pur con forme e modalità non omogenee, l'intervento di soggetti privati che concorrono alla gestione, alla raccolta delle scommesse, al pagamento dei premi ed al versamento della quota – variamente denominata – spettante all'erario.

Tale sistema implica necessariamente l'ingerenza di soggetti privati nella gestione di somme di denaro che, almeno in parte, sono destinate a confluire nelle casse erariali. Proprio per effetto di tale maneggio di denaro “pubblico”, si è tradizionalmente posta la questione della qualificabilità in termini di peculato delle eventuali condotte appropriative poste in essere dal gestore cui è demandato, sulla base di rapporti concessori, l'esercizio del gioco rientrando nell'ambito del monopolio statale.

L'impostazione tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza tende a ritenere i suddetti soggetti privati quali esercenti un pubblico servizio, con la conseguente configurabilità del delitto di peculato nel caso di mancato riversamento nelle casse dello Stato delle somme percepite.

In ordine alla correttezza di tale qualificazione, sono emerse posizioni giurisprudenziali differenziate con specifico riferimento all'attività di gestione del gioco lecito mediante gli apparecchi da intrattenimento disciplinati dall'art.110, comma 6, TULPS.

Rispetto a tale settore, infatti, la legislazione prevede che il gestore è tenuto a versare all'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato una quota fissa

calcolata sull'ammontare delle scommesse, denominata Prelievo Unico Erariale (PREU) che, apparentemente, si atteggia come un vero e proprio tributo ricadente sul gestore.

Si è posto, pertanto, il dubbio che l'eventuale omesso versamento del PREU non integrerebbe il delitto di peculato, ma al più un mero inadempimento di un tributo.

Al fine di risolvere il contrasto emerso in giurisprudenza, la Sesta sezione, con ord. n.997 depositata il 12 dicembre 2019, ha disposto la rimessione alle Sezioni Unite della questione «Se l'omesso versamento del prelievo unico erariale dovuto sull'importo delle giocate al netto delle vincite erogate, da parte del gestore degli apparecchi da gioco con vincita in denaro o del "concessionario" per l'attivazione e la conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito, costituisca il delitto di peculato».

2. La tesi favorevole alla configurabilità del peculato.

Nell'ambito di un più vasto panorama giurisprudenziale, tendenziale incline a riconoscere la natura pubblica delle somme raccolte da privati abilitati allo svolgimento di svariate tipologie di giochi autorizzati, la specifica questione concernente il prelievo erariale unico è stata compiutamente affrontata da Sez.6, n.49070 del 05/10/2017, Corsino, Rv. 271498, secondo cui « Riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio il sub-concessionario per la gestione dei giochi telematici, trattandosi di un soggetto che, in virtù di una facoltà riconosciuta al concessionario dall' Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), è investito contrattualmente dell'esercizio dell'attività di agente contabile addetto alla riscossione ed al successivo versamento del prelievo erariale unico sulle giocate previsto dall'art. 2, lett. g), del d.m. 12 marzo 2004. (In motivazione la Corte ha precisato che la natura privatistica del contratto non incide sulla qualifica conferita al sub-concessionario il quale è privo di autonomia nella gestione e nell'esercizio del gioco che è tenuto a svolgere nel puntuale rispetto dei termini della concessione fra l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato ed il concessionario)».

La citata sentenza ha esaminato una fattispecie del tutto sovrapponibile a quella rimessa all'esame delle Sezioni unite, infatti, anche in quel caso il delitto di peculato era stato contestato nei confronti del sub-concessionario abilitato (nella normativa di settore indicato quale "gestore"), in virtù di una convenzione di natura privatistica stipulata con il concessionario, ad esercitare il gioco mediante apparecchi di intrattenimento, assumendo l'obbligo di riversare le somme dovute a titolo di PREU.

La Cassazione ha ritenuto che il concessionario statale della gestione dei giochi telematici e, per derivazione, anche il “gestore”, riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio in quanto “agente contabile”, atteso che il denaro che riscuote è fin da subito di spettanza della P.A.

A tale conclusione la Corte è giunta evidenziando come il decreto 12.03.2004 del Ministro dell'Economia e delle Finanze, "recante regolamento concernente disposizioni per la gestione telematica degli apparecchi da divertimento e intrattenimento, ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 640, e successive modificazioni ed integrazioni", all'articolo 2 lett. g) prevede che il concessionario "contabilizza, per gli apparecchi collegati alla rete telematica affidatagli, il prelievo erariale unico ed esegue il versamento del prelievo stesso, con modalità definite con decreto di AAMS".

Da tale presupposto consegue che la natura privatistica del contratto, mediante il quale la concessionaria, avvalendosi della facoltà appositamente concessa dall'AAMS, demanda ad altro soggetto l'esercizio dell'attività di agente contabile, non incide in alcun modo sulla veste di incaricato di pubblico servizio che viene in tal modo conferita a detto soggetto, in quanto esattamente funzionale alla riscossione del prelievo erariale unico sulle giocate. Il soggetto investito della subconcessione non esercita alcun potere indipendente ed autonomo nella gestione e nell'esercizio del gioco, che è invece tenuto ad esplicitare nel rispetto puntuale dei termini della concessione fra l'AAMS e la concessionaria.

A supporto di tale decisione, la Corte ha anche richiamato i principi affermati con riguardo alla posizione del concessionario dell'attività di raccolta delle giocate del lotto, ritenuta del tutto corrispondente a quella in esame, rispetto alla quale la giurisprudenza – in maniera concorde e consolidata – ritiene configurabile il delitto di peculato.

Tale impostazione risulta condivisa anche da Sez.6, n.15860 del 10/4/2018, Cilli, n.m., che affrontando la questione in sede cautelare, ha ritenuto corretta la contestazione di peculato a fronte della condotta appropriativa del PREU posta in essere dal gestore, sottolineando, altresì, che la configurabilità del reato non è esclusa dall'eventuale esistenza di contestazioni tra il gestore ed il concessionario circa le somme da riversare all'erario. Inoltre, la Corte ha anche precisato che la sussistenza del reato in capo al gestore, non è neppure esclusa per effetto dell'adempimento dell'obbligo fiscale da parte del concessionario.

2.1. Le indicazioni provenienti dalle Sezioni Unite civili.

La problematica concernente la qualificazione del concessionario e del gestore degli apparecchi da gioco è stata oggetto di approfondimento anche da parte delle Sezioni unite civili, a più riprese chiamate a pronunciarsi in ordine alla possibilità che tali soggetti rientrino nella nozione di “agente contabile”. Occorre premettere che si definisce “agente contabile” colui che è preposto allo svolgimento ed alla cura delle operazioni contabili previste e regolate dall'art. 74 del r.d. n. 2440, del 18 novembre 1923, contenente “nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato”, nonché, dall'art. 44 del r.d. n. 1214, del 12 luglio 1934, con il quale è stato approvato il Testo Unico delle leggi sulla Corte dei conti.

Le Sezioni Unite civili si sono occupate essenzialmente di stabilire se tali soggetti fossero o meno tenuti a sottostare alle regole della contabilità pubblica ma, per risolvere tale problematica, hanno dovuto necessariamente affrontare punti rilevanti in ordine alla qualificazione dell'attività e, soprattutto, dell'appartenenza delle somme riscosse all'erario fin dal momento in cui le singole giocate vengono poste in essere.

Secondo la più recente pronuncia intervenuta sul tema - Sez.U. civ., n.14697 del 29/05/2019, Rv. 653988 - «Il concessionario per l'attivazione e la conduzione operativa della rete telematica pubblica, destinata alla gestione del gioco lecito mediante gli apparecchi di cui all'art. 110, comma 6, r.d. n. 773 del 1931, riveste la qualifica di agente contabile e, come tale, è tenuto a presentare il conto giudiziale, dovendo assicurare la corretta contabilizzazione del flusso di denaro proveniente dalle giocate, trattandosi di somme di diretta appartenenza pubblica, senza che assuma rilievo, in senso contrario, la disciplina fiscale, ove soggetto passivo del prelievo erariale unico (PREU) è il concessionario, atteso che tale disciplina, limitata al rapporto di natura tributaria, non incide sulla funzione di agente di riscossione comunque svolta da quest'ultimo».

La decisione è stata resa a seguito della contestazione, da parte del concessionario per la gestione telematica del gioco di cui all'art.110, comma 6, T.U.L.P.S., dell'obbligo di deposito dei conti giudiziali, ricadente su tutti i soggetti che rivestono la qualifica di agenti contabili.

Le Sezioni unite, pur analizzando la problematica da tale peculiare punto di vista, hanno stabilito principi che sono di immediata rilevanza al fine di stabilire, in sede penale, se il denaro ricevuto dal concessionario sia o meno di proprietà erariale fin dal momento in cui avviene la giocata.

Secondo la tesi sostenuta dal privato concessionario e che non è stata recepita dalle Sezioni unite, il PREU costituirebbe un obbligo diretto e proprio del

concessionario, quale soggetto passivo d'imposta e non un versamento di denaro altrui, riscosso dal concessionario per conto dell'erario. Non sarebbe corretto, pertanto, affermare che le somme riscosse dalle concessionarie dei giochi pubblici da intrattenimento siano pagate in nome e per conto dello Stato, così confondendosi la categoria dei giochi in esame con quelli "centralizzati", come il lotto o gli altri a totalizzatore nazionale. L'obbligo della resa del conto varrebbe solo per quest'ultima categoria di giochi ma non invece per quelli fondati sull'autonomia del concessionario.

Tale prospettazione – peraltro già non accolta in precedenti pronunce (Sez.U.civ., n.13330 del 01/06/2010, Rv. 613290 e Sez.U.civ., n.14891 del 21/06/2010) – è stata ritenuta infondata dalla più recente pronuncia del massimo organo nomofilattico.

Le Sezioni unite civili hanno in primo luogo chiarito come l'art. 22 della l.n. 289 del 2002 recante il titolo "Misure di contrasto dell'uso illegale di apparecchi e congegni di divertimento e intrattenimento" attribuisce all'esclusiva potestà statale la delimitazione dell'ambito del gioco lecito mediante "apparecchi e congegni d'intrattenimento e divertimento".

La gestione del gioco è consentita solo ed esclusivamente in virtù dell'autorizzazione rilasciata dall'AAMS e previa verifica della conformità degli apparecchi, con l'obbligo garantire un collegamento in rete che consenta la gestione telematica degli apparecchi ed un controllo continuativo ed in tempo reale della liceità dell'attività svolta.

Prosegue la Corte affermando che «L'assunzione del modulo concessorio costituisce, di conseguenza, in questo peculiare rapporto giuridico, lo strumento mediante il quale si attua l'esercizio di una funzione che, nei rigidi limiti della liceità, l'autorità statale ha assunto sotto il suo diretto controllo mediante la rete telematica, senza la quale, come stabilito nel citato comma 6 dell'art. 110 T.U.L.P.S., l'attività non si può esercitare in quanto illecita. La previsione di una remunerazione variamente modulata ma rigidamente predeterminata costituisce la conseguenza della prefigurazione di un rapporto concessorio ed impone la individuazione di un sistema di prelievo fiscale».

Nell'ambito di tale sistema, pertanto, i concessionari gestiscono l'attività di gioco nell'ambito di un continuo controllo realizzato per il tramite del collegamento alla rete telematica dei singoli apparecchi di gioco. Proprio tale «sistema di collegamento diretto, rivolto in particolare al flusso di denaro, riscosso in conseguenza del gioco lecito, ed alle sue destinazioni (vincite, canone di concessione, deposito cauzionale, obbligazioni tributarie, compenso del concessionario) così come previste dalla legge, ne evidenzia la diretta appartenenza pubblica».

La tesi secondo cui il denaro provento delle giocate è di immediata appartenenza pubblica non è contraddetta neppure dal particolare regime fiscale adottata dal legislatore, lì dove il PREU viene qualificato quale prelievo di natura tributaria (come riconosciuto anche da Corte.cost., sent. n.334 del 2006) ed il concessionario è indicato quale soggetti passivo di imposta.

Secondo le Sezioni unite, infatti, la natura tributaria del PREU non esclude la « funzione di agente della riscossione di denaro pubblico derivante dalla configurazione complessiva dell'attività di gioco lecito mediante apparecchi o congegni elettronici, caratterizzata dalla predeterminazione dettagliata delle modalità di svolgimento dell'attività e della funzione del concessionario rispetto agli esercenti, in particolare sotto il profilo del controllo periodico della destinazione delle somme riscosse».

In conclusione, le Sezioni unite civili propendono dichiaratamente nel senso di ritenere che il denaro provento delle giocate, a prescindere dalla specifica destinazione *pro quota* dello stesso, è di “diretta appartenenza pubblica”.

Tale affermazione assume una valenza potenzialmente dirimente della questione concernente la configurabilità del delitto di peculato, ove si condivida l'originaria e diretta “appartenenza pubblica” del denaro raccolto dal “gestore”, si dovrebbe ritenere che l'omesso riversamento all'AAMS integra il reato di cui all'art.314 cod.pen.

2.2. La giurisprudenza della Corte dei Conti.

La soluzione recepita dalle Sezioni unite civili è in linea con la consolidata giurisprudenza della Corte dei Conti, competente ad esercitare il controllo sui concessionari in virtù della loro qualificazione quali “agenti contabili”. Il problema che ora è chiamato ad affrontare la giurisprudenza penale, infatti, si era già ampiamente posto dinanzi al giudice contabile, sostanzialmente nei medesimi termini circa l'esatta qualificazione del PREU come un'entrata erariale qualificabile come tale *ab origine*, piuttosto che come un ordinario tributo rispetto al quale il concessionario non poteva assumere il ruolo di agente contabile, ma solo quello di soggetto passivo d'imposta.

Nella sentenza resa da Corte dei Conti, Sez. I App., Sent., n. 1086 del 18-09-2014, si è affermato che «la società appellata è concessionaria dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli dello Stato per la attivazione e la conduzione operativa della rete per la gestione telematica del gioco lecito. Essa assicura, perciò, che la rete telematica affidatale, contabilizzi le somme giocate, le vincite ed il prelievo erariale unico, nonché la trasmissione periodica di tali informazioni al sistema centrale. La società - inoltre - contabilizza, per gli

apparecchi collegati alla rete telematica affidatale, il prelievo erariale unico e ne esegue il versamento. Tanto precisato, essa riveste la qualifica di agente della riscossione (agente contabile), tenuto al versamento di quanto riscosso e, dunque, al conto giudiziale degli introiti complessivamente derivanti dalla gestione telematica del gioco lecito, compreso il compenso del concessionario». La pronuncia, peraltro, si confronta espressamente anche con la presunta incompatibilità tra la qualifica di agente contabile, derivante dalla riscossione di denaro pubblico, rispetto alla disciplina tributaria del PREU.

Si afferma, infatti, che «la sottoposizione del concessionario al prelievo erariale unico (PREU) non incide sulla sua natura di agente contabile, stante che tale prelievo è solo la modalità con cui l'Amministrazione ottiene il versamento da parte del concessionario di somme dovute da calcolarsi, però, su conti da rendersi da chi rivesta la qualifica di contabile, per avere maneggio delle somme di denaro su cui anche il PREU deve calcolarsi».

L'appartenenza del denaro oggetto di PREU all'erario è esplicitata in maniera ancor più netta da Corte Conti Lazio, sez. reg. giurisd., n. 2110 del 05/11/2010, secondo cui «è proprio la gestione in via esclusiva di un'attività propria del soggetto pubblico con attribuzione di poteri pubblici al concessionario ed imposizione di particolari obblighi a determinare la nascita di un soggetto che ha la disponibilità materiale di beni, materie e valori di pertinenza pubblica. Lo stesso denaro raccolto con l'utilizzo di apparecchiature collegate alla rete telematica della P.A. deve ritenersi, quindi, denaro pubblico e ciò, ovviamente, non tanto in ragione della sua provenienza, che è squisitamente privata, ma in forza del titolo di legittimazione alla giocata che rende lecito un gioco d'azzardo altrimenti vietato. Ed allora, se il privato deve utilizzare l'apposito canale pubblico rappresentato dalle apparecchiature elettroniche collegate alla rete telematica della Pubblica Amministrazione per effettuare la sua giocata, ne consegue che il denaro impiegato diventa denaro pubblico, soggetto alle regole pubbliche di rendicontazione e il cui maneggio genera ex se l'imprescindibile obbligo dell'agente a rendere giudiziale ragione della gestione attraverso un documento contabile che dia contezza della stessa e delle sue risultanze».

3. L'orientamento contrario.

La tesi favorevole alla configurabilità del delitto di peculato è stata recentemente contraddetta da Sez.6, n.21318 del 5/4/2018, Poggianti, Rv.272951, che ha sviluppato un diverso percorso interpretativo, fondato essenzialmente sull'esame della disciplina di settore che qualifica il PREU quale

obbligazione di natura tributaria, individuando nel concessionario il soggetto passivo d'imposta.

La fattispecie esaminata dalla Corte riguardava il caso – analogo a quello all'attenzione delle Sezioni Unite – del privato convenzionato con il concessionario dell'AAMS che, agendo quale terzo raccoglitore del denaro proveniente dalle giocate mediante apparecchi del tipo di quelli descritti all'art.110, commi 6 e 7, T.U.L.P.S, non riversava all'erario le somme a questo spettanti, secondo la percentuale fissa prevista per il PREU.

In quel caso, l'appropriazione è avvenuta previo occultamento delle somme effettivamente riscosse, sicchè si è posto il problema di verificare se tale condotta integrasse il peculato, ovvero il reato di truffa aggravata ai danni dello Stato, utilizzando quale elemento di discriminazione tra le due fattispecie la natura *ab origine* erariale delle somme riscosse, ovvero la loro debenza in ragione di una ordinaria pretesa tributaria.

Con la pronuncia in esame, la Sesta sezione ha affermato che «il denaro incassato all'atto della puntata, e a causa di questa, deve ritenersi non immediatamente di proprietà, *pro quota*, dell'erario (all'epoca dei fatti in misura pari al 12 % degli introiti), bensì interamente della società che dispone del congegno da gioco, anche per la parte corrispondente all'importo da versare a titolo di prelievo unico erariale. Questo perché la giocata genera un ricavo di impresa sul quale è calcolato l'importo che la società deve corrispondere a titolo di debito tributario; quindi, l'impresa che gestisce il congegno da gioco non incassa neppure in parte denaro già in quel momento dell'erario, e, di conseguenza, quando non corrisponde le somme dovute a titolo di prelievo erariale unico, non si appropria di una cosa altrui, ma omette di versare denaro proprio all'Amministrazione finanziaria in adempimento di un'obbligazione tributaria».

La Corte giunge a tale conclusione sulla base dell'esegesi del d.l. 24 novembre 2003, n.326, dal quale emerge che:

- il soggetto passivo di imposta non è individuato nel giocatore, ma nei concessionari della rete (art.39, commi 13 e 13-*bis*), con i quali i terzi incaricati della raccolta (i cd. gestori) sono solidamente responsabili (art.39-*sexies*);
- l'unità temporale di riferimento per il calcolo finale del PREU è riferita all'anno solare (art.39, comma 13-*bis*), mediante un versamento finale a saldo dei versamenti periodici;
- il PREU è dovuto su tutte le somme giocate tramite apparecchi e congegni che erogano vincite in denaro, anche se questi siano esercitati al di fuori di qualunque autorizzazione e non siano collegati alla rete telematica (art.39-*quater*).

La specifica disciplina, dettata per la categoria di apparecchi da gioco in esame, consentirebbe di affermare che il soggetto passivo dell'imposta non è il giocatore, bensì il concessionario ed il terzo incaricato della raccolta, sicchè, ove il denaro non venga riversato all'AAMS, non si configurerebbe l'appropriazione di somme già appartenenti all'erario, bensì un tipico caso di omesso versamento di un tributo (nel caso di specie il PREU).

Corollario di tale affermazione è che il denaro raccolto mediante le giocate altro non è che il ricavo di un'attività commerciale, che a prescindere dal fatto che sia svolta in forma lecita o illecita, genera in ogni caso l'insorgere dell'obbligazione tributaria.

Né si ritiene di poter giungere a diverse conclusioni sulla base del disposto dell'art.3 lett.g), D.M. 12 marzo 2004, in base al quale il concessionario «contabilizza, per gli apparecchi collegati alla rete telematica affidatagli, il prelievo erariale unico ed esegue il versamento del prelievo stesso, con modalità definite con decreto di AAMS». Invero, tale norma per come formulata, non sembra implicare necessariamente che le somme incassate per le giocate siano da ritenersi, *pro quota*, di immediata titolarità dell'erario, ma soprattutto, è dettata da una fonte regolamentare di attuazione della disciplina legislativa di cui agli artt. 39, 39-bis, 39-ter, 39-quater, 39-quinquies e 39-sexies del dl. 30 settembre 2003, n. 269 e, quindi, deve essere interpretata alla luce di questa regolamentazione sovraordinata.

Conclude la Corte affermando che il «soggetto che incassa le somme delle giocate non ha il possesso o la disponibilità di denaro altrui, ovviamente per la parte da versare all'Amministrazione finanziaria a titolo di prelievo erariale unico, ma, diversamente, è debitore nei confronti di questa in relazione ad una obbligazione pecuniaria commisurata all'entità del denaro percepito».

4. La soluzione accolta dalle Sezioni Unite.

Il descritto contrasto giurisprudenziale ha trovato soluzione a seguito della pronuncia con la quale le Sezioni unite hanno affermato che «Integra il delitto di peculato la condotta del gestore o dell'esercente degli apparecchi da gioco leciti di cui all'art. 110, sesto e settimo comma, TULPS, che si impossessi dei proventi del gioco, anche per la parte destinata al pagamento del Prelievo Erariale Unico (PREU), non versandoli al concessionario competente, in quanto il denaro incassato appartiene alla pubblica amministrazione sin dal momento della sua riscossione. (In motivazione, la Corte ha precisato che il concessionario riveste la qualifica formale di "agente contabile" ed è incaricato di pubblico servizio, funzione cui partecipano il gestore e l'esercente essendo loro delegate parte delle

attività proprie del concessionario)» (Sez.U, n. 6087 del 24/9/2020 – dep.2021, Rubbo, Rv. 280573).

La Corte è giunta a tale conclusione partendo dal presupposto per cui i proventi del gioco presenti negli apparecchi, al netto del denaro restituito quale vincita agli scommettitori, appartengano all'Amministrazione, come già riconosciuto dalla giurisprudenza civile e della Corte dei Conti.

Tale elemento comporta anche che la società concessionaria riveste la qualifica di agente della riscossione tenuto al versamento di quanto riscosso e, dunque, al conto giudiziale degli introiti complessivamente derivanti dalla gestione telematica del gioco lecito, compreso il compenso del concessionario.

Prosegue la Corte chiarendo che il privato concessionario gestisce in via esclusiva un'attività propria dell'Amministrazione, rientrando nell'ambito di un monopolio legale, esercitandone i medesimi poteri pubblici. In un tale contesto, il concessionario procede alla raccolta di denaro, tramite gli apparecchi collegati alla rete telematica della Pubblica Amministrazione, attività che assume carattere pubblico in forza del titolo di legittimazione alla giocata che rende lecito un gioco d'azzardo che, altrimenti, integrerebbe un'attività assolutamente vietata dall'art. 110 T.U.L.P.S. e sanzionata.

In buona sostanza, la quota di denaro presente negli apparecchi da gioco e destinata a confluire nelle casse dell'erario è, fin dall'origine, denaro pubblico, rispetto al quale il concessionario, cui è demandato il compito di prelevare il denaro e riversarlo all'erario, assume la veste di agente contabile.

Tale assetto consente anche di attribuire al concessionario la qualifica di incaricato di pubblico servizio, discendente non solo dal “maneggio” di denaro pubblico, ma anche dallo svolgimento di un'attività in concessione, rispetto alla quale si pone un'esigenza di tutela di interessi pubblicistici, consistente nel garantire la correttezza nella gestione del gioco.

Afferma la Corte che l'attività di gestione della rete di controllo deve qualificarsi come pubblico servizio, come del resto chiarisce il decreto ministeriale 12 marzo 2004, n. 86, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, contenente il Regolamento per la gestione telematica degli apparecchi da divertimento e intrattenimento in questione, secondo il quale la Amministrazione «affida in concessione l'attivazione e la gestione operativa delle reti telematiche» e non l'esercizio del gioco d'azzardo. È inoltre un pubblico servizio l'esercizio del monopolio fiscale connesso ai giochi leciti. Nel già citato d.l. n. 269 del 2003, n. 269, istitutivo del PREU, si fa riferimento più volte a tale monopolio con riferimento alla gestione delle entrate fiscali (art. 39, comma 13-quinquies: «Al fine di evitare fenomeni di elusione del monopolio statale dei giuochi ...», «attività di giuoco riservato allo Stato»).

Chiarita la qualifica soggettiva del concessionario, le Sezioni unite hanno precisato che il “gestore”, cioè il soggetto che su incarico del concessionario provvede al materiale prelievo del denaro provento delle giocate, pur non rivestendo il ruolo di “agente contabile”, risulta ugualmente incaricato di un pubblico servizio, per il semplice fatto di provvedere alla raccolta del denaro appartenente, *ab origine*, all'erario.

È stato escluso, altresì, che il gestore compia solo attività materiali, in quanto tali escluse dalla nozione di pubblico servizio.

Osserva la Corte, infatti, come «il contenuto della convenzione di concessione dimostra che l'Amministrazione impone che i soggetti delegati all'esercizio dei dati compiti per conto del concessionario esercitino anche attività proprie del pubblico servizio. In particolare, pur se non si prevede alcun rapporto diretto ed obbligo di rendiconto direttamente nei confronti dell'Amministrazione, il gestore (che può essere anche proprietario delle macchine o può operare con apparecchi altrui) svolge la sua attività in autonomia, senza il controllo diretto del concessionario, ed a lui è affidata, tra l'altro, la verifica della funzionalità della rete telematica con obblighi di segnalazione di anomalie, risultando già solo per questo avere un ruolo determinante nel profilo che qualifica l'attività data in concessione quale pubblico servizio. Inoltre, tali soggetti, pur non essendo loro assegnato un ruolo diretto ed autonomo nella gestione del denaro per conto dell'ente pubblico proprietario, lì dove delegati anche alla gestione degli incassi, sono comunque destinatari, secondo la convenzione di concessione (artt. 6-bis, del contratto con il gestore, e 6, del contratto con l'esercente), di penetranti obblighi di controllo, offerta di garanzie, tracciabilità; tali obblighi sono evidentemente fondamentali per la verifica dei corretti flussi finanziari per la prevenzione dell'inserimento di fenomeni criminali, anche di riciclaggio, così realizzando altri interessi pubblici sottesi alla gestione monopolistica nei termini di cui si è già detto. Si può, quindi, affermare che anche il gestore riveste la qualifica di incaricato di pubblico servizio quando, come nel caso qui in considerazione, abbia la gestione degli incassi, trovandosi a detenere nomine alieno il denaro per ragione del suo servizio pubblico».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sezioni penali:

Sez.6, n.21318 del 5/4/2018, Poggianti, Rv.272951

Sez.6, n.15860 del 10/4/2018, Cilli

Sez.6, n.49070 del 05/10/2017, Corsino, Rv. 271498

Sezioni unite civili:

Sez.U. civ., n.14697 del 29/05/2019, Rv. 653988

Sez.U.civ., n.14891 del 21/06/2010

Sez.U.civ., n.13330 del 01/06/2010, Rv. 613290

Sentenze della Corte costituzionale

Corte.cost., sent. n.334 del 2006

Sentenze Corte dei Conti

Corte dei Conti, Sez. I App., Sent., n. 1086 del 18-09-2014

Corte Conti Lazio, sez. reg. giurisd., n. 2110 del 05/11/2010

CAPITOLO II

L'ABUSO DI UFFICIO: LA MODIFICA NORMATIVA DEL 2020 E LE INTERPRETAZIONI DELLA GIURISPRUDENZA

(STEFANIA RICCIO)

SOMMARIO: 1. L'evoluzione normativa dell'istituto. Gli elementi di struttura della fattispecie incriminatrice dopo la novella – 2. Il contenuto della norma violata. Specificità e limite della discrezionalità – 3. Gli ulteriori requisiti della regola di condotta: norme costituzionali e norme subprimarie – 4. La mancata incidenza della novella sulla violazione del dovere di astensione.

1. L'evoluzione normativa dell'istituto. Gli elementi di struttura della fattispecie incriminatrice.

Tra le fattispecie più tormentate del codice penale, il reato di abuso di ufficio è stato oggetto negli anni di una serie di interventi di riscrittura che ne hanno significativamente mutato l'originaria fisionomia.

Con la più recente riformulazione, attuata con la discussa tecnica della decretazione di urgenza ad opera del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, (c.d. "decreto semplificazioni"), convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120, il legislatore ha significativamente inciso sullo spettro applicativo della fattispecie incriminatrice attraverso la rimodulazione del suo elemento oggettivo, costituito dalla violazione delle regole di azione del pubblico agente.

Già la legge 16 luglio 1997, n. 234 aveva inteso assicurare al reato di cui all'art. 323 cod. pen. una più definita tipicità, articolando due tipologie di condotta, qualificando una di esse in termini di violazione di norme di legge o regolamento, prescrivendo l'intenzionalità del dolo e configurando un evento consumativo.

Lasciando immutati l'elemento soggettivo e l'evento di vantaggio o di danno, la novella del 2020 - per quel che qui interessa - ha riqualificato le norme che hanno funzione integratrice del precetto, sostituendo nel corpo dell'art. 323 cod. pen. alla indeterminata locuzione di «norme di legge o di regolamento» quella di «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» (modifica che non ha investito, come vedremo, l'alternativo segmento di condotta in cui può realizzarsi l'abuso, costituita dalla violazione dell'obbligo di astensione in situazione di conflitto di interessi).

Dunque requisiti di struttura anelastici, secondo l'*intentio legis* di restringere l'ambito del sindacato penale, così da evitare che, attraverso una figura criminosa pensata come norma di chiusura, posta a presidio dei valori regolativi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., possano operarsi indebiti

sconfinamenti della giurisdizione nella sfera della discrezionalità amministrativa, con potenziale pregiudizio del principio della separazione dei poteri e con effetti distorsivi da "amministrazione difensiva" - come si è detto in dottrina – id est di sostanziale paralisi dell'azione dei pubblici amministratori; requisiti che avrebbero restituito al precetto, sempre nelle intenzioni del legislatore, maggiore determinatezza e tassatività, in conformità ai canoni dell'art. 25 Cost.

2. Il contenuto della norma violata: specificità e limite della discrezionalità.

Su tali profili del *novum*, afferenti alla violazione delle norme di azione, si incentra la riflessione di alcuni arresti dell'anno appena decorso (o risalenti all'anno precedente, ma di cui sono state depositate nel 2021 le motivazioni) tra le quali, *in primis*, Sez. 6, n. 442 del 9/12/2020, dep. 2021, Garau, Rv. 280296 e, in linea di continuità, Sez. F, n. 42640 del 17/08/2021, Amato, Rv. 282268.

Si è osservato che, nell'ottica di contenere un uso tendenzialmente espansivo della norma incriminatrice di cui all'art. 323 cod. pen., la violazione penalmente rilevante deve oggi investire regole di condotta poste da norme di legge o da atti aventi forza equipollente, con esclusione delle fonti normative di rango regolamentare o comunque subprimario; e tali regole di comportamento devono avere valenza cogente per l'azione amministrativa, ed essere disegnate in termini completi e puntuali.

A fronte di un archetipo il quale esige che la regola di comportamento abbia connotati di specificità, si è ritenuta "specificata" ogni regola dal cui contenuto precettivo possa «staticamente desumersi il suo contrario, cioè la sua violazione, a prescindere dall'evoluzione di un determinato *iter* e dal suo risultato complessivo» (sent. Amato, cit.).

La precisazione che deve trattarsi di norme da cui non residuino margini di discrezionalità disvela plasticamente il fine di preservare da responsabilità penale l'azione del pubblico funzionario il quale eserciti la discrezionalità amministrativa, anche tecnica, intesa, quest'ultima, nel suo nucleo essenziale di autonomo potere di scelta, all'esito di una ponderazione comparativa tra interessi pubblici e privati, dell'interesse primario da perseguire in concreto.

Se questo era l'obiettivo del legislatore - ha osservato la sentenza Garau - ne consegue che le prescrizioni di cui al nuovo testo dell'art. 323 cod. pen. valgono a condizione che l'esercizio del potere discrezionale non trasmodi in una vera e propria distorsione funzionale, cioè in uno sviamento di potere, rispetto ai limiti c.d. esterni della discrezionalità, che si realizza lì dove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente

difformi e collidenti con quelli per i quali il potere è attribuito. Di contro, resta precluso al giudice il sindacato del "cattivo uso" della discrezionalità amministrativa, id est la violazione dei limiti interni dell'attività discrezionale, che attengono alle sue modalità di esercizio.

Su questa base ricostruttiva, le sentenze in rassegna si sono interrogate sul se ed in quali termini sia ancora esercitabile un sindacato penale in presenza di uno sviamento di potere.

Del resto, come osservato da coeva dottrina, non appare plausibile che un intervento volto a restituire maggiore determinatezza al reato di abuso di ufficio - definito come una delle assi portanti della rule of law, che colpisce la discrasia che patologicamente si manifesti tra potere e funzione, nelle forme dello sviamento della funzione tipica per cui il potere è attribuito - possa valere a sanzionare la sola attività strettamente vincolata dei pubblici agenti, ovvero l'attività meramente esecutiva.

Si è allora osservato, nelle più recenti pronunce, che non è luogo a parlare di discrezionalità, ed il reato di abuso è configurabile, allorché il procedimento sia giunto ad uno stadio nel quale sono stati già predefiniti canoni precisi di azione.

Nel dettaglio, Sez. 6, n. 8057 del 28/1/2021, Asole, Rv. 280965, ha affermato che è ipotizzabile l'abuso non solo quando la violazione di una specifica regola di condotta risulti connessa all'esercizio di un potere previsto *ab origine* come vincolato - di cui il legislatore abbia predeterminato cioè *l'an*, il *quomodo*, il *quid* e il *quando* - ma anche quando l'inosservanza della regola riguardi un potere che, astrattamente previsto come discrezionale, sia divenuto vincolato per le scelte concrete operate dal pubblico agente.

Tale opzione è in linea con l'esegesi della giurisprudenza amministrativa, la quale, valorizzando il dettato dell'art. 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, ha sancito che il provvedimento amministrativo è annullabile, per violazione delle norme sul procedimento o sulla forma degli atti, non solo quando sia espressione di un potere vincolato in astratto, cioè disciplinato da disposizioni che non demandino all'amministratore alcuno spazio di discrezionalità, ma anche quando sia esplicazione di un potere, avente in teoria natura discrezionale, ma divenuto vincolato in concreto: vale a dire di un potere che, per le scelte che il pubblico agente ha compiuto nell'ambito di quello stesso procedimento amministrativo, non poteva che essere quello indicato dalla legge, perché oramai caratterizzato dall'avvenuto esaurimento di ogni spazio di discrezionalità (in questo senso, tra le altre, Cons. Stato, n. 4089 del 17/06/2019).

In applicazione di tale principio, nella sentenza Asole, cit., è stata ritenuta la responsabilità del comandante di una polizia municipale il quale aveva favorito una società privata, affidandole con procedura diretta il servizio di misurazione

elettronica della velocità dei veicoli, in particolare omettendo di inserire in contratto un bilancio preventivo degli (onerosi) costi di servizio in ragione dei quali si sarebbe reso necessario, ai fini dell'affidamento dell'appalto stesso, l'espletamento di una procedura di gara pubblica, stante il patente superamento della soglia di rilevanza comunitaria.

La Corte ha rilevato, nello specifico, la violazione delle regole di condotta poste dal disposto combinato degli art. 125 e 29 del d.lgs. aprile 2006, n. 163 (c.d. "Codice degli appalti"), che, *ratione temporis*, disciplinavano il metodo che l'ente pubblico appaltante avrebbe dovuto adottare al fine di individuare il soggetto cui affidare l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture; tanto sul presupposto che tali disposizioni vincolavano la stazione appaltante a scegliere il contraente sulla base del risultato di un accertamento tecnico, attraverso il quale definire la soglia di valore del servizio da appaltare; con la conseguenza che, una volta determinata tale soglia, il funzionario responsabile del procedimento non conservava alcun margine di apprezzamento discrezionale.

A ben vedere, il non avere il ricorrente considerato costi che avrebbero avuto sicura incidenza sulla determinazione della soglia di valore fu il frutto non già di discrezionalità tecnica, che pure era riconosciuta alla stazione appaltante, bensì della decisione arbitraria di non osservare le vincolanti prescrizioni di legge che imponevano, esaurito un preliminare accertamento tecnico, di operare la scelta del contraente secondo parametri vincolati.

La Corte ha dunque ribadito che deve escludersi che ci si trovi al cospetto di un potere discrezionale, e che operino i limiti alla configurabilità dell'abuso, nei casi in cui il pubblico agente rinunci ad avvalersi del potere di comparazione e valutazione in cui la discrezionalità si risolve, poiché la scelta di perseguire, in esclusiva, interessi personali costituisce un atto abdicativo di discrezionalità.

Nella vicenda esaminata dalla sentenza "Amato", in applicazione dei detti principi, la Corte ha ritenuto sussistente il reato di abuso d'ufficio, anche nella formulazione conseguente alla modifica apportata con d.l. n. 76 del 2020, per avere un Sindaco esercitato il potere di requisizione di un immobile ad uso abitativo, pur in assenza del presupposto della "grave necessità pubblica" e dell'istanza di somma urgenza che legittimano l'intervento surrogatorio del capo dell'amministrazione comunale rispetto all'autorità prefettizia; tanto sulla considerazione che nella specie non venisse in rilievo la verifica del *quomodo* dell'esercizio della discrezionalità, bensì, a monte, una precisa "regola di esclusione" che inerisce all'attribuzione del potere di requisizione, regola che deve ritenersi trasgredita per il solo fatto che lo strumento ablativo sia utilizzato al di fuori dei casi di grave necessità pubblica.

Una simile linea esegetica rimanda espressamente alla distinzione tracciata da Sez. U, n. 155 del 29/9/2011 (dep. 2012), Rossi, Rv. 251498, la quale aveva ritenuto rilevante ai fini del reato di abuso - ancorché con riguardo alla differente formulazione della norma ai tempi vigente - lo sviamento di potere, ovvero la inosservanza della causa attributiva del potere stesso.

Le Sezioni Unite avevano sancito che si ha «violazione di legge, rilevante a norma dell'art. 323 cod. pen., non solo quando la condotta di un qualsiasi pubblico ufficiale sia svolta in contrasto con le norme che regolano l'esercizio del potere (profilo della disciplina), ma anche quando difettino le condizioni funzionali che legittimano lo stesso esercizio del potere (profilo dell'attribuzione) e la condotta risulti volta alla sola realizzazione di un interesse collidente con quello per il quale il potere è stato conferito».

Conclusivamente, mutuando dalle Sezioni Unite, “Rossi” il riferimento alla nozione di causa attributiva del potere, la sentenza Amato ha escluso che sia dato parlare di ingerenza nella sfera riservata della discrezionalità amministrativa - con la conseguenza che il delitto di abuso è configurabile, purchè sia violata una regola di azione a contenuto specifico - lì dove difettino in radice i presupposti di esercizio del potere discrezionale.

3. Gli ulteriori requisiti della regola di condotta: norme costituzionali e norme subprimarie.

Sotto altro profilo, si deve a Sez. 1, n. 2080 del 06/12/2021, Vezzola, (dep. 2022) - pronunciata su un'istanza di estinzione del reato per *abolitio criminis* avanzata al giudice dell'esecuzione - l'aver puntualizzato che, sebbene la riscrittura dell'art. 323 cod. pen., nel 2020, abbia prodotto un restringimento dell'area di rilevanza penale con riferimento a norme di legge generali ed astratte, dalle quali non siano ricavabili regole di condotta specifiche ed espresse o che lascino residui margini di discrezionalità, tuttavia il requisito della violazione di legge può consistere anche nell'inosservanza dell' art. 97 Cost.

Il tema non è nuovo.

Sez. 6, n. 41215 del 14/6/2001, Artibani, Rv. 253804 e, diversi anni dopo, Sez. 6, n. 12370 del 30/1/2013, Baccherini, Rv. 256003, avevano già rilevato che nel paradigma costituzionale di cui all'art. 97 è pur sempre individuabile un contenuto di immediata portata precettiva, direttamente desumibile dal connotato dell'imparzialità, che non necessita di alcun ulteriore adattamento o specificazione.

La pronuncia “Vezzola”, cit., con cui è stata escluso ogni effetto di *abolitio criminis*, si pone dichiaratamente nel solco di Sez. 6, n. 22871 del 21/02/2019,

Vezzola, Rv. 275985, relativa al medesimo fatto di demansionamento di un dipendente comunale, attuato con intento discriminatorio o ritorsivo (come palesato dal conferimento dell'incarico a soggetto privo di titoli apprezzabili, con motivazione apparente ed in assenza di qualsivoglia valutazione comparativa), posto al vaglio della Corte all'esito del giudizio cognitivo.

La pronuncia aveva evidenziato come non sia logico estromettere dalla sfera di operatività della fattispecie norme di rango costituzionale – o convenzionale – purché dotate di specificità in materie soggette a disciplina plurilivello e che, dunque, è suscettibile di integrare il reato di abuso di ufficio anche l'inosservanza dei doveri costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, ex art.97 Cost, per l'immediato risvolto applicativo della norma; la quale va letta in sinergia con il principio di cui all'art. 54 Cost - che impone di adempiere con disciplina ed onore all'esercizio di funzioni pubbliche - e che detta il divieto per i pubblici agenti di tenere comportamenti connotati da ingiustificate preferenze e da favoritismi e, ancor più, da intenzionali vessazioni o discriminazioni.

Anche in tale più risalente arresto, si era rimarcato come il fatto che la concreta espressione di quei principi di rango costituzionale debba realizzarsi nell'esercizio di attività discrezionali non impedisce di enucleare una precisa *regola iuris* dalla causa attributiva del potere discrezionale, che non può essere esercitato al di fuori dei suoi presupposti. Detti principi, ancorché a contenuto generale, impongono «l'imparzialità dell'azione, la quale non deve essere contrassegnata da profili di discriminazione e ingiustizia manifesta, aspetti di per sé contrastanti con l'intero assetto costituzionale dei poteri amministrativi, come in concreto poi disciplinati dalla legge».

Con riferimento al tema contiguo della esclusione dall'ambito applicativo del reato di abuso delle norme regolamentari, Sez. 6, n. 33240 del 16/02/2021, Del Principe, Rv. 281843, ha stimato che, anche a seguito dell'ultimo rimaneggiamento della norma, la violazione di norme contenute in regolamenti può, a determinate condizioni, rilevare ai fini della integrazione del reato.

Di fronte al tema del se, in ragione dei rinvii indefiniti derivanti dall'elemento normativo di cui all'art 323 cod. pen., costituito dalla "violazione di specifiche regole di condotta" vi siano ancora margini per attrarre all'interno dei parametri di qualificazione della condotta abusiva anche la violazione di norme sub-primarie, la pronuncia ha ritenuto che tali disposizioni possono valere quali norme interposte, sicché in questi termini è possibile ammettere un livello – comunque minimo - di eterointegrazione da parte della fonte secondaria.

È necessario, in sintesi, che tali norme si risolvano nella mera specificazione tecnica di un precetto comportamentale che deve essere già compiutamente

definito nella norma primaria, la quale - a sua volta - deve essere conforme ai canoni di tipicità e tassatività propri delle norme incriminatrici.

Plasticamente esemplificativa, al riguardo, è la vicenda processuale, in cui si è ritenuto legittimamente operante il meccanismo di integrazione sopra descritto.

Con riguardo al conferimento di un incarico di esperto da parte dell'amministrazione comunale, si è evidenziato come la norma di legge violata, costituita dall'art. 7, comma 6, d. l. vo 30 marzo 2002, n. 165, avesse una propria, autonoma e specifica, tipicità descrittiva, richiedendo che i soggetti a cui potevano essere conferiti incarichi dal Comune avessero una "comprovata specializzazione anche universitaria", mentre l'art. 45 del regolamento di quello stesso comune assolveva ad una funzione di sola specificazione, spiegando cosa dovesse intendersi con la su indicata locuzione.

4. La mancata incidenza della novella sulla violazione del dovere di astensione.

Da ultimo, mette conto osservare che la novella non ha inciso sulla violazione del dovere di astensione.

La fattispecie incriminatrice dell'abuso, come detto, si articola in una duplice condotta, contemplando, accanto alla violazione delle norme di azione che regolano lo svolgimento delle funzioni o del servizio, l'inosservanza dell'obbligo di astensione in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto, ovvero negli "altri casi previsti".

In relazione a tale secondo segmento di condotta, alternativo all'altro, non operano le prescrizioni limitative della novella, relative alla natura della norma-fonte.

Non vi è in ciò alcuna disarmonia.

Al di là del chiaro tenore della interpolazione, che non riguarda l'omessa astensione in situazione di conflitto di interesse, la fonte normativa della violazione va individuata nella stessa norma penale, salvo che per il rinvio agli altri casi prescritti; pure per questi, tuttavia, non è pertinente la limitazione alle fonti primarie di legge, giacché - osserva la Corte - il precetto vincolante è già descritto dalla norma penale, sia pure attraverso il rinvio ad altre fonti normative extra-penali, integratrici del precetto, tra cui l'art. 7 del Regolamento recante il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici, approvato con d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (Sez. 6, n. 7007 del 08/01/2021, Micheli, Rv. 281158 – 03).

Va escluso, dunque, con riguardo alla omessa astensione nelle situazioni di conflitto di interessi, l'effetto abrogativo della novella, con le ricadute di favore

applicabili retroattivamente secondo il meccanismo di cui all'art. 2, comma 2, cod. pen.

Indice delle sentenze citate

Sentenze dalla Corte di cassazione:

Sez. U, n. 155 del 29/9/2011, dep. 2012, Rossi, Rv. 251498

Sez. 6, n. 41215 del 14/6/2001, Artibani, Rv. 253804

Sez. 6, n. 12370 del 30/1/2013, Baccherini, Rv. 256003

Sez. 6, n. 22871 del 21/02/2019, Vezzola, Rv. 275985

Sez. 6, n. 442 del 9/12/2020, dep. 2021, Garau, Rv. 280296

Sez. 6, n. 7007 del 08/01/2021, Micheli, Rv. 281158 - 03

Sez. 6, n. 8057 del 28/1/2021, Asole, Rv. 280965

Sez. 6, n. 33240 del 16/02/2021, Del Principe, Rv. 281843

Sez. F, n. 42640 del 17/08/2021, Amato, Rv. 282268

Sez. 1, n. 2080 del 06/12/2021, Vezzola, (dep. 2022)

CAPITOLO III

IL TRAFFICO DI INFLUENZE: LA PROBLEMATICAZIONE DELLA MEDIAZIONE ILLECITA ED I RAPPORTI CON LE FIGURE CRIMINOSE CONTIGUE

(STEFANIA RICCIO)

SOMMARIO: 1. La nozione di mediazione illecita – 2. La mediazione qualificata – 3. Traffico di influenze e millantato credito. Le ragioni del contrasto – 3.1. La tesi della continuità normativa – 3.2. La tesi della discontinuità. La configurabilità del reato di truffa.

1. La nozione di mediazione illecita.

A pochi anni di vita dalla sua introduzione, avvenuta con legge 6 novembre 2012, n. 190, e sebbene in parte riscritta dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3, la fattispecie incriminatrice del traffico di influenze ha evidenziato non pochi aspetti di complessità interpretativa.

L'art. 346-*bis* cod. pen. delinea, allo stato, due condotte tra loro alternative, che differiscono in ordine al profilo giustificativo della promessa/dazione del compratore di influenze.

Nella prima ipotesi (mediazione c.d. onerosa) l'erogazione indebita costituisce il corrispettivo della mediazione illecita e vale a remunerare lo stesso trafficante.

Nella seconda (mediazione c.d. gratuita) la corresponsione è effettuata all'intermediario affinché questi, a sua volta, remuneri il pubblico agente in relazione all'esercizio delle sue funzioni o poteri. L'*utilitas* promessa o erogata dal "cliente" costituisce il prezzo che l'intermediario dovrà versare al pubblico agente per ottenere uno specifico atto dell'ufficio, al fine di "asservirlo" stabilmente, o semplicemente per instaurare una relazione privilegiata per il futuro.

Nell'ambito della descritta struttura bipolare (in cui onerosità e gratuità vengono declinate dalla prospettiva del *trader*), la novella del 2019 ha poi ulteriormente riconfigurato la fattispecie, espandendone l'area applicativa.

Basti pensare che, se, nel testo previgente, il prezzo della mediazione, a prescindere dalla natura onerosa o gratuita del traffico, doveva comunque essere finalizzato all'ottenimento di un atto antidoveroso - identificabile nel compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio ovvero nella omissione o nel ritardo di un atto dell'ufficio – e tale previsione aveva una innegabile funzione selettiva, nel nuovo paradigma tale proiezione finalistica realizza un'aggravante, enunciata nel comma 4, parte seconda, dell'art. 346-*bis* cod. pen.

Ciò in coerenza con la nuova struttura della norma che, come si intuisce dall'ampliamento della clausola di illiceità speciale, realizza un presidio di tutela anticipata per ogni tipo di corruzione, anche di tipo funzionale (connotata, questa, dalla dematerializzazione dell'atto).

Ebbene, a fronte di una fattispecie così ridisegnata, uno snodo irrisolto era costituito dalla previsione del requisito di illiceità speciale costituito dalla illiceità della mediazione c.d. onerosa, requisito di illiceità che non è peraltro l'unico, essendo stabilito, altresì, che l'erogazione, nelle forme della dazione o promessa del danaro o di altra utilità, avvenga "indebitamente".

Sez. 6, n. 40518 del 08/07/2021, Alemanno, Rv. 282119 ha messo a fuoco il sintagma "mediazione illecita" – già al centro delle riflessioni della dottrina, per la sua ambiguità semantica – e lo ha fatto muovendo dal presupposto che l'illiceità riferita alla mediazione non possa essere svalutata, come se si trattasse di un predicato meramente pleonastico.

Con attenta opera ricostruttiva, in via preliminare la Corte ha individuato il nucleo dell'antigiuridicità penale della fattispecie non tanto nello sfruttamento (effettivo o meramente asserito) di relazioni con il pubblico agente (che costituisce piuttosto il mezzo attraverso il quale il trafficante consegue la dazione o promessa), quanto nella "influenza illecita" esercitata sull'attività della pubblica amministrazione o sui soggetti istituzionali evocati dalla norma.

In particolare, attraverso l'equiparazione, in termini sanzionatori, della intermediazione finalizzata alla corruzione del pubblico agente e della mediazione "illecita", il legislatore ha voluto porre l'accento tonico sulla proiezione finalistica della condotta, la quale deve essere orientata, in ogni caso, alla commissione di un illecito.

Detto altrimenti, la prestazione di una interferenza illecita deve costituire l'oggetto del sinallagma tra le parti (le quali, nell'attuale assetto, rispondono entrambe, data la struttura bilaterale del reato).

Le difficoltà per l'interprete derivano, e ne è consapevole la Corte, dall'assenza di una disciplina extrapenale del *lobbying*, inteso quale rappresentanza di interessi particolari presso decisori pubblici che, in altre moderne democrazie pluralistiche, costituisce pratica fisiologica e positivizzata².

² Si segnala, nell'Unione Europea, *l'Interinstitutional agreement on a common Transparency Register between the Parliament and the Commission* del 23 giugno 2011, secondo cui «Rientrano nell'ambito di applicazione del registro tutte le attività svolte allo scopo di influenzare, direttamente o indirettamente, l'elaborazione o l'attuazione delle politiche e i processi decisionali delle

L'interesse per il tema è accentuato, come messo in evidenza da acuta dottrina, dall'emersione di sempre più numerosi e potenti centri di interesse, che operano quali corpi intermedi tra i singoli cittadini e i decisori pubblici, ad integrare un modello dinamico di democrazia rappresentativa, ovvero un «modello di democrazia 'ragionevole' (di ispirazione anglosassone) dove, circolarmente, partiti, interessi settoriali e verità parziali (...) si confrontano e si scontrano fra loro, offrendo al decisore pubblico un ventaglio di opzioni da portare a sintesi in nome dell'interesse generale».

Consapevole, si diceva, della mancanza di un sostrato di disciplina del lobbismo che certamente avrebbe agevolato il compito ricostruttivo, la sentenza Alemanno evidenzia come il *deficit* di determinatezza derivante dalla tecnica di formulazione dell'art. 346-*bis* cod. pen. rechi in sé il rischio di attrarre nell'area di rilevanza penale *“a discapito del principio di legalità, le più svariate forme di relazioni con la pubblica amministrazione, connotate anche solo da opacità o scarsa trasparenza, ovvero quel "sottobosco" di contatti informali o di aderenze difficilmente catalogabili in termini oggettivi e spesso neppure patologici, quanto all'interesse perseguito”*.

Di qui la necessità di preferire una ermeneusi che riduca il più possibile quanto di ambiguo vi è nel testo della norma, per ancorarsi ad elementi certi.

Su questa base metodologica, si è ritenuto che l'unica lettura che consenta di soddisfare l'istanza di tassatività è, allo stato, quella che valorizza il fine cui la mediazione è preordinata, sicché la mediazione intanto può dirsi illecita in quanto sia finalizzata alla commissione di un "fatto di reato" idoneo a produrre vantaggi per il privato committente.

Una tale prospettiva, di tipo teleologico, appare coerente con le istanze di tutela che avevano ispirato l'introduzione del reato di cui all'art. 346-*bis* cod. pen., su impulso delle fonti pattizie sovranazionali (art. 12 della Convenzione di Strasburgo del 1999, ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012, n. 118 e art.

istituzioni dell'Unione, a prescindere dai canali o mezzi di comunicazione impiegati, quali l'esternalizzazione, i media, i contratti con intermediari specializzati, i centri di studi, le «piattaforme», i forum, le campagne e le iniziative adottate a livello locale. Dette attività comprendono, *inter alia*, i contatti con membri, funzionari o altro personale delle istituzioni dell'Unione, la preparazione, la divulgazione e la trasmissione di lettere, materiale informativo o documenti di dibattito e di sintesi, e l'organizzazione di eventi, riunioni, attività promozionali e iniziative sociali o conferenze, cui siano stati invitati membri, funzionari o altro personale delle istituzioni dell'Unione. Sono altresì inclusi i contributi volontari e la partecipazione a consultazioni formali su futuri atti legislativi o altri atti giuridici dell'Unione ovvero ad altre consultazioni aperte».

18 della Convenzione di Merida del 2003, ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116).

In particolare, con la criminalizzazione del traffico di influenze si sono voluti perseguire accordi prodromici ai reati di corruzione - secondo una tecnica di anticipazione della tutela dei valori di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione - aventi ad oggetto le illecite influenze su un pubblico agente, al punto che si è parlato in dottrina di un “microsistema scalare a lesività crescente”, disegnato dalla disciplina riformata dei reati contro la pubblica amministrazione, in cui si collocano, nell’ordine, i reati di traffico di influenze, di corruzione per l’esercizio della funzione e di corruzione propria.

Ancora, nel delimitare il reato dalle fattispecie contigue, la Corte si muove lungo la direttrice tracciata da Sez. 6, n. 18125 del 22/10/2019, (dep. 2020), Bolla, Rv. 279555, la quale aveva già individuato, quale limite negativo del traffico, l’assenza di un’effettiva corruzione dei soggetti pubblici con i quali il mediatore svolge l’attività di mediazione; e ciò in quanto la clausola di esclusione espressa con cui la norma esordisce, ampliata dall’intervento di riforma più recente, esige che non vi sia concorso in alcuna delle fattispecie corruttive indicate dalla stessa norma. Qualora il pagamento indebito programmato andasse a buon fine, si realizzerebbe, difatti, un concorso trilaterale in corruzione tra gli aderenti al patto d’influenza e il pubblico ufficiale indebitamente remunerato.

Sez. 6, n. 1182 del 14/10/21 (dep. 2022), Guarnieri, Rv. 282453, ragionando nella medesima prospettiva, sostiene che non può costituire oggetto di incriminazione il contratto di mediazione di per sé, diversamente ponendosi la fattispecie incriminatrice in attrito con i principi, oltre che di tipicità, di materialità del fatto e di offensività.

Il mero sfruttamento di una relazione personale – effettiva o potenziale - tra il trafficante e il pubblico agente-bersaglio non può invero assumere rilevanza penale quando le parti aspirino al conseguimento di un obiettivo lecito, che sia solo propiziato dall’intervento del *tradens*.

Del resto, che la connotazione di illiceità della mediazione non possa identificarsi nella difformità dal tipo legale, *id est* nella illegittimità del negozio, è impostazione coerente con la condivisa interpretazione per la quale la figura di mediazione evocata dalla norma incriminatrice non si identifica esclusivamente con il contratto tipico disciplinato dagli artt. 1754 e ss. cod. civ., dovendo ritenersi incluso nella previsione anche quel sistema di relazioni informali riferibili alle figure di facilitatori, faccendieri o, genericamente, procacciatori d’affari, che sfuggono ad una precisa classificazione ed alla riconduzione nel detto schema giuridico civilistico.

Anche la sentenza Guarnieri correla l'illiceità della mediazione onerosa allo "scopo", dell'attività d'influenza.

La mediazione si connota come illecita se la volontà delle parti è orientata alla commissione di un reato potenzialmente foriero di vantaggi per il compratore di influenze, di modo che essa possa ritenersi espressione della intenzione di inquinare l'esercizio della funzione del pubblico agente, di condizionarlo, di alterare la comparazione degli interessi; di compromettere, in altri termini, l'uso stesso della discrezionalità.

La pronuncia in rassegna analizza, altresì, il profilo processuale dell'accertamento della illiceità, evidenziando come il *quantum* dimostrativo richiesto sia diversamente modulato a seconda dello stato in cui il procedimento si trova. Potranno assumere rilievo, a tali fini, «*le aspettative specifiche del committente, cioè il movente della condotta del privato compratore, il senso, la portata ed il tempo della pretesa di questi, la condotta in concreto che il mediatore assume di dover compiere con il pubblico agente, il rapporto di proporzione tra il prezzo della mediazione ed il risultato che si intende perseguire, i profili relativi alla illegittimità negoziale del contratto*».

2. La mediazione qualificata.

Nella ipotesi, aggravata rispetto a quella base, in cui protagonista del traffico di influenze illecite risulta essere, in funzione di *trader*, un pubblico agente, si è in presenza di una mediazione qualificata.

La sentenza Alemanno ha esplorato tale peculiare ipotesi di reato, avuto riguardo al caso scrutinato, in cui un sindaco si adoperava in favore di privati, onde far ottenere alle cooperative facenti capo a questi ultimi il pagamento in via preferenziale, da parte di pubblici funzionari, di crediti pregressi, in violazione della normativa che regola i pagamenti della pubblica amministrazione. Dunque, una interferenza volta ad ottenere un trattamento di favore ed implicante, in prospettiva, la commissione di fatti di abuso di ufficio.

Ebbene, in una tale evenienza non è necessario individuare il risultato illecito che le parti intendevano perseguire, dal momento che la mediazione è di per sé *contra legem*. Tanto si è affermato sul presupposto che la vendita da parte di un pubblico agente del suo potere di influenza su altri pubblici agenti costituisca un atto – in ogni caso – contrario ai doveri di ufficio e quindi bastevole ad integrare il disvalore penale della condotta.

Anche in relazione a questa tipologia di mediazione si pongono esigenze – che sono anzi ancor più stringenti – di perimetrazione della fattispecie, imposte, come detto, dall'ampia clausola di riserva di cui all'art. 346-*bis* cod. pen.

Di qui la necessità che la condotta del trafficante, affinché non sia punibile a titolo di corruzione, non concreti l'uso di poteri funzionali connessi alla qualifica soggettiva dell'agente.

In ciò la Corte riecheggia il principio già univocamente affermato in precedenti arresti della stessa Sesta Sezione, in virtù del quale non sussiste il delitto di corruzione passiva se l'intervento del pubblico ufficiale in esecuzione dell'accordo con il privato non comporta l'attivazione di poteri istituzionali che sono propri del suo ufficio o non sia in qualche maniera a questi ricollegabile, e invece sia destinato a incidere nella sfera di attribuzioni di pubblici ufficiali terzi (Sez. 6, n. 23355 del 26/02/2016, Margiotta, Rv. 267060; Sez. 6, n. 38762 del 08/03/2012, D'Alfonso, Rv. 253371); terzi rispetto ai quali l'agente deve, dunque, essere carente di potere funzionale ed operare, dunque, come *extraneus*.

3. Traffico di influenze e millantato credito.

La novella n. 3 del 2019 ha abrogato la figura del millantato credito e ridisegnato lo spazio applicativo del traffico di influenza, delineando un'area di possibile interferenza/sovrapposizione, tra le relative fattispecie incriminatrici.

Viene in rilievo il tema della successione tra le indicate norme, su cui sta prendendo corpo un contrasto di orientamenti nella giurisprudenza di legittimità.

3.1. La tesi della continuità normativa.

Secondo una prima opzione interpretativa, sussiste continuità normativa tra il reato di millanteria formalmente abrogato e quello di traffico di influenze, atteso che in quest'ultima fattispecie risulta attualmente ricompresa anche la condotta di chi, vantando un'influenza - meramente asserita - presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, si faccia dare denaro ovvero altra utilità per remunerare il pubblico agente (Sez. 6, n. 1869 del 07/10/2020, dep. 2021, Gangi, Rv. 280348; ricollegandosi a Sez. 6, n. 4113 del 14/12/2016, dep. 2017, Rigano, Rv. 269735 e in continuità con Sez. 6, n. 17980 del 14/03/2019, Nigro, Rv. 275730. Nello stesso senso Sez. 1, n. 23877 del 05/05/2021, Abbondandolo, Rv. 281614).

In una tale direzione orienta la genesi della norma.

Se, in primo tempo, il "millantare credito" era stato interpretato esclusivamente come vanteria di un'influenza inesistente, successivamente, avuto riguardo al bene interesse tutelato dall'art. 346 cod. pen. – costituito dal prestigio della pubblica amministrazione e non invece dal patrimonio del *solvens* - si era ritenuto che ad integrare il reato rilevasse anche solo il vanto dell'influenza sul pubblico ufficiale; una tale prospettiva, quali che fossero i rapporti

effettivamente intrattenuti con esso dall'agente, offende in ogni caso l'immagine della pubblica amministrazione (v. *ex plurimis*, Sez. 6, n. 16255 del 04/03/2003, Piroso, Rv. 224872; Sez. 6, n. 13479, del 17/03/2010, D'Alessio, Rv. 246734).

È esistita, dunque, una figura di millantato credito, di matrice giurisprudenziale, che ha costituito l'antesignano dell'art. 346-*bis* cod. pen., siccome prescindente dalla esistenza effettiva delle relazioni vantate dal trafficante.

Proprio alla luce di tale ermeneusi e tenuto conto delle indicazioni evincibili dalla Relazione alla novella del 2019, che ha dichiaratamente perseguito una *abrogatio sine abolitione* – con indicazione non vincolante per l'interprete, ma che non può essere ignorata in presenza di un testo normativo con essa obiettivamente compatibile – si è affermata la tesi della continuità normativa tra l'ipotesi prevista dall'art. 346, comma secondo, cod. pen. ed il rinovellato art. 346-*bis* cod. pen.

Depone nella stessa direzione la comparazione tra gli elementi di struttura tra le fattispecie incriminatrici.

Difatti, salvo che:

- a) per la previsione della punibilità del c.d. compratore di fumo, ossia del soggetto il quale intenda trarre vantaggi da tale influenza, ai sensi del comma secondo del novellato art. 346-*bis* cod. pen. (non contenuta nella pregressa ipotesi di millantato credito, nell'ambito della quale questi assumeva, al contrario, la veste di danneggiato dal reato);
- b) per la non perfetta coincidenza fra le figure-bersaglio, verso le quali la millanteria poteva essere espletata (il "pubblico ufficiale" e l' "impiegato che presta un pubblico servizio", nell'abrogato art. 346 cod. pen.; il "pubblico ufficiale" e l' "incaricato di un pubblico servizio", quanto a quest'ultimo a prescindere dall'esistenza di un rapporto impiegatizio, nell'attuale art. 346-*bis* cod. pen.);

ossia per profili nel complesso esterni al nucleo della incriminazione, il cui disvalore rimane invariato, quel che rileva è la sostanziale sovrapponibilità sia della condotta strumentale (stante l'equipollenza semantica fra le espressioni "sfruttando o vantando relazioni (...) asserite" e "millantando credito") dei due reati, sia della condotta "principale", consistente nella ricezione o promessa, per sé o per altri, di denaro o altra utilità.

In questa linea ricostruttiva, la più recente Sez. 6, n. 35581 del 12/05/2021, Grasso, Rv. 281996, ha evidenziato, a favore della tesi della continuità, che la fattispecie di cui all'art. 346-*bis* cod. pen. è stata introdotta per estendere l'area della rilevanza penale, senza alcun intento selettivo rispetto alle situazioni già sanzionate, ma per ampliarne, semmai, lo spazio, risultando indubbiamente

funzionale a tale fine la valorizzazione nel tessuto normativo del fine cui la condotta è orientata.

Sez. 1, n. 23877 del 05/05/2021, Abbondandolo, Rv. 281614, aderendo alla impostazione che individua un rapporto di successione tra le due norme incriminatrici, ha diffusamente argomentato che non vi è ragione di accedere a letture restrittive dell'inciso "relazioni...asserite", poiché sarebbe in tal modo svilito il significato della contrapposizione che si rinviene nella disposizione di cui all'art. 346-*bis* cod. pen., tra dette relazioni e le "relazioni esistenti".

"Asserite" sono dunque le relazioni fatte oggetto di vanteria senza un minimo dato di realtà, cioè quelle inesistenti, e la loro spendita è tratto di condotta che ben può assorbire il richiamo, operato dalla norma abrogata, al "pretesto" di dover comprare il favore di un pubblico ufficiale, perché in ambedue i casi si prescinde dall'ancoraggio della condotta ad un dato preesistente, ossia ad una relazione effettivamente in essere col pubblico ufficiale.

Né può dirsi che, così interpretato il sintagma "relazioni...asserite", la norma incriminatrice non sia più funzionale alla protezione del bene giuridico cui è preordinata, atteso che anche gli accordi conclusi non già all'insaputa di un pubblico ufficiale ignaro, bensì in mancanza di una qualche relazione di conoscenza con chi assicura di poter intervenire in modo da incidere sulle sue determinazioni, costituiscono un pericoloso, ancorché eventuale, antecedente delle più gravi condotte corruttive e meritano pertanto la stessa considerazione, in via di anticipazione della soglia di punibilità.

Si è osservato, nelle diverse pronunce citate, che ove si sostenesse che la condotta già incriminata dall'art. 346, comma secondo, cod. pen. debba invece refluire nella norma-rete della truffa - come vedremo essere sostenuto da coloro che negano la continuità normativa tra le fattispecie in comparazione – sarebbe ribaltata, sul piano assiologico, la *voluntas legis*, posto che la millanteria sarebbe punita meno gravemente rispetto a quanto sarebbe avvenuto nella vigenza dell'art. 346 cod. pen. ed anche della condotta di cui all'art. 346-*bis* cod. pen. per l'ipotesi della remunerazione del mediatore, che, invece, dal previgente art. 346 (primo comma) era sanzionata meno gravemente e, dunque, ritenuta espressiva di un minor disvalore penale.

Peraltro, non può non tenersi conto della diversità di oggetto della tutela penale, che nella truffa è il patrimonio e nel millantato credito esclusivamente il prestigio della pubblica amministrazione (Sez. 6, n. 17642 del 19/02/2003, Di Maio ed altro, Rv. 227138); motivo, questo, per il quale si era in passato ipotizzato il concorso tra i due reati (Sez. 6, n. 9470 del 05/11/2009 (dep. 2010), Sighinolfi, Rv. 246399), alla condizione che alla millanteria si accompagnasse un'ulteriore attività ingannatoria, costituita, ad esempio, dalla predisposizione di atti falsi (Sez.

6, n. 9960 del 28/12/2016 (dep. 2017), Grasso, Rv. 269755); lì dove il concorso tra le dette fattispecie incriminatrici è stato più di recente ritenuto non configurabile da Sez. 6, n. 35581 del 12/05/2021, Grasso, Rv. 281996, determinandosi l'assorbimento della truffa nel traffico nell'ipotesi in cui la mendace prospettazione da parte del *trader*, al privato interessato, di un futuro vantaggio e della necessità, a tal fine, di remunerare sé stesso od un ipotetico pubblico agente, sia *vestita* da ulteriori comportamenti decettivi.

Alla tesi contraria alla continuità normativa osterebbe, infine, un dato incontrovertibile, costituito dalla sottoposizione a pena, ai sensi dell'art. 346-*bis*, del "compratore di fumo", il quale sia altresì vittima dell'ipotizzata truffa; e ciò perché non appare logicamente concepibile, anche sul piano della conseguente responsabilità civile, l'attribuzione al medesimo soggetto di un ruolo ancipite, di correo e di vittima, in rapporto alla medesima condotta.

3.2. La tesi della discontinuità. La configurabilità del reato di truffa.

In antitesi al descritto indirizzo, ve ne è un altro che esclude che il rapporto tra le fattispecie in rassegna si atteggi in termini di continuità, in quanto in quella di traffico di influenze non è compresa la condotta di chi, mediante raggiri o artifici, riceve o si fa dare o promettere danaro o altra utilità, col pretesto di dovere comprare il pubblico ufficiale o impiegato o doverlo comunque remunerare.

Tale condotta integrerebbe, al contrario, il reato di truffa di cui all'art. 640, comma 1, cod. pen. (Sez. 6 n. 5221 del 18/09/2019, (dep. 2020), Impeduglia, Rv. 278451; Sez. 6, n. 28657 del 02/02/2021, Lepore, Rv. 281980).

La chiave ermeneutica di tale impostazione sta nella individuazione dell'ipotesi di cui all'art. 346, comma secondo, cod. pen. quale fattispecie autonoma rispetto a quella del primo comma, basata sulla millanteria, espressione avente «*un vasto orizzonte di significati, tale da accogliere, come è stato osservato, non solo il mendacio, ma anche la semplice magnificazione ovvero l'accentuazione di un dato tuttavia reale e dunque insuscettibile di rientrare nel tipo criminoso della truffa*» (Sez. 6, Lepore, cit.); ciò che conduce ad affermare che la fattispecie di cui al secondo comma era ricalcata sul paradigma della truffa, con cui vi era una chiara assonanza di contenuti.

Il riferimento espresso al "pretesto", contenuto nella norma abrogata, evocava difatti una componente fraudolenta, ossia la prospettazione di una falsa causa della corresponsione del danaro o della utilità di portata decettiva, tale da indurre in errore la vittima e determinarla alla prestazione patrimoniale; sicché la mancata riproposizione del detto termine, ovvero di altro avente significato equipollente, non può che essere letto quale segno di discontinuità.

Si è sostenuto, al riguardo, che è solo quando il rapporto tra il mediatore ed il pubblico agente sia effettivamente esistente o, quantomeno, potenzialmente suscettibile di instaurarsi, che i beni giuridici tutelati dalla norma - imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa, legislativa o giudiziaria - sono suscettibili di lesione ed ha senso la strutturazione della fattispecie incriminatrice quale reato necessariamente plurisoggettivo, con la previsione di un omogeneo trattamento sanzionatorio per tutti i partecipanti al patto.

Al contrario, non si spiegherebbe perché il privato che dà o promette denaro o utilità al "venditore di fumo" solo perché indotto in errore per effetto della condotta ingannatoria di questi, debba essere considerato compartecipe dell'accordo criminoso. Del resto, ciò che assume rilevanza nella complessiva dinamica dell'operazione – si sostiene – è la tutela degli interessi patrimoniali accordata dalla norma al truffato.

Conclusivamente, al riguardo, la pronuncia in rasserigna argomenta che il sintagma "relazioni asserite" non possa essere dilatato fino a farvi rientrare le condotte ingannevoli, poiché, diversamente, residuerebbero dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzione, nel punire con la stessa pena colui che paga in quanto ingannato e colui che paga essendo certo dell'esistenza di una relazione tra il mediatore ed il pubblico agente.

Indice delle sentenze citate.

Sentenze della Corte di Cassazione:

- Sez. 6, n. 17642 del 19/02/2003, Di Maio ed altro, Rv. 227138
Sez. 6, n. 16255 del 04/03/2003, Pirosu, Rv. 224872
Sez. 6, n. 9470 del 05/11/2009 (dep. 2010), Sighinolfi, Rv. 246399
Sez. 6, n. 13479, del 17/03/2010, D'Alessio, Rv. 246734
Sez. 6, n. 38762 del 08/03/2012, D'Alfonso, Rv. 253371
Sez. 6, n. 23355 del 26/02/2016, Margiotta, Rv. 267060
Sez. 6, n. 4113 del 14/12/2016, dep. 2017, Rigano, Rv. 269735
Sez. 6, n. 17980 del 14/03/2019, Nigro, Rv. 275730
Sez. 6 n. 5221 del 18/09/2019, (dep. 2020), Impeduglia, Rv. 278451
Sez. 6, n. 18125 del 22/10/2019, Bolla, Rv. 279555
Sez. 6, n. 1869 del 07/10/2020, dep. 2021, Gangi, Rv. 280348
Sez. 6, n. 28657 del 02/02/2021, Lepore, Rv. 281980
Sez. 1, n. 23877 del 05/05/2021, Abbondandolo, Rv. 281614
Sez. 6, n. 35581 del 12/05/2021, Grasso, Rv. 281996
Sez. 6, n. 26437 del 08/06/2021, Casanova, Rv. 281583
Sez. 6, n. 40518 del 08/07/2021, Alemanno, Rv. 282119
Sez. 6, n. 1182 del 14/10/21 (dep. 2022), Guarnieri, Rv. 282453
Sez. 6, n. 9960 del 28/12/2016 (dep. 2017), Grasso, Rv. 269755

DELITTI CONTRO IL PATRIMONIO

CAPITOLO IV

RECIDIVA AGGRAVATA E PROCEDIBILITA' D'UFFICIO

(ANDREA NOCERA)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il contrasto. - 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

1. Premessa.

Nell'anno in rassegna è stata depositata la **sentenza n. 3585 emessa dalle Sezioni Unite all'udienza del 24/09/2020 (dep. 29/01/2021), P.G. c/ Li Trenta Annunziato**, con la quale è stato affermato il seguente principio di diritto:

l riferimento alle circostanze aggravanti ad effetto speciale contenuto nell'art. 649-bis cod. pen., ai fini della procedibilità d'ufficio per i delitti menzionati nella stessa disposizione, comprende anche la recidiva qualificata - aggravata, pluriaggravata e reiterata - di cui all'art. 99, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen. (In motivazione, la Corte ha precisato che la valutazione di equivalenza o di subvalenza della recidiva qualificata rispetto alle circostanze attenuanti, nell'ambito del giudizio di bilanciamento previsto dall'art. 69 cod. pen., non ne elide la sussistenza né gli effetti prodotti ai fini del regime di procedibilità, sicché non rende il reato perseguibile a querela di parte, ove questa sia prevista per l'ipotesi non circostanziata) (Rv. 280262-01).

2. Il contrasto.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza n. 5555 del 14/01/2020 dalla Seconda sezione che ha rilevato l'esistenza di un contrasto interpretativo, sia pur silente, sulla rilevanza della recidiva ai fini della procedibilità di ufficio per taluni reati contro il patrimonio (art. 640, terzo comma, cod. pen.; art. 640-ter, quarto comma, cod. pen.; fatti di cui all'art. 646, secondo comma, o aggravati dalle circostanze di cui all'art. 61, primo comma, n. 11 cod. pen.).

In particolare, la Sezione rimettente ha chiesto alle Sezioni Unite di valutare se l'art. 649-bis cod. pen., introdotto da d.lgs. 10 aprile 2018, n. 36 ed inserito nel nuovo autonomo capo III bis del titolo XIII, nel prevedere la procedibilità d'ufficio per taluni delitti contro il patrimonio «qualora ricorrano circostanze

aggravanti ad effetto speciale», faccia riferimento anche alla recidiva qualificata di cui ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 dello stesso codice.

La medesima questione riguarda anche l'art. 623-ter cod. pen., parimenti introdotta dal d.lgs. n. 36 del 2018, che ha previsto la procedibilità d'ufficio, qualora ricorrano aggravanti ad effetto speciale, per i reati di minaccia grave ex art. 612, comma 2, cod. pen., violazione di domicilio del pubblico ufficiale nel caso previsto dall'art. 615, comma 2, cod. pen., nonché i delitti contro la inviolabilità dei segreti di cui agli artt. 617-ter, comma 1, 617-sexies, comma 1, 619, comma 1, e 620 cod. pen.

Se il dato letterale non sembra lasciar dubbi circa l'inclusione di tale circostanza tra quelle che, se contestate, incidono sul regime di procedibilità attesa a pacifica natura di aggravante ad effetto speciale, delle ipotesi previste ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 cod. pen. (recidiva aggravata, pluriaggravata e reiterata), perché comportano un aumento della pena superiore ad un terzo, il Collegio rimettente evidenzia che la questione è stata affrontata da un risalente intervento delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 3152 del 31/01/1987, Paolini, Rv. 175354-01), in cui si era affermato che la recidiva non è compresa nelle circostanze aggravanti che rendono il reato di truffa perseguibile d'ufficio, in quanto essa, inerendo esclusivamente alla persona del colpevole, non incide sul fatto-reato.

L'orientamento si fonda sulla forte connotazione “soggettivistica” della aggravante della recidiva qualificata e sulle conseguenze che potrebbero derivare dal far dipendere il regime di procedibilità da una circostanza la cui sussistenza dipende dalle caratteristiche della persona del colpevole, per di più rimessa alla valutazione discrezionale del giudice. La *ratio* del particolare regime di procedibilità prescelto dal legislatore per il delitto di truffa dovesse essere ricercata nella rilevanza degli interessi civilistici sottesi a tale reato, i quali tuttavia, in presenza di peculiari circostanze aggravanti, sarebbero stati destinati a soccombere di fronte ai contrapposti interessi pubblicistici, ciò che giustificerebbe sul piano ermeneutico la “avulsione” dell'aggravante della recidiva dal novero di quelle per le quali si giustificerebbe il regime di procedibilità ex officio.

Il medesimo principio è stato ribadito da diverse decisioni successive, tra cui Sez. 2, n. 1876 del 19/11/1999, dep. 2000, Aliberto, Rv. 215400-01, secondo cui «la recidiva, che inerisce esclusivamente alla persona del colpevole e non incide sul fatto reato, sulla sua natura e sulla sua gravità oggettiva, non rientra tra le circostanze aggravanti che rendono perseguibile d'ufficio il reato di truffa» e Sez. 2, n. 26029 del 10/06/2014, Folgori, Rv. 259566, che ha ritenuto che il richiamo, operato dall'art. 640, comma 3, cod. pen., alle circostanze aggravanti previste allo

stesso articolo o ad “altre” circostanze aggravanti, non potesse ricomprendere una circostanza come la recidiva, caratterizzata in modo tanto peculiare da distinguersi dalle altre circostanze sulle quali si radica la *ratio* della procedibilità d'ufficio del delitto di truffa.

Le incertezze applicative potenzialmente derivanti dall'assimilazione della recidiva alle altre aggravanti ad effetto speciale in ordine all'incidenza sulla procedibilità del reato potrebbero rendere ragionevole l'esclusione in via interpretativa della recidiva qualificata dalla sfera applicativa degli artt. 649-bis e 623-ter cod. pen.

Di contro, si evidenzia l'esistenza di ragioni alternative, anch'esse di ordine sistematico, che sembrano non privare del tutto di ragionevolezza la contrapposta tesi che esclude la recidiva dal ventaglio delle ipotesi previste dall'art. 649-bis cod. pen. Si richiama sul punto la triplice articolazione delineata da Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838, nella indicazione della specifica dinamica accertativa e valutativa in cui si colloca l'esercizio motivato del potere discrezionale del giudice in materia di recidiva, alla luce dei principi affermati dalla Corte costituzionale (cfr. la sentenza n. 192 del 2007, cui fecero seguito numerose ordinanze d'inammissibilità di analogo tenore: n. 409 del 2007, nn. 33, 90, 193 e 257 del 2008, n. 171 del 2009). Nella sentenza si pone l'accento sulla necessità di valutare, ai fini della applicazione della recidiva, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali, se il nuovo delitto sia stato o meno espressione di «più accentuata colpevolezza e maggiore pericolosità del reo», in ragione di una serie di criteri specificamente indicati (principi ribaditi dalle stesse Sezioni unite con successive decisioni: in particolare, Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664; Sez. U, n. 31669 del 23/06/2016, Filosofi, Rv. 267044; Sez. U, n. 5859 del 27/10/2011, dep. 2012, Marcianò, Rv. 251690 e Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, Rv. 275319, in motivazione).

Un contrapposto orientamento è stato, peraltro, espresso – sia pure in via incidentale - da Sez. 2, n. 17281 del 08/01/2019, Delle Cave, che ha richiamato l'art. 649-bis cod. pen. a fronte di una richiesta difensiva volta ad ottenere una declaratoria d'improcedibilità per difetto di querela, in relazione alla contestazione di plurimi episodi di truffa.

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite hanno aderito alla soluzione che attribuisce rilievo favorevole alla rilevanza della recidiva qualificata ai fini della procedibilità d'ufficio prevista per i delitti indicati dall' art. 649 bis cod. pen.

In via preliminare si osserva che il d. lgs. n. 36 del 2018 ha introdotto rilevanti limitazioni all'area della procedibilità a querela in presenza di circostanze aggravanti, trasfusa nelle nuove disposizioni di cui agli artt. 623-ter e 649-bis cod. pen. Nella Relazione illustrativa tali norme sono destinate a migliorare l'efficienza del sistema penale, costituendo «un punto di equilibrio e di mediazione fra due opposte esigenze: da un lato, quella di evitare che si determinino meccanismi repressivi automatici in ordine a fatti che non rivestono particolare gravità, tali da ostacolare il buon governo dell'azione penale in riferimento a quelli seriamente offensivi; dall'altro quello di fare emergere e valorizzare l'interesse privato alla punizione del colpevole in un ambito di penalità connotato dall'offesa a beni strettamente individuali. In tale ultimo caso, il ricorso alla procedibilità a querela dipende principalmente dalla necessità di condizionare la repressione penale di un fatto, astrattamente offensivo, alla valutazione in concreto della sua gravità da parte della persona offesa. In questi casi, la procedibilità a querela funziona come indicatore della concreta intollerabilità di singoli episodi conformi alla fattispecie incriminatrice».

Alla luce di tale premessa e delle successive decisioni delle Sezioni Unite, il Supremo Consesso (ri)valuta l'ordito motivazionale espresso nella pronuncia Sez. U, "Paolini", che ha affermato il principio secondo il quale la recidiva non è compresa nelle circostanze aggravanti che rendono il reato di truffa perseguibile d'ufficio, perché, inerendo esclusivamente alla persona del colpevole, non incide sul fatto-reato.

Sez. U, "Paolini", precisano che la recidiva «è una "circostanza aggravante" sui generis, che ha rilevanza solo quando sia presa in considerazione la misura della pena, mentre non produce alcun effetto sulla quantità del fatto-reato, al quale resta estranea».

Nell'introdurre il regime di procedibilità a querela del reato di truffa ex art. 98 della legge 24 novembre 1981, n. 689, il legislatore ha, comunque, voluto escludere dalla punibilità a querela anzitutto il reato di truffa aggravato ai sensi del capoverso dell'art. 640, equiparando a tale ipotesi anche le altre circostanze aggravanti, con l'effetto di includere solo le circostanze che, come quelle previste dal capoverso dell'art. 640, incidono sulla quantità del fatto», ritenendo, per contro, «indifferente la misura della pena» derivante dall'applicazione delle circostanze stesse».

A queste considerazioni logico-giuridiche si aggiungono due argomenti di ordine sistematico.

Da un lato, non si riscontrano precedenti ipotesi di perseguibilità d'ufficio per effetto della sola aggravante della recidiva. Del resto, il principio della estensione della querela a tutti i concorrenti, affermato dall'art. 123 cod. pen., «postula che

il reato debba essere individuato sulla base della sua astratta struttura oggettiva, sia in relazione agli elementi costitutivi sia in relazione a quelli accidentali, con nessuno dei quali può identificarsi la condizione personale di recidivo di un singolo compartecipe».

Dall'altro, si evidenzia che sarebbe assurdo sottrarre la perseguibilità penale al potere dispositivo della persona offesa in base ad una mera presunzione di maggiore capacità a delinquere del recidivo, la quale può essere esclusa, in concreto, dal giudice del dibattimento.

Il principio risulta ribadito in due successive pronunce della Seconda Sezione (Sez. 2, n. 1876 del 19/11/1999, dep. 2000, Aliberto e Sez. 2, n. 26029 del 10/06/2014, Folgori), che, e anche alla luce delle disposizioni dettate dalla legge n. 251 del 2005 che hanno acuito i connotati "personalistici della recidiva", individuano la *ratio* del particolare regime di procedibilità previsto per il delitto di truffa nella particolare degli aspetti civilistici sottesi a tale reato, i quali, però, in presenza di circostanze aggravanti, non possono prevalere sugli interessi pubblicistici (in senso conforme, Sez. 2, n. 29529 del 01/07/2015, Di Stefano; Sez. 2, n. 2990 del 01/10/2015, dep. 2016, Saltari; Sez. 2, n. 18311 del 28/01/2016, Dicembre; Sez. 2, n. 38396 del 29/04/2016, Meocci; Sez. 7, n. 42880 del 26/09/2016, Battaglia; Sez. 2, n. 1907 del 20/12/2016, dep. 2017, Camozzi; Sez. 2, n. 47068 del 21/09/2017, Mininni; per il regime di procedibilità del delitto di cui all'art. 612 cod. pen., Sez. 5, n. 30453 del 01/04/2019, Cabello, e Sez. 6, n. 35880 dell'11/07/2019, Della Rocca, n.m.).

Tuttavia, si osserva che in altre e più recenti decisioni delle Sezioni Unite si è operata una ricostruzione sensibilmente differente della natura giuridica della recidiva. In linea con l'interpretazione elaborata dalla giurisprudenza costituzionale, la natura di circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole ed il carattere discrezionale della recidiva, anche qualificata, sono stati ribaditi con chiarezza dalla giurisprudenza di legittimità, tanto che non può ritenersi conforme ai principi fondamentali in tema di ragionevolezza, proporzione e funzione rieducativa della pena enunciati dalla Costituzione una concezione della recidiva quale *status* soggettivo desumibile dal certificato penale che formi oggetto di mero riconoscimento da parte del giudice, chiamato soltanto a verificare la correttezza della sua contestazione.

Nella specie, la citata Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, ha affermato che solo qualora la recidiva venga apprezzata come indice di maggiore colpevolezza e pericolosità essa produce tutti i suoi effetti. In tali ipotesi, infatti, essa, oltre che "accertata" nei presupposti (sulla base dell'esame del certificato del casellario), è anche "ritenuta" dal giudice ed "applicata".

Con la successiva decisione Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, si è ricondotto la recidiva qualificata alla categoria delle circostanze aggravanti ad effetto speciale, atteso che le ipotesi previste ai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 cod. pen. comportano un aumento della pena superiore ad un terzo, che si configura come circostanza pertinente al reato «che richiede un accertamento, nel caso concreto, della relazione qualificata tra lo status e il fatto che deve risultare sintomatico, in relazione alla tipologia dei reati pregressi e all'epoca della loro consumazione, sia sul piano della colpevolezza che su quello della pericolosità sociale». In tal modo si supera definitivamente l'orientamento interpretativo espresso dalle Sezioni Unite, “Paolini” che avevano individuato la recidiva come circostanza aggravante *sui generis*.

Il riconoscimento della recidiva, dunque, produce effetti unicamente se il giudice ne accerta i requisiti costitutivi e la dichiara, verificando non solo l'esistenza del presupposto formale rappresentato dalla previa condanna, ma anche del presupposto sostanziale, costituito dalla maggiore colpevolezza e dalla più elevata capacità a delinquere del reo da accertarsi discrezionalmente, con obbligo specifico di motivazione sia nel caso che venga riconosciuta sia nell'ipotesi che venga esclusa (Sez. U, n. 5859 del 27/10/2011, dep. 2012, Marcianò, Sez. U, n. 31669 del 23/06/2016, Filosofi). La recidiva deve ritenersi, oltre che riconosciuta, anche applicata, non solo quando esplica il suo effetto tipico di aggravamento della pena, ma anche quando produca, nel bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti di cui all'art. 69 cod. pen., un altro degli effetti che le sono propri, cioè quello di paralizzare un'attenuante, impedendo a questa di svolgere la sua funzione di concreto alleviamento della pena da irrogare (Sez. U, n. 17 del 18/06/1991, Grassi, Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè).

I principi enunciati da Sez. U, “Grassi”, “Calibè” e “Filosofi” sono stati ulteriormente sviluppati da Sez. U n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, in relazione all'ipotesi di subvalenza della recidiva rispetto ad una o più circostanze attenuanti all'esito del giudizio di comparazione ex art. 69 cod. pen., che ha ribadito che la recidiva costituisce «una circostanza aggravante del reato, inerente alla persona del colpevole, che non differisce nei suoi meccanismi applicativi dalle ulteriori circostanze del reato, se non per quegli aspetti che risultano esplicitamente regolati in modo peculiare dal legislatore».

Alla luce del nuovo approdo esegetico, le Sezioni Unite pervengono alle seguenti conclusioni sulla questione oggetto di rimessione.

L'art. 649-bis cod. pen., ai fini della procedibilità d'ufficio, attribuisce specifico rilievo alle "circostanze aggravanti ad effetto speciale." L'art. 12 preleggi, nel dettare le principali regole di interpretazione, dispone che nell'applicare la legge «non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto

palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore». Costituisce, ormai, un vero e proprio diritto vivente l'affermazione che la recidiva costituisce una circostanza aggravante del reato, inerente alla persona del colpevole, che non differisce nei suoi meccanismi applicativi dalle ulteriori circostanze del reato e che la stessa, nella sua espressione "qualificata", è una circostanza aggravante ad effetto speciale.

La recidiva, ove ritenuta sussistente dal giudice, rientra, in quanto circostanza aggravante, nel giudizio di bilanciamento tra circostanze aggravanti e attenuanti previsto dall'art. 69 cod. pen. Il giudizio di equivalenza o di subvalenza della recidiva rispetto alle circostanze attenuanti nell'ambito del giudizio di bilanciamento ai sensi dell'art. 69 cod. pen. non elide la sussistenza della recidiva stessa e gli effetti da essa prodotti ai fini del regime di procedibilità e non rende il reato perseguibile a querela di parte, ove questa sia prevista per l'ipotesi non circostanziata.

Con specifico riferimento, poi, alla incidenza della valutazione giudiziale discrezionale sul regime di procedibilità, ripercorrendo il dibattito dottrinale, le Sezioni Unite ricordano che la Corte costituzionale ha più volte affermato che la scelta delle forme di procedibilità coinvolge la politica legislativa e deve, quindi, rimanere affidata a valutazioni discrezionali del legislatore, presupponendo bilanciamenti di interessi e opzioni di politica criminale spesso assai complessi, sindacabili in sede di giudizio di legittimità costituzionale solo per vizio di manifesta irrazionalità (cfr., *ex plurimis*, C. Cost. ord. n. 324 del 2013; n. 91 del 2001; n. 354 del 1999; n. 204 del 1988; n. 294 del 1987; sent. n. 274 del 1997; n. 7 del 1987; n. 216 del 1974).

Del resto, la giurisprudenza di legittimità, sia pure con riguardo all'istituto della prescrizione, ha avuto modo di escludere potenziali aspetti di frizione fra la previsione di un regime differenziato per il soggetto recidivo ed i principi desumibili dalla Costituzione in considerazione del maggior allarme sociale provocato dal comportamento di chi, rendendosi autore di reiterate condotte criminose, mette maggiormente a rischio la sicurezza pubblica (Sez. 2, n. 31811 del 02/07/2015, Angileri; Sez. 5, n. 31064 del 02/11/2016, dep. 2017, Conte; Sez. 5, n. 57694 del 05/07/2017, Panza; Sez. F, n. 38806 del 27/07/2017, Mari).

Le Sezioni Unite superano, quindi, le due principali obiezioni in ordine all'incertezza del regime di procedibilità ed alla incidenza sulle posizioni dei coimputati.

Sotto il primo profilo, «all'obiezione che la necessaria certezza processuale verrebbe a dipendere da una provvisoria contestazione, su base meramente formale, della recidiva, destinata magari in seguito a venire meno in ragione della valutazione del giudice è possibile rispondere che la questione coinvolge non solo

la recidiva, contestata dal pubblico ministero e successivamente ritenuta insussistente dal giudice, ma, allo stesso modo, qualsiasi altra aggravante che abbia incidenza sulla procedibilità».

Inoltre, si supera l'obiezione che la rilevanza della recidiva qualificata ai fini della procedibilità del reato verrebbe ad incidere sulle posizioni dei coimputati, i quali si troverebbero ad essere assoggettati a un diverso regime di procedibilità per un fatto a loro totalmente estraneo, alla luce della riformulazione dell'art. 118 cod. pen., secondo cui le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono. «Ne consegue che la perseguibilità d'ufficio opererebbe solo nei confronti dei coimputati recidivi, considerato che essa è una circostanza aggravante attinente alle condizioni e qualità personali del colpevole».

Una disciplina diversificata della procedibilità rispetto a coimputati del medesimo reato non è peraltro estranea al sistema penale, come previsto dall'art. 649, comma secondo, cod. pen. che prevede la perseguibilità del reato a querela nei confronti dei congiunti ivi indicati e d'ufficio nei confronti dei concorrenti estranei.

Di qui l'affermazione che «il riconoscimento giudiziale, con specifica motivazione, della sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale quale la recidiva qualificata determina la procedibilità d'ufficio per i reati indicati nell'art. 649-bis cod. pen.».

Indice delle sentenze citate**Sentenze della Corte di Cassazione:**

Sez. U, n. 3152 del 31/01/1987, Paolini, Rv. 175354-01
 Sez. 2, n. 1876 del 19/11/1999, dep. 2000, Aliberto, Rv. 215400-01
 Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838
 Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664
 Sez. U, n. 5859 del 27/10/2011, dep. 2012, Marcianò, Rv. 251690
 Sez. 2, n. 26029 del 10/06/2014, Folgori, Rv. 259566
 Sez. 2, n. 29529 del 01/07/2015, Di Stefano
 Sez. 2, n. 31811 del 02/07/2015, Angileri
 Sez. 2, n. 2990 del 01/10/2015, dep. 2016, Saltari
 Sez. 2, n. 18311 del 28/01/2016, Dicembre
 Sez. U, n. 31669 del 23/06/2016, Filosofi, Rv. 267044
 Sez. 2, n. 38396 del 29/04/2016, Meocci
 Sez. 7, n. 42880 del 26/09/2016, Battaglia
 Sez. 5, n. 31064 del 02/11/2016, dep. 2017, Conte
 Sez. 2, n. 1907 del 20/12/2016, dep. 2017, Camozzi
 Sez. 5, n. 57694 del 05/07/2017, Panza
 Sez. F, n. 38806 del 27/07/2017, Mari.
 Sez. 2, n. 47068 del 21/09/2017, Mininni
 Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, Rv. 275319
 Sez. 2, n. 17281 del 08/01/2019, Delle Cave
 Sez. 5, n. 30453 del 01/04/2019, Cabello
 Sez. 6, n. 35880 dell'11/07/2019, Della Rocca
 Sez. U, n. 3585 del 24/09/2020 (dep. 29/01/2021), P.G. c/ Li Trenta
 Annunziato, Rv. 280262-01)

Sentenze della Corte costituzionale:

C. Cost., n. 216 del 1974
 C. Cost., n. 7 del 1987
 C. Cost., n. 294 del 1987
 C. Cost., n. 204 del 1988
 C. Cost. n. 274 del 1997
 C. Cost., n. 354 del 1999
 C. Cost., n. 91 del 2001
 C. Cost., n. 324 del 2013

DELITTI CONTRO L'ORDINE PUBBLICO

CAPITOLO V

PERCORSI GIURISPRUDENZIALI IN MATERIA DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

SOMMARIO: 1. Possibilità che attività formalmente lecite entrino nel programma criminoso delle associazioni di tipo mafioso. 2. Implicazioni di struttura. 3.1. Intimidazione esterna 3.2. (Segue) ... con particolare riferimento alle mafie etniche. 4. Articolazioni territoriali delle associazioni di tipo mafioso, partecipazione all'una o all'altra ed immutazione del fatto ai sensi dell'art. 521 cod. proc. pen. 5.1. L'apparente paradosso del rinverdire del tema della carica intimidatoria con riferimento a derivazioni di 'ndrangheta nei territori di originaria insidenza. 5.2. (Segue) "Mafiosità" dei sodalizi attivi nei territori di storico radicamento. 5.3. (Segue) La 'ndrangheta associazione armata. 5.4. (Segue) L'aggravante del sesto comma dell'art. 416-bis cod. pen. 6. Successione di gruppi criminali. 7.1. Condotta di partecipazione in generale. 7.2. Permanenza: introduzione. 7.3.1. Permanenza: profili problematici. Susseguirsi di condotte partecipative. 7.3.2. (Segue) Continuazione tra condotte partecipative. 7.3.3. (Segue) Continuazione tra partecipazione e reati-fine, in relazione segnatamente al problema, nella cautela, delle cd. contestazioni a catena. 7.4. Eccezionale rilevanza penale di fatti anteriori all'eventuale permanenza: lo scambio elettorale politico-mafioso. 7.5. Perdurante messa a disposizione, aggravamento del trattamento sanzionatorio ed oneri della pubblica accusa. 7.6.1. Partecipazione e favoreggiamento. 7.6.2. Favoreggiamento ed aggravante dell'agevolazione mafiosa. 7.7. Possibile cessazione della permanenza. 8.1. Quattro ultimi profili problematici. Il "postino di mafia". 8.2. Responsabilità delle figure di vertice (ed in specie dei componenti degli organi deliberativi di cosa nostra) per i reati-fine. 8.3. Misure di sicurezza. 8.4.1. Presunzione di cui all'art. 275, comma 3, secondo periodo, cod. proc. pen.: introduzione. 8.4.2. (Segue) Ambito di applicabilità della presunzione. 8.4.3. (Segue) Presunzione (relativa) di sussistenza delle esigenze cautelari.

1. Possibilità che attività formalmente lecite entrino nel programma criminoso delle associazioni di tipo mafioso.

Alcune sentenze del 2021 affrontano il tema degli elementi di struttura dell'associazione di tipo mafioso, rilevando, in particolare, come essa, a differenza della comune associazione per delinquere e di altre forme associative, non sia necessariamente finalizzata alla commissione di delitti, ma possa «anche essere diretta a realizzare, avvalendosi della particolare forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva, taluno degli altri obiettivi indicati dall'art. 416-bis cod. pen., fra i quali quello della realizzazione di profitti ingiusti per sé o per altri»: così di esprime, ad esempio, **Sez. 2, n. 31920 del 04/06/2021, P.G. c. Alampi, Rv. 281811-03**, in relazione ad una fattispecie, particolarmente interessante, in cui l'associazione era diretta a

controllare una serie di società coinvolte nella gestione dei rifiuti, che rappresentavano lo strumento per acquisire appalti pubblici e privati con modalità illecite.

Gli «altri obiettivi» dell'associazione di tipo mafioso possono essere in sé anche leciti, divenendo tuttavia illeciti per il fatto di essere inseriti nel programma criminoso della medesima, il cui elemento caratterizzante, in definitiva, è l'esercizio del metodo mafioso, comportante l'avvalimento della forza di intimidazione e dei conseguenti assoggettamento ed omertà.

2. Implicazioni di struttura.

Le conseguenze che derivano dalle superiori considerazioni sono notevoli.

Da un punto di vista sistematico, anche l'associazione di tipo mafioso, come la comune associazione per delinquere, è un reato di pericolo, mediante il quale il legislatore realizza l'obiettivo di anticipare la soglia della tutela penale ad uno stadio antecedente all'effettiva realizzazione del programma criminoso, ragione per cui – secondo l'avviso ormai ricevuto – la commissione dei cd. reati-fine non è necessaria su un duplice piano: né, a livello collettivo, ai fini della configurabilità della fattispecie associativa di per sé stessa considerata né, a livello individuale, ai fini della prova della sussistenza della condotta di partecipazione (**Sez. 4, n. 11470 del 09/03/2021, Scarcello, Rv. 280703-02**).

Vero quanto precede, mette tuttavia conto di osservare che – secondo un'impostazione emergente in giurisprudenza – nel programma criminoso vi sarebbe da inserire anche il profilo (non dell'esercizio, ma) dell'inizio dell'esercizio del metodo mafioso.

Ciò comporta riflessi in punto di ritenuta di specialità dell'associazione di tipo mafioso rispetto alla comune associazione per delinquere. Così, nella motivazione della sentenza relativa a “Mafia capitale” (Sez. 6, n. 18125 del 22/10/2019 (dep. 2020), Bolla Claudio, par. 2, intitolato «L'associazione mafiosa come reato associativo», pp. 282 s.), si legge, ancorché solo al fine di sostenere che quello ex art. 416-bis cod. pen. «è un reato di pericolo [unicamente] perché l'[e]sistenza dell'associazione pone in pericolo l'ordine pubblico, l'ordine economico, la libera partecipazione dei cittadini alla vita politica ed altri interessi ancora[, senza tuttavia che ciò significhi] che gli elementi costitutivi della fattispecie possano anche [solo] eventualmente manifestarsi [...] in futuro», che,

- in primo luogo, «l'associazione mafiosa non è un reato associativo “puro”, che si perfeziona sin dal momento della costituzione di una organizzazione illecita che si limiti a programmare di utilizzare la propria forza di intimidazione e di

sfruttare le conseguenti condizioni di assoggettamento e omertà per la realizzazione degli obiettivi indicati dalla norma;

- in secondo luogo, «diversamente dall'associazione per delinquere semplice, l'associazione mafiosa non è strutturata sulle “intenzioni”, ma su una rete di effettive derivazioni causali. Dunque, non un'associazione per delinquere, ma un'associazione che delinque».

Alla stregua di tale impostazione, l'associazione di tipo mafioso non è un'associazione per delinquere cui si aggiunge la qualifica di mafiosità, ma un'associazione altra e diversa, che condivide con quella comune il solo tratto dell'entificazione: in particolare, non condivide con essa l'attitudine ad anticipare la soglia della rilevanza penale delle condotte degli aderenti sino al livello della mera programmazione di un generico catalogo delittuoso, esigendo invece il materiale e tangibile impiego del metodo mafioso quale effetto del conseguimento, nell'ambiente di riferimento, di un'effettiva e palese capacità di intimidazione.

Ciò nondimeno, anche secondo l'impostazione in disamina, ai fini della sussistenza di un'associazione di tipo mafioso, non è necessario che abbia cominciato ad avere esecuzione il programma criminoso nella parte relativa ai reati-fine in senso stretto, i quali, tra l'altro, come visto, costituiscono normale estrinsecazione del “modus essendi” dell'associazione, ma non requisito normativo indefettibile per la sua configurabilità.

3.1. Intimidazione esterna ...

La cifra dell'associazione mafiosa, sebbene l'art. 416-bis, comma terzo, cod. pen. non prenda posizione sulla qualificazione come interna o come esterna dell'efficacia intimidatoria del vincolo associativo e dei conseguenti assoggettamento ed omertà, per l'effetto includendo nell'area della rilevanza penale anche l'efficacia intimidatoria interna, è la prospezione verso l'esterno, più che della “potenza”, della “prepotenza”, a venire in linea di conto, l'associazione nascendo per agire nell'ambiente su cui ambisce di proiettare il proprio dominio.

La giurisprudenza dimostra di avere acquisito consapevolezza di ciò sin dalle prime pronunce sull'art. 416-bis cod. pen., se è vero che già nella lontana Sez. 5, n. 4307 del 19/12/1997, Magnelli, Rv. 211071-01 si specifica come, «ai fini della sussistenza del reato di associazione di tipo mafioso[,] l'intimidazione interna al sodalizio, pur se rilevante sotto il profilo dell'estrinsecazione del metodo mafioso, non può prescindere dall'intimidazione esterna, poiché elemento caratteristico dell'associazione in questione è il riverbero, la proiezione esterna, il radicamento nel territorio in cui essa vive; assoggettamento ed omertà devono pertanto

riferirsi [...] ai soggetti nei cui confronti si dirige l'azione delittuosa, essendo i terzi a trovarsi, per effetto della diffusa convinzione della loro esposizione a pericolo, in stato di soggezione di fronte alla forza dei 'prevaricanti'».

3.2. (Segue) ... con particolare riferimento alle mafie etniche.

La «carica intimidatrice nascente dal vincolo associativo», dunque, deve avere una dimensione inevitabilmente, sebbene non solo, esterna: «si manifesta [anzitutto] internamente attraverso l'adozione di uno stretto regime di controllo degli associati» e – in un momento “logicamente”, ma non di necessità “temporalmente”, successivo – «si proietta anche all'esterno attraverso un'opera di controllo del territorio e di prevaricazione nei confronti di chi vi abita, tale da determinare uno stato di soggezione e di omertà non solo nei confronti degli onesti cittadini, nei riguardi dei quali si dirige l'attività delittuosa, ma anche nei confronti di coloro che abbiano intenti illeciti, costringendoli ad aderire al sodalizio criminale»: interessante è rilevare come tali affermazioni si leggano in Sez. 2, n. 18773 del 31/03/2017, Lee, Rv. 269747-01, che ha ricondotto all'ipotesi di cui all'art. 416-bis cod. pen. il gruppo criminale nigeriano noto come “Eye”, particolarmente attivo in Castel Volturno nelle attività di sfruttamento della prostituzione e di narcotraffico.

In relazione «alla articolazione locale [abruzzese-marchigiana] “Pesha Nest” [nuovamente] della associazione nigeriana “Eiye”» (o Eye), sovviene ora – a definire la carica intimidatrice propriamente esterna come fattispecie di accumulo di un serbatoio di agiti minacciosi assistiti da un'effettiva capacità di far ricorso alla violenza – un'altra pronuncia della medesima Sezione, **Sez. 2, n. 14225 del 13/01/2021, Johnson, Rv. 281126-01**, alla quale si debbono due affermazioni di principio meritevoli di essere ricordate:

- da un lato, quella per cui, sebbene, «per la prova del reato[, sia] necessario che sia dimostrata l'esistenza di una forza di intimidazione accumulata attraverso la consumazione di delitti a base violenta idonei ad ingenerare timore», tuttavia «tali azioni violente non devono essere necessariamente contestuali alle condotte di partecipazione, potendo preesistere alle stesse; né è necessario che il singolo partecipe abbia posto in essere direttamente le azioni che hanno contribuito a consolidare il capitale criminale del sodalizio»;

- dall'altro lato, quella per cui, «per le mafie a base etnica, la forza di intimidazione del gruppo non deve essere necessariamente diretta all'assoggettamento della popolazione di un territorio, ma può anche essere funzionale al controllo ed alla sottomissione di un gruppo di persone ristretto in quanto facente capo ad una medesima comunità».

In conclusione, si rintraccia, nell'impostazione della giurisprudenza, la tensione dell'associazione di tipo mafioso all'egemonia tipica di un ordinamento (come plasticamente traspare dall'osservazione espressa in motivazione da Sez. 2, n. 14225 del 2021, par. 1.1.6, p. 6, a termini della quale «l'associazione Eiye pur non essendo diretta alla occupazione di un territorio è orientata verso l'accrescimento del potere di controllo sulle comunità nigeriane, profilandosi come una associazione antistatuale su base entica con finalità aggregante»). L'associazione di tipo mafioso ambisce ad imporsi come ordinamento, che è qualificabile come tale pur quando frontalmente antiggiuridico e che, come tale, affermatosi di imperio al proprio interno, ossia nei confronti dei propri adepti, proietta all'esterno un'assoluta capacità di dominio, oltretutto sul “*quisque de populo*”, in quanto «strumento indiretto o passivo o, quanto meno, testimon[e] mut[o] dei delitti e degli illeciti commessi dal sodalizio criminale» (Sez. 6, n. 2402 del 23/06/1999, D'Alessandro, Rv. 214923-01), anche sui delinquenti in concorrenza, o comunque sui malfattori non passivi e non muti, in quanto semplicemente soccombenti rispetto al monopolio della forza illecita esercitato dal sodalizio stesso.

4. Articolazioni territoriali delle associazioni di tipo mafioso, partecipazione all'una o all'altra ed immutazione del fatto ai sensi dell'art. 521 cod. proc. pen.

Il riferimento di Sez. 2, n. 14225 del 2021, ad un'articolazione locale del sodalizio “Eiye” (o “Eye”) offre l'occasione di accennare al tema delle partizioni interne delle associazioni di tipo mafioso.

È stato affermato che non ricorre una violazione dell'art. 521 cod. proc. pen. qualora l'imputato, rinviato a giudizio per la condotta di partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso, sia stato ritenuto responsabile di aver preso parte ad una diversa articolazione locale della stessa organizzazione criminale operante nel medesimo territorio, atteso che ciò non comporta un'inammissibile immutazione del fatto, ma una sua «mera specificazione», in ragione soltanto di una «diversa denominazione del gruppo criminale di riferimento». Il principio è stato enunciato da **Sez. 5, n. 14888 del 17/02/2021, D'Onofrio, Rv. 281040-02**, in materia di concrezioni 'ndranghetiste torinesi, con riferimento alla partecipazione di un imputato alla 'ndrangheta, a seguito della ritenuta – dai giudici di merito nei numerosi gradi di giudizio che si sono susseguiti anche a seguito di sentenze di annullamento con rinvio da parte della Corte di cassazione – inesistenza della “cabina di regia” definita “crimine”).

5.1. L'apparente paradosso del rinverdire del tema della carica intimidatoria con riferimento a derivazioni di 'ndrangheta nei territori di originaria insistenza.

I principali risvolti applicativi del tema della carica intimidatrice esterna che si registrano nelle sentenze massimate del 2021 riguardano – in certo qual modo “paradossalmente”, dopo un recente fiorire di pronunce eterogenee circa i requisiti necessari a far ricondurre nel tipo mafioso le articolazioni delocalizzate – derivazioni di un'associazione storica e tipica (qual è la 'ndrangheta) nei territori di originaria insistenza.

Il “paradosso” è solo apparente, a misura che – a fronte dell'iniziativa di Sez. 1, n. 15768 del 15/03/2019, Nesci e altro, volta a sollecitare l'eventuale rimessione degli atti alle Sezioni Unite per dirimere i contrasti emersi in ordine alle articolazioni delocalizzate – un inevitabile effetto “euristico” ha dispiegato – con riferimento, all'evidenza, non solo a tali articolazioni – il provvedimento del Primo Presidente Aggiunto in data 17-23/07/2019 di restituzione degli atti.

Più precisamente, in questo provvedimento, si legge che «il panorama giurisprudenziale appare consolidato nell'affermare che[,] ai fini della configurabilità di un'associazione di tipo mafioso[,] è necessaria una effettiva capacità intimidatrice del sodalizio criminale [...]»; quanto poi «alle articolazioni territoriali della 'ndrangheta», occorre distinguere tra i nuovi aggregati che si propongono «di adottare la medesima metodica delinquenziale delle “mafie storiche”» ed i nuovi aggregati che si pongono invece «come mer[e] articolazion[i] territorial[i] di una tradizionale organizzazione mafiosa». Solo con riferimento ai primi, e non anche ai secondi, è infatti richiesta «la verifica di tutti i presupposti costitutivi del reato di cui all'art. 416-bis cod. pen. e, dunque, l'esternazione del metodo mafioso»; eppure «la differenza [...] non attiene alla capacità intimidatrice del sodalizio, che è, comunque, una preconditione necessaria per la configurabilità del reato, quanto alla forma di esteriorizzazione del metodo mafioso» (ffgg. 1 e 2).

5.2. (Segue) “Mafiosità” dei sodalizi attivi nei territori di storico radicamento.

Sulla linea – valida per tutte le associazioni di tipo mafioso – dell'«effettiva capacità intimidatrice» quale «precondizione necessaria per la configurabilità del reato», anche in riferimento ai sodalizi attivi nei territori di storico radicamento si pone il tema della loro “mafiosità”.

Al riguardo tuttavia traspaiono in controluce “diverse sensibilità”.

Da un canto, s'è affermato che, «in relazione ad una articolazione periferica (c.d. "locale") di 'ndrangheta, attiva nel territorio della Calabria, non è necessario dimostrarne in concreto la capacità intimidatoria mafiosa, essendo sufficiente provare che la cosca appartenga ad una precisa "locale" della più generale struttura di 'ndrangheta, da cui mutua il potere di egemonizzazione criminale sul territorio di pertinenza, riconosciuto "ex lege" in forza del disposto di cui all'ultimo comma del predetto articolo». Tale è la posizione di **Sez. 2, n. 12362 del 02/03/2021, Mazzagatti, Rv. 280997-01**, secondo la quale, pertanto, la collocazione, di per sé, della cosca oggetto di procedimento in una precisa geografia della 'ndrangheta calabrese solleva il pubblico ministero dall'onere di provarne la mafiosità.

Dall'altro lato, con una sfumatura concettuale diversa, s'è affermato che «l'essenziale connotazione delle forme di "delocalizzazione" della cosche storiche, anche nelle aree storicamente controllate dall'associazione principale, risiede nella “intrinseca, e non implicita”, forza di intimidazione derivante dal collegamento con le componenti centrali dell'associazione mafiosa, dalla riproduzione sul territorio delle strutture organizzative dell'associazione principale, dall'avvalimento della fama criminale conseguita, nel corso di decenni, nei territori di storico e originario insediamento, senza che sia necessaria la effettiva esteriorizzazione di tale forza di intimidazione». Tale è la posizione della già citata **Sez. 2, n. 31920 del 2021, Rv. 281811-01**.

Quest'ultima sentenza è degna di nota perché, nel guadagnare l'esposta conclusione di principio a proposito di una cosca 'ndranghetista di Trunca, nel reggino, dedita, in specie, ad attività imprenditoriali nel settore degli appalti (dunque di per sé stesse lecite), cita alla lettera, ma – e qui sta il punto – solo in parte, un passaggio della motivazione di Sez. F, n. 56596 del 03/09/2018, Balsebre, la quale è assurda alle cronache per essere l'unico precedente massimato a legittimare la figura teorica della cd. “mafia silente”, riferita ad un gruppo di primo piano nella cittadina tirrenica di Scalea avente la peculiarità di essere parimenti versato nel condizionamento degli appalti.

La peculiarità consiste in ciò che **Sez. 2, n. 31920 del 2021**, non segue Sez. F, n. 56596 del 2018, nella parte sulla mafia silente, quantunque trasfusa nella massima *sub* Rv. 274753-02, secondo cui, «ricorrendone i presupposti strutturali, organizzativi e operativi, la cd. "mafia silente" rientra nel paradigma normativo dell'art. 416-bis cod. pen., in quanto è capace di avvalersi di una forza di intimidazione intrinseca alla struttura delle associazioni mafiose, nelle sue componenti centrali e delocalizzate, pur in assenza di forme di esteriorizzazione eclatante del metodo mafioso e della forza di intimidazione». Il corrispondente passaggio della motivazione di Sez. F, n. 56596 del 2018 – parzialmente ripreso,

come dicevasi, da Sez. 2, n. 31920 del 2021 – è più ampio (par. 4.2.1, pp. 41 s.): segnatamente, la parte ripetuta da Sez. 2, n. 31920 del 2021, è quella in cui si proclama che «la reale connotazione delle forme di "delocalizzazione" (anche nelle aree storicamente controllate) delle "mafie storiche", e della 'ndrangheta in particolare [...], risiede nella intrinseca, e non implicita, forza di intimidazione derivante dal collegamento con le componenti centrali dell'associazione mafiosa, dalla riproduzione sui territori delle tipiche strutture organizzative della 'ndrangheta, dall'avvalimento della fama criminale conseguita, nel corso di decenni, nei territori di storico ed originario insediamento»; la parte susseguente, quella cioè non ripetuta da Sez. 2, n. 31920 del 2021, è invece quella propriamente sulla “mafia silente”, affermandovisi che, «pur nella consapevolezza dell'attitudine performativa del linguaggio, è dunque possibile affermare, senza abdicare ai doveri di lealtà intellettuale, ma saldamente ancorati alla capacità conformativa della realtà, che, ricorrendone i presupposti (strutturali, organizzativi, operativi), la c.d. "mafia silente" rientra nel paradigma normativo dell'art. 416-bis cod. pen., in quanto è capace di avvalersi di una forza di intimidazione “intrinseca” alla struttura dell'associazione mafiosa, nelle sue componenti centrali e delocalizzate, e pur in assenza di forme di “esteriorizzazione” (che non coincide con il diverso concetto di “estrinsecazione”) eclatante del metodo mafioso e della forza di intimidazione, che non deve essere ritenuta “implicita”, secondo inammissibili logiche di accertamento presuntive, bensì “intrinseca” alla accertata capacità di egemonizzazione criminale dei territori propria delle più potenti e temibili associazioni mafiose».

In considerazione di quanto precede, sembrerebbe di potersi concludere che la “intrinseca, e non implicita”, forza di intimidazione derivante dal collegamento con le componenti centrali dell'associazione mafiosa – la quale, secondo **Sez. 2, n. 31920 del 2021**, deve caratterizzare anche i sodalizi attivi in Calabria – accentui una caratterizzazione strutturale della mafiosità, sganciata tuttavia da connotati di mafiosità silente.

5.3. (Segue) La ‘ndrangheta associazione armata.

Le diverse sensibilità di **Sez. 2, n. 12362 del 2021**, e di **Sez. 2, n. 31920 del 2021**, apparentemente insuscettive di dar luogo a criteri di giudizio eterogenei, invece emergono sul terreno spinoso delle caratteristiche per così dire di cornice della 'ndrangheta, tra cui, in particolare, la natura di associazione armata. Infatti – secondo **Sez. 2, n. 31920 del 2021, Rv. 281811-02** – «l'aggravante della disponibilità di armi, di cui all'art. 416-bis, commi quarto e quinto, cod. pen., è configurabile a carico dei partecipi di una [*rectius*, un] "locale" di mafia storica

(nella specie 'ndrangheta), [solo] quando sia riscontrata l'effettiva disponibilità delle armi e l'uso delle stesse per il conseguimento delle finalità dell'associazione, non essendo sufficiente il solo riferimento alla notoria dotazione di armi in capo al sodalizio storico».

Un siffatto insegnamento si pone in virtuale tensione con le conseguenze invece evincibili da **Sez. 2, n. 12362 del 2021**, atteso che, se il marchio di appartenenza alla 'ndrangheta trasferisce alla singola cosca la patente di carica intimidatoria, sembrerebbe doversi dedurre che le trasferisca anche le proprie caratteristiche, compresa dunque la natura armata.

In effetti, a questa conclusione si è approssimata recente giurisprudenza, quando ha recentemente sostenuto che «l'aggravante della disponibilità di armi, di cui all'art. 416-bis, commi 4 e 5, cod. pen., è configurabile a carico dei partecipi che siano consapevoli del possesso delle stesse da parte della consorteria criminale o che, per colpa, lo ignorino»: così, segnatamente, Sez. 6, n. 32373 del 04/06/2019, Aiello, Rv. 276831-02, in una «fattispecie» di sicuro spessore ai nostri fini, in quanto «relativa alla riconosciuta esistenza di un'associazione autonoma, formata da cellule "locali" di 'ndrangheta federate», in cui la Corte – giudicando immune da censure l'affermazione dei giudici di merito secondo cui «la posizione verticistica e dirigenziale assunta da N. G. A. e dalla [dal] 'locale' da lui diretta [diretto] nell'ambito delle varie articolazioni della 'ndrangheta operanti su una vasta area comprendente varie zone delle province di Catanzaro, Crotone e Cosenza, ben consentiva di ritenere quella disponibilità di armi riferibile a tutti gli affiliati alle varie articolazioni della medesima organizzazione criminale (par. 3.3., pp. 38 s.) – ha ritenuto che, «ai fini della ravvisabilità dell'anzidetta aggravante, [sia] necessario fare riferimento al sodalizio nel suo complesso, prescindendo dallo specifico soggetto o dalla specifica cellula "locale" che abbia la concreta disponibilità delle armi». Precedentemente, in senso analogo, s'era pronunciata Sez. 6, n. 44667 del 12/05/2016, Camarda, Rv. 268677-01, la quale, in relazione a locali di 'ndrangheta delocalizzati in Piemonte [pur escluso in linea di principio che sia sufficiente una semplice potenzialità mafiosa, «costituendo non più che una mera figura retorica quella della “mafia silente”» (par. 1.4, p. 92)], rispetto all'aggravante della disponibilità di armi, nel confermarne la configurabilità a carico dei partecipi che siano consapevoli del possesso delle stesse da parte della consorteria criminale o che per colpa lo ignorino, ha ritenuto, sull'affermata esistenza di un'unitaria organizzazione di marca federale (parr. 2 ss. pp. 94 ss.; par. 3.5, p. 102), di doverne verificare la ricorrenza prendendo in considerazione il sodalizio nel suo complesso e perciò prescindendo da quale specifico soggetto o da quale specifico "locale" avesse la concreta disponibilità delle armi (par. 4, p. 107).

Il mutamento di prospettiva da parte di **Sez. 2, n. 31920 del 2021**, emerge evidente, a misura che si consideri come essa, fatto cenno al principio dianzi esposto, affermi *expressis verbis* che esso, «se interpretato in modo rigido, determinerebbe un inammissibile automatismo fra la partecipazione a una delle mafie storiche e la sussistenza della circostanza aggravante, che non risulta dal testo normativo e che solo il legislatore potrebbe prevedere. Nel contempo, per i partecipi a una delle mafie tradizionali, sarebbe svuotato di contenuto il significato di altra affermazione ricorrente in giurisprudenza, secondo la quale, stante la natura oggettiva della circostanza, è sufficiente che il gruppo o i singoli aderenti abbiano la disponibilità di armi, per il conseguimento dei fini del sodalizio, perché detta aggravante sia configurabile a carico di ogni partecipe che sia consapevole del possesso di armi da parte degli associati ovvero lo ignori per colpa, in ragione del disposto dell'art. 59, secondo comma, cod. pen.» (par. 8, p. 62).

5.4. (Segue) L'aggravante del sesto comma dell'art. 416-bis cod. pen.

A mo' di appendice alla superiore disamina, valga osservare come le questioni appena affrontate circa l'aggravante della disponibilità di armi possano, eventualmente, replicarsi anche con riferimento all'aggravante del sesto comma dell'art. 416-bis cod. pen., che si configura ove le attività economiche di cui gli associati intendano assumere o mantenere il controllo siano finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti, atteso che essa pure attiene alle caratteristiche di cornice di un'associazione di tipo mafioso.

Per convincersene, sia sufficiente ricordare come – secondo l'avviso in ultimo espresso da **Sez. 2, n. 2390 del 01/04/2021, Aieta, Rv. 281463-02** – detta aggravante «ha natura oggettiva e va riferita all'attività dell'associazione e non necessariamente alla condotta del singolo partecipe, il quale, nel caso di associazioni cd. storiche come mafia, camorra e 'ndrangheta, ne risponde per il solo fatto della partecipazione, dato che - appartenendo da anni al patrimonio conoscitivo comune che dette associazioni operano nel campo economico utilizzando ed investendo i profitti di delitti che tipicamente pongono in essere in esecuzione del suo programma criminoso - un'ignoranza al riguardo in capo ad un soggetto che sia ad alcuna di tali associazioni affiliato è inconcepibile».

6. Successione di gruppi criminali.

Uno distinto ordine di problemi sorge nel caso in cui si susseguano due o finanche più gruppi criminali egemoni, a ciascuno dei quali il singolo abbia preso parte. Vertendo l'accertamento sulla ricorrenza di una nuova formazione in

rapporto di continuità con una cosca storica, oggetto di sentenze irrevocabili che ne abbiano sancito l'esistenza, può bensì prescindere da specifiche dimostrazioni di esteriorizzazione del metodo mafioso, tuttavia solo in presenza di univoci elementi atti ad attestare l'assenza di una reale novità (quanto a programmi, territori oggetto di azione, coincidenza dei soggetti coinvolti) della nuova formazione, sì da potersi concludere che essa seguiti ad insistere su un determinato territorio replicando o, comunque, sfruttando, un contesto già riconducibile alla pregressa permeazione mafiosa. Talché, sul piano probatorio, vale che «tanto più è sfumata l'indagine sull'effettivo ricorso ad attività o metodi improntati all'intimidazione e conseguente assoggettamento ed omertà, tanto più rigorosa e solida deve risultare l'acquisizione probatoria dimostrativa delle caratteristiche strutturali del sodalizio»; dovrebbe però valere anche – par di potersi aggiungere – la reciproca, nel senso che, tanto meno è solido il quadro dell'evoluzione strutturale del sodalizio, tanto più approfondita deve essere l'indagine sull'effettivo ricorso ad attività o metodi improntati all'intimidazione: infatti – come ben evidenziato da **Sez. 2, n. 38831 del 17/09/2021, Cicciù, Rv. 282199-04**, che, a proposito di una cosca di 'ndrangheta seguitante, in tesi d'accusa, ad essere attiva in quel di Pellaro e limitrofi, ha annullato con rinvio la sentenza d'appello per non aver evidenziato gli elementi di supposta continuità del gruppo criminale originario in un'ottica di mero parziale “ringiovanimento” – a venire in linea di conto è la legalità stessa della fattispecie, giacché, «con un indiscriminato ampliamento della portata applicativa del concetto di “mera prosecuzione di una cosca preesistente”, si finirebbe per svuotare di effettivo contenuto la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 416-bis cod. pen.» (par. 6, p. 26).

Poco tempo fa, già Sez. 2, n. 28950 del 18/05/2017, Barranca, richiamata dalla citata **Sez. 2, n. 38831 del 2021**, aveva scandagliato il tema della continuità tra associazioni di tipo mafioso, rilevando la necessità di appurare che si tratti effettivamente dello stesso gruppo in evoluzione, ma nel contempo di non “irrigidire” eccessivamente i criteri da applicare, giacché «parlare di continuità dell'agire associativo - nei territori oggetto di penetrazione storica - non significa predicare l'immobilismo e la riproduzione dei medesimi schemi operativi (nel caso della 'ndrangheta, la frammentazione dei gruppi e la tendenza a non realizzare un organismo verticistico condizionante, secondo lo storico modello della cupola siciliana) ma significa rapportare le nuove fonti di conoscenza - che ben possono comportare la emersione di variazioni all'originario modello - al medesimo contesto storico già in precedenza accertato, attraverso l'identità (almeno parziale) dei soggetti raggiunti dai diversi accertamenti, la comunanza

dei territori oggetto di azione, l'analisi delle finalità complessive del sodalizio» (par. 1.2.2, pp. 34 s.).

7.1. Condotta di partecipazione in generale.

Altro capitolo che registra importanti novità è quello relativo alla condotta di partecipazione.

La scena è ovviamente dominata da **Sez. U, n. 36958 del 27/05/2021, Modaffari, Rv. 281889-01 e Rv. 281889-02**, cui è tuttavia dedicata una trattazione a parte nella presente “Rassegna”.

In questa sede, pare sufficiente ricordare come essa, ancorché in riferimento ad un procedimento cautelare, abbia affermato due principi di indubbio rilievo.

Il primo principio (di cui a **Rv. 281889-01**) consiste in ciò che la condotta di partecipazione «si caratterizza per lo stabile inserimento dell'agente nella struttura organizzativa dell'associazione, idoneo, per le specifiche caratteristiche del caso concreto, ad attestare la sua “messa a disposizione” in favore del sodalizio per il perseguimento dei comuni fini criminosi». La teorica della messa a disposizione colloca **Sez. U, n. 36958 del 2021**, nel solco della tradizionale impostazione delle Sezioni Unite in argomento, con particolare riguardo a Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231670-01, ben nota per aver statuito che «la condotta di partecipazione è riferibile a colui che si trovi in rapporto di stabile e organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare, più che uno "status" di appartenenza, un ruolo dinamico e funzionale, in esplicazione del quale l'interessato "prende parte" al fenomeno associativo, rimanendo a disposizione dell'ente per il perseguimento dei comuni fini criminosi», soggiungendo che «la partecipazione può essere desunta da indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi la appartenenza nel senso indicato, purché si tratti di indizi gravi e precisi [...], idonei senza alcun automatismo probatorio a dare la sicura dimostrazione della costante permanenza del vincolo, con puntuale riferimento, peraltro, allo specifico periodo temporale considerato dall'imputazione». Quel che dunque **Sez. U, n. 36958 del 2021**, intende ribadire è che, essendo il partecipe colui che si mette a disposizione dell'associazione, la sua condotta si sostanzia in un “darsi” incondizionatamente ad essa, appartenendo a – ossia divenendo parte della – stessa.

Il secondo principio enunciato da **Sez. U, n. 36958 del 2021** (di cui a **Rv. 281889-02**) trascorre dalla visione d'insieme al piano di una forma particolare, ancorché tipica, di ingresso nell'associazione, rappresentata dalla cd. affiliazione

rituale, la quale – secondo le Sezioni Unite – «può costituire grave indizio della condotta partecipativa, ove la stessa risulti, sulla base di consolidate e comprovate massime d'esperienza e degli elementi di contesto che ne evidenzino serietà ed effettività, espressione di un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato ed associazione». Anche sotto il profilo che ne occupa **Sez. U, n. 36958 del 2021**, dà continuità a Sez. U, n. 33748 del 2005: infatti, quest'ultima, tra gli «indizi gravi e precisi [...], idonei senza alcun automatismo probatorio a dare la sicura dimostrazione della costante permanenza del vincolo», annovera «i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di "osservazione" e "prova", l'affiliazione rituale, l'investitura della qualifica di "uomo d'onore", la commissione di delitti-scopo, oltre a molteplici, e però significativi "facta concludentia"»; **Sez. U, n. 36958 del 2021**, a sua volta, quanto specificamente all'affiliazione rituale, «tra gli indici valutabili dal giudice», annovera «la qualità dell'adesione ed il tipo di percorso che l'ha preceduta, la dimostrata affidabilità criminale dell'affiliando, la serietà del contesto ambientale in cui la decisione è maturata, il rispetto delle forme rituali, con riferimento, tra l'altro, ai poteri di chi propone l'affiliando, di chi lo presenta e di chi officia il rito, la tipologia del reciproco impegno preso e la misura della disponibilità pretesa od offerta». In definitiva, **Sez. U, n. 36958 del 2021**, e Sez. U, n. 33748 del 2005, concordano nel ritenere la necessità che il *thema* della partecipazione ed in particolare dell'inizio della partecipazione *sub specie* dell'affiliazione rituale sia scandagliato in profondità nella sede propria del merito, alla stregua di elementi da sottoporre a rigoroso vaglio critico in un'ottica di complessiva affidabilità – secondo le caratteristiche, e quindi anche le regole, del fenomeno mafioso – del quadro ricostruttivo che restituiscono.

Ne consegue che – in specie, ma non solo, con riguardo alla 'ndrangheta – anche il possesso di una cd. “dote” ben può rilevare come prova (ci si consente di osservare: persino privilegiata) della partecipazione, per quanto da tale dato di fatto – che di per sé necessita di essere contestualizzato – non possano trarsi evidenze ulteriori rispetto a quelle che “intrinsecamente” rappresenta: ragion per cui esso, «pur implicante una posizione di rango elevato nel sodalizio, non è sufficiente a provare l'effettiva operatività dell'associazione ed il ruolo ricoperto dal possessore al suo interno», definendo, segnatamente, «epoca e concreta durata della sua partecipazione» (**Sez. 6, n. 16543 del 19/01/2021, Barbaro, Rv. 281054-01**).

La qual cosa equivale a dire che la dimostrazione del possesso di una dote non legittima alcuna scorciatoia probatoria, in quanto non costituisce, di per sé, evidenza sufficiente della partecipazione, essendo necessaria altresì la ricostruzione, da un lato, dell'esistenza e dell'operatività dell'associazione e,

dall'altro, della collocazione temporale e della durata dell'inserimento in essa dell'attributario della dote: conseguentemente, il terreno su cui il possesso di una dote può dispiegare effetti semplificatori degli oneri allegatorio e probatorio della pubblica accusa resta, in definitiva, circoscritto all'efficienza del contributo dell'attributario alla causa associativa.

7.2. Permanenza: introduzione.

L'elemento centrale che caratterizza la condotta di partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso è rappresentato dalla permanenza, consustanziale, evidentemente, alla messa a disposizione.

La permanenza implica un "prima", un "durante" e, sebbene non propriamente un "dopo" – dato che, quantomeno nelle mafie storiche, tendenzialmente abbraccia tutta la vita del partecipe – quantomeno la "possibilità di un dopo", in relazione alle cause interruttive della partecipazione.

In generale, la permanenza di per sé stessa considerata rileva sotto plurimi profili, alcuni dei quali scandagliati dalle pronunce più recenti.

7.3.1. Permanenza: profili problematici. Susseguirsi di condotte partecipative.

La permanenza ha certamente riflessi sul susseguirsi di procedimenti in ordine alla partecipazione di uno stesso soggetto ad una concrezione mafiosa che, insistendo nel tempo, può concretamente improntarsi a medesimezza, ma anche ad alterità. In argomento, **Sez. 5, n. 32767 del 15/07/2021, Capaldo, Rv. 281870-01**, afferma che, «nel caso di archiviazione non seguita da autorizzazione alla riapertura delle indagini, al fine di escludere la medesimezza del fatto, che preclude la possibilità di svolgere nuove investigazioni, non rilevano i mutamenti nelle modalità di partecipazione (attività e ruoli) del soggetto ovvero le eventuali modifiche della composizione numerica o degli equilibri interni al sodalizio, ma è necessario accertare che il partecipe sia passato ad una diversa organizzazione criminale ovvero che si sia verificata una successione nelle attività criminali tra organismi diversi, sia pure con lo stesso nome ed operanti nello stesso territorio».

7.3.2. (Segue) Continuazione tra condotte partecipative.

Schemi di ragionamento analoghi valgono, sul piano però del diritto sostanziale, in ordine al riconoscimento del vincolo della continuazione tra due condotte medesimamente partecipative.

La riprova è offerta da **Sez. 5, n. 20900 del 26/04/2021, Gattuso, Rv. 281375-01**, a termini della quale, sul rilievo prioritario che «il mutamento nel tempo della compagine associativa e della estensione dell'ambito di [sua] operatività» non segna di per sé un'alterità delle associazioni storicamente osservate, quando non accompagnato da «un nuovo *pactum sceleris*» o da «una discontinuità nel programma criminoso», al fine della sussistenza degli estremi della continuazione, «non è sufficiente il riferimento alla tipologia del reato ed all'omogeneità delle condotte, ma occorre una specifica indagine sulla natura dei vari sodalizi, sulla loro concreta operatività e sulla loro continuità nel tempo, al fine di accertare l'unicità del momento deliberativo e la sua successiva attuazione attraverso la progressiva appartenenza del soggetto ad una pluralità di organizzazioni, comunque denominate, ovvero ad una medesima organizzazione».

7.3.3. (Segue) Continuazione tra condotte partecipative.

Rispetto all'argomento che si sta sviluppando, non viene, invece, in rilievo il profilo della continuazione tra il reato associativo ed i reati-fine, peraltro riconoscibile solo quando questi possano ritenersi programmabili *ab origine*, ad esclusione dunque di quelli «legati a circostanze ed eventi contingenti e occasionali», pur astrattamente rientranti nelle attività del sodalizio, come nel caso – di cui a **Sez. 6, n. 4680 del 20/01/2021, Raiano, Rv. 280595-01** – di una condotta di corruzione commessa dall'imputato – già condannato per partecipazione ad associazione camorristica, rispetto alla quale veniva infondatamente richiesto il riconoscimento della continuazione – «mentre si trovava in carcere al fine di ottenere l'ingresso nell'istituto di beni non consentiti e la trasmissione di notizie, atteso che tali indebiti vantaggi erano funzionali all'esclusivo interesse dell'imputato e non al rafforzamento dell'associazione».

A fortiori, la semplice commissione di reati in corso di attività associativa è irrilevante.

Ciò nonostante, quel che preme qui di evidenziare è come siffatta irrilevanza chiami in causa, comunque, il tema della permanenza della condotta partecipativa, in ambito cautelare, rispetto alle cd. contestazioni a catena.

In argomento, vige la regola, costantemente riaffermata, per cui, «ai fini della retrodatazione della decorrenza del termine di durata di più misure cautelari disposte con ordinanze diverse, non sussiste alcuna connessione rilevante tra il reato di associazione mafiosa e quelli di omicidio commessi nello svolgimento dell'attività del sodalizio, atteso che questi ultimi non rappresentano la finalità per

cui lo stesso è stato costituito» (Sez. 1, n. 22751 del 06/05/2021, Ferraiuolo, Rv. 281545-01).

Nondimeno, qualora un rapporto di connessione possa astrattamente sussistere (come nel caso di chi, già attinto da un titolo cautelare per fatti aggravati dal metodo mafioso, tipicamente estorsioni, sia successivamente raggiunto da altro titolo per condotta associativa), il provvedimento limitativo della libertà personale in relazione a detti fatti comporta una presunzione (relativa) di non interruzione della condotta partecipativa, a cagione della quale si scarica su chi invoca la retrodatazione, ai sensi dell'art. 297, comma 3, cod. proc. pen., l'onere di addurre specifici elementi idonei a dimostrare che invece la carcerazione ha costituito un fattore risolutivo – stante la specificità del ruolo ricoperto dal ristretto nell'associazione – della sua partecipazione alla stessa [Sez. 1, n. 20135 del 16/12/2020 (dep. 2021), Ciancio, Rv. 281283-01].

Quel che in ultimo preme di far notare è che siffatto insegnamento costituisce una sintesi tra due prospettive ben presenti nella giurisprudenza della Suprema Corte:

- da un lato, i criteri di operatività della retrodatazione, tra i quali, *in primis*, quello per cui il presupposto dell'anteriorità dei fatti oggetto della seconda ordinanza coercitiva, rispetto all'emissione della prima, non ricorre allorché il provvedimento successivo riguardi un reato di associazione, anche di tipo mafioso, e la condotta di partecipazione alla stessa si sia protratta dopo l'emissione della prima ordinanza [Sez. U, n. 14535 del 19/12/2006 (dep.2007), Librato, Rv. 235910-01],

- e, dall'altro, l'avviso per cui, rispetto ad un'associazione di tipo mafioso, «il sopravvenuto stato detentivo del soggetto non determina la necessaria ed automatica cessazione della sua partecipazione al sodalizio, atteso che la relativa struttura - caratterizzata da complessità, forti legami tra gli aderenti e notevole spessore dei progetti delinquenziali a lungo termine - accetta il rischio di periodi di detenzione degli aderenti, soprattutto in ruoli apicali, alla stregua di eventualità che, da un lato, attraverso contatti possibili anche in pendenza di detenzione, non ne impediscono totalmente la partecipazione alle vicende del gruppo ed alla programmazione delle sue attività e, dall'altro, non ne fanno venir meno la disponibilità a riassumere un ruolo attivo alla cessazione del forzato impedimento» (Sez. 2, n. 8461 del 24/01/2017, De Notari, Rv. 269121-01, relativamente alla ritenuta «permanenza del vincolo associativo in capo all'indagato - "braccio destro" del capoclan - nonostante la sofferta detenzione», stante la prosecuzione dei contatti con il medesimo e l'intero gruppo anche in ragione della periodica erogazione di somme di denaro da parte di questo»).

7.4. Eccezionale rilevanza penale di fatti anteriori all'eventuale permanenza: lo scambio elettorale politico-mafioso.

Prima dell'eventuale permanenza, meglio: prima dell'inizio dell'eventuale partecipazione mediante l'affiliazione (rituale o meno), si colloca un'area in linea di principio sottratta alla rilevanza penale (in quanto quello di cui all'art. 416-bis cod. pen. è pur sempre un reato di pericolo, con conseguente non configurabilità del tentativo).

Un'eccezione però ha riguardo alla fattispecie dello scambio elettorale politico-mafioso, costruita come fattispecie anticipata rispetto ad un meramente eventuale ingresso del politico, che anela ai favori dell'associazione di tipo mafioso, nella stessa.

Il concetto è ben rappresentato da **Sez. 1, n. 19092 del 09/03/2021, P.G. c. Zambetti, Rv. 281410-01**, secondo cui, ai fini dell'integrazione dell'art. 416-ter cod. pen., «è sufficiente un accordo elettorale tra l'uomo politico e l'associazione mafiosa, avente per oggetto la promessa di voti in cambio del versamento di denaro, mentre non è richiesta la conclusione di ulteriori patti che impegnino l'uomo politico ad operare in favore dell'associazione in caso di vittoria elettorale, sicché, nell'ipotesi in cui tali ulteriori patti vengano conclusi, occorre accertare se la condotta successivamente posta in essere a sostegno degli interessi dell'associazione assuma i caratteri della partecipazione ovvero del concorso esterno all'associazione medesima, configurandosi, oltre il reato sopra indicato, anche quello di cui all'art. 416-bis cod. pen.».

7.5. Perdurante messa a disposizione, aggravamento del trattamento sanzionatorio ed oneri della pubblica accusa.

In costanza di partecipazione, l'associato agisce in seno e a favore dell'associazione, esercitando i poteri che la posizione occupata al suo interno gli consentono.

Sulla scorta del rilievo che la messa a disposizione è temporalmente “indeterminata”, **Sez. 2, n. 34615 del 10/06/2021, Desio, Rv. 281961-01**, s' volta a stabilire che, «in presenza di una contestazione del delitto di partecipazione ad associazione di tipo mafioso in forma "chiusa", che abbracci un lungo arco temporale nel corso del quale sia intervenuta una modifica *in peius* del trattamento sanzionatorio», giusta, nella specie, la novella di cui alla legge 27 maggio 2015, n. 69, «l'applicazione della nuova cornice sanzionatoria non richiede la dimostrazione da parte dell'accusa che la condotta si sia protratta anche dopo detta modifica, in quanto, accertata l'esistenza dell'"offerta di contribuzione permanente" dell'affiliato all'associazione, questa deve ritenersi valida e

produttiva di effetti fino alla dimostrazione del recesso (spontaneo o provocato *ab externo*)».

Tale affermazione, peraltro, si pone in netto contrasto con altro avviso secondo cui, al contrario, sul pubblico ministero grava l'onere di dimostrare la protrazione della condotta per tutto il periodo contestato, dunque anche oltre la modifica, con conseguente illegittimità, in difetto, della sentenza di condanna alla pena determinata sulla base delle deteriori previsioni sanzionatorie sopravvenute (Sez. 1, n. 14823 del 28/02/2020, Balivo, Rv. 279061-01).

7.6.1. Partecipazione e favoreggiamento.

La permanenza partecipativa entra in collisione con la fattispecie del favoreggiamento, in specie personale.

Infatti – alla stregua di **Sez. 2, n. 17347 del 26/01/2021, Anfelini, Rv. 281217-07** – la configurabilità del favoreggiamento personale in rapporto, quale reato presupposto, all'associazione di tipo mafioso esige che se ne sia verificata la cessazione, ad esempio per effetto dello scioglimento del sodalizio, potendo viceversa ricorrere le figure o della partecipazione o del concorso esterno, a seconda che risulti o meno dimostrato lo stabile inserimento del soggetto nella struttura associativa (talché nella specie corretta è stata ritenuta la qualificazione come concorso esterno della condotta di costante di “bonifica” dei luoghi da eventuali microspie prestata a favore del capo dell'associazione ancora in essere, in quanto indicativa di una disponibilità qualificata a vantaggio del sodalizio).

Il principio trovasi significativamente affermato anche in tema di favoreggiamento reale [cfr. Sez. F, n. 38236 del 03/09/2004, Iovino, Rv. 229648-01, nonché, *funditus*, già Sez. 2, n. 4150 del 13/10/1983 (dep. 1984), Avantario, Rv. 164056-01].

Devesi tuttavia segnalare che il principio è avversato da altro, secondo cui il criterio da impiegare per verificare se ricorra un'ipotesi di favoreggiamento ovvero un'ipotesi di partecipazione o concorso esterno è rappresentato, non già dalla cessazione dell'associazione, ma dalla finalizzazione della condotta ausiliatrice, giacché – stante l'orientamento in disamina – ben può aversi favoreggiamento (ancorché in ipotesi che per vero paiono assai rare) pur a permanenza in atto, quando detta condotta «non possa in alcun modo tradursi in un sostegno od incoraggiamento alla prosecuzione dell'attività delittuosa da parte del beneficiario, che darebbero luogo invece a responsabilità per il reato associativo» (così, da ultimo, la già citata Sez. F, n. 38236 del 2004, ancorché riferita ad un'associazione per delinquere dedita al narcotraffico), «ma, al contrario, costituisca soltanto una facilitazione all'attività di uno degli esponenti

di essa associazione» (Sez. 1, n. 13008 del 28/09/1998, Bruno e altri, Rv. 211898-01), ovvero «una facilitazione alla cessazione di [detta attività], sia pure al fine di tentare di ottenere l'impunità» (Sez. 6, n. 9079 del 06/06/1995, Monteleone e altri, Rv. 202186-01).

7.6.2. Favoreggiamento ed aggravante dell'agevolazione mafiosa.

Infatti, ammessa la configurabilità del favoreggiamento, segnatamente personale, si apre – e per certi versi è inevitabile che così sia – un ulteriore confronto circa l'applicabilità o meno dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa. Per la soluzione positiva si è recentemente espressa, nella scia dell'orientamento che pare essere maggioritario, **Sez. 6, n. 23241 del 11/02/2021, Barbato, Rv. 281522-02**, volta ad affermare gli estremi dell'aggravante in relazione alla «condotta di chi consapevolmente aiuti a sottrarsi alle ricerche dell'autorità un capoclan operante in un ambito territoriale in cui è diffusa la sua notorietà, atteso che la stessa, sotto il profilo oggettivo, si concretizza in un ausilio al sodalizio, la cui operatività sarebbe compromessa dall'arresto del vertice associativo, determinando un rafforzamento del suo potere oltre che di quello del soggetto favoreggiato e, sotto quello soggettivo, in quanto consapevolmente prestata in favore del capo riconosciuto, risulta sorretta dall'intenzione di favorire anche l'associazione».

In contrario, si oppone che l'aggravante esige essere «necessario» [«quale che sia la posizione associativa del favorito»: Sez. 6, n. 9735 del 10/12/2013 (dep. 2014), Megale, Rv. 259106-01, la quale ha nondimeno «ritenuto corretta la decisione impugnata nella parte in cui aveva affermato la sussistenza dell'aggravante in relazione ad indagato che aveva procurato ad un latitante, investito di posizione apicale in un sodalizio di stampo mafioso, un'abitazione in cui alloggiare per settimane, svolgendo inoltre per lo stesso mansioni di autista»] «che la condotta di agevolazione sia finalizzata a far sì che l'associazione mafiosa nel suo insieme tragga beneficio dall'attività svolta, non essendo sufficiente che serva gli interessi dei singoli associati, pur se collocati ai vertici del sodalizio criminale» (Sez. 5, n. 28648 del 17/03/2016, Zindato, Rv. 267300-01, in una fattispecie relativa a trasferimento fraudolento di valori).

Detto ciò, sembra di potersi affermare che l'orientamento propenso alla configurabilità dell'aggravante, per quanto colga l'esistenza di condotte che producono l'effetto obiettivo di ridondare, per il mero tramite del favorito, a vantaggio dell'intero sodalizio, ponga la *quaestio* dell'individuazione di una difficile linea di confine tra le stesse e quantomeno il concorso esterno, a ragione della necessaria efficienza causale del contributo del concorrente, in specie qualora il

sodalizio versi in stato di fibrillazione (cfr. Sez. U, n. 16 del 05/10/1994, Demitry, Rv. 199386-01), come peraltro tipicamente accade nei casi “usuali” di ricerche focalizzare sul rintraccio di latitanti di spicco oppure di protrazione dello stato detentivo di capi-mafia.

Crederesi di poter rinvenire una traccia dell'impostazione critica che si va proponendo nell'analisi della fattispecie oggetto di Sez. 5, n. 26699 del 25/02/2015, Maione e altri, Rv. 263989-01, che, adesiva dell'orientamento propenso alla configurabilità dell'aggravante, ha ritenuto immune da censure la sentenza impugnata per averne ritenuto la sussistenza sulla base di intercettazioni ambientali attestanti le difficoltà di funzionamento del gruppo criminale nel periodo in cui il favorito era stato detenuto.

7.7. Possibile cessazione della permanenza.

In riferimento alla possibile cessazione della partecipazione, le sentenze del 2021 aderiscono all'insegnamento tradizionale che vuole la partecipazione per la vita, a meno di traumatici eventi interruttivi.

Tale non è «la sopravvenuta malattia dell'affiliato», sebbene «suscettibile di impedirne, anche definitivamente, la partecipazione personale ai consessi ed alle attività operative dell'organizzazione», in quanto «non comporta l'automatica rescissione del *pactum sceleris*, ove tale condizione non determini la totale incapacità, fisica o psichica, di interfacciarsi con gli altri componenti della compagine criminale e, dunque, di prendere parte ai suoi processi decisionali» [Sez. 6, n. 3595 del 04/11/2020 (dep. 2021), T., Rv. 280349-02, intervenuta, peraltro, in un caso del tutto particolare, concernente la condotta di «un affiliato che, dopo l'insorgere della malattia, aveva continuato a partecipare alla vita associativa attraverso il proprio figlio, subentrato nel gruppo all'esito di un passaggio di consegne»].

Tale è invece, ovviamente, la «dissociazione», che – per giurisprudenza costante (cfr. da ult. Sez. 2, n. 18875 del 30/04/2021, Auriemma, Rv. 281287-01) – si trasfonde nell'attenuante speciale di cui all'art. 8 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, «sul mero presupposto dell'utilità obiettiva della collaborazione prestata», con la conseguenza che l'attenuante «non può pertanto essere disconosciuta, o, se riconosciuta, la sua incidenza nel calcolo della pena non può essere ridimensionata, in ragione di valutazioni inerenti alla gravità del reato o alla capacità a delinquere dell'imputato, ovvero alle motivazioni che hanno determinato l'imputato alla collaborazione».

8.1. Quattro ultimi profili problematici. Il “postino di mafia”.

Si riserva la parte finale del presente scritto a quattro profili problematici, cui merita di accennare in ragione delle oscillazioni applicative che, in alcuni casi da tempo, li attraversano.

Un primo profilo problematico ha riguardo alla qualificazione in termini di partecipazione o di “semplice” concorso esterno del “postino di mafia”.

Aderisce all’una alternativa la poc’anzi evocata **Sez. 6, n. 3595 del 2020 (dep. 2021), T., Rv. 280349-01**, ravvisante un’ipotesi di partecipazione “piena” in capo all’agente che «offre il proprio contributo materiale, con carattere continuativo e fiduciario, ai fini della trasmissione di messaggi e direttive tra il soggetto in posizione apicale latitante e gli appartenenti alla consorteria in libertà, così da consentire al primo di continuare a dirigere l’associazione mafiosa, in quanto tale attività si risolve in un contributo causale alla realizzazione del ruolo direttivo del sodalizio nonché alla conservazione ed al rafforzamento di quest’ultimo».

Aderisce invece all’altra **Sez. 2, n. 32076 del 28/01/2021, P.G. c. Scola, Rv. 281959-01**, ravvisante un’ipotesi di concorso esterno in capo all’*extraneus* (nella specie, il «figlio del locale capo-mafia, fattosi, in plurime circostanze, latore di messaggi, mediante "pizzini" e comunicazioni telefoniche, per stabilire luoghi e modalità di incontri cui il padre, sottoposto a sorveglianza speciale, doveva partecipare») che «curi la trasmissione di comunicazioni riservate tra un esponente di spicco del sodalizio ed altri soggetti interessati, con riferimento alle attività illecite del gruppo».

In realtà, ad una disamina più estesa della giurisprudenza in materia, la partita sembrerebbe giocarsi sul terreno della lunghezza dell’arco temporale di svolgimento dell’attività di recapito da parte dall’agente, dovendo tendenzialmente escludersi la rilevanza partecipativa a fronte di un suo coinvolgimento episodico o comunque sporadico, in quanto esso può essere bensì funzionale al governo di singole contingenze, ma di norma non assurge al livello di antecedente necessario all’esistenza in sé dell’associazione.

In tali termini, tra svariate pronunce, il concetto trovasi sviscerato soprattutto da Sez. 5, n. 26306 del 16/03/2018, Rv. 273336-01, D’Agostino, enunciante il principio secondo cui, per la configurabilità della qualifica di *intraneus*, «non è sufficiente la collaborazione episodica alla trasmissione di messaggi scritti (c.d. pizzini) tra il capo-cosca e soggetti affiliati [...], richiedendosi, invece, un’attività di carattere continuativo e fiduciario di "veicolatore abituale di notizie", idonea a fornire un contributo causale e volontario alla realizzazione dei fini del sodalizio criminale, nonché alla sua conservazione e rafforzamento» (principio in applicazione del quale la Corte ha annullato con rinvio l’impugnata ordinanza

cautelare in una fattispecie relativa alla consegna di messaggi, da parte dell'indagato, in due sole occasioni, non avendo spiegato i giudici di merito «come ave[ssero] tratto da tale dato di fatto il convincimento della stabilità del contributo del ricorrente».

8.2. Responsabilità delle figure di vertice (ed in specie dei componenti degli organi deliberativi di cosa nostra) per i reati-fine.

Un secondo profilo problematico riguarda la responsabilità delle figure di vertice per i reati-fine.

A questo riguardo, affiora prioritariamente un problema definitorio delle figure di vertice, il cui novero, nel linguaggio anche giurisprudenziale corrente, è talmente esteso da ricomprendere “capi” e però anche, sia consentito di così dire, “quadri intermedi”.

In realtà, in strutture propriamente verticistiche, come cosa nostra e, quantomeno a livello di singole cosce (e quindi non di associazione come tutto), la stessa 'ndrangheta, dovrebbe forse cominciarsi a distinguere i veri e propri vertici da chi, pur avendo ruoli organizzativi di spicco, non occupa posizioni di vertice.

Si coglie un segno dell'evocata distinzione – sia pure a fini diversi da quelli “operativi” che subito si analizzeranno – in una pronuncia degli inizi del 2021 intesa ad affermare che «"capo" è non solo il vertice dell'organizzazione, quando questo esista, ma anche colui che abbia incarichi direttivi e risolutivi nella vita del gruppo criminale e nel suo esplicarsi quotidiano in relazione ai propositi delinquenziali realizzati» (così **Sez. 2, n. 7839 del 12/02/2021, Serio, Rv. 280890-01**, circa ritenuti «gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 416-bis, comma secondo, cod. pen. a carico dell'indagato che risultava svolgere il ruolo di risolutore di controversie di portata rilevante, in materia di assegnazione di zone di competenza, per la realizzazione di lavori edili ed attività di "movimento terra"»).

Fatta tale puntualizzazione, con riferimento (per quel che è dato saperne) ad un esempio di organo di vertice “per eccellenza” delle storiche associazioni di tipo mafioso, ossia la cd. commissione provinciale di cosa nostra, è intervenuta **Sez. 5, n. 40294 del 05/10/2021, Madonia Salvatore Mario e altri, Rv. 282090-01**, sulla strage di via D'Amelio, riproponendo il principio per cui «la sola appartenenza all'organismo centrale di un'organizzazione criminale di stampo mafioso [...], investita del potere di deliberare in ordine alla commissione dei cosiddetti "omicidi eccellenti", pur costituendo un indizio rilevante, non ha, tuttavia, valenza dimostrativa univoca del contributo di ciascuno dei componenti

alla realizzazione del reato-fine, essendo necessario che ciascuno di questi, informato in ordine alla delibera da assumere, presti il proprio consenso, anche tacito, alla pianificazione dello specifico reato» [identicamente, in precedenza, Sez. 1, n. 42990 del 18/09/2008, Montalto e altri, Rv. 241820-01; Sez. 2, n. 3822 del 18/11/2005 (dep. 2006), Aglieri e altri, Rv. 233327-01; sostanzialmente negli stessi termini altresì Sez. 1, n. 13349 del 02/12/2003 (dep. 2004), Riina e altri, Rv. 228379-01; Sez. 5, n. 18845 del 30/05/2002 (dep. 2003), Aglieri, Rv. 226423-01]. Nondimeno, in **Sez. 5, n. 40294 del 2021**, «la partecipazione morale all'attentato stragista dell'appartenente all'organismo di vertice dell'associazione criminale era stata desunta dall'adesione silente prestata al momento deliberativo della strage da parte della "commissione di fine anno"», attraverso la formula del «consenso del silenzio» (cfr., in motivazione, par. 4.8.1, p. 61), che già in passato aveva positivamente passato il vaglio giurisprudenziale, allorquando s'era osservato che «è sufficiente ad integrare il concorso anche il comportamento silente eventualmente tenuto nel corso di una riunione di tale organismo deliberativo, nel corso della quale è stato conferito il mandato omicidiario, in quanto anche la sola presenza può significativamente rafforzare l'altrui proposito criminoso» (Sez. 2, n. 3822 del 2006).

Quel che qui si intende rimarcare è che una simile perentoria esclusione «di qualsiasi forma di anomala responsabilità di “posizione” o da “riscontro d'ambiente”» [Sez. 6, n. 3194 del 15/11/2007 (dep. 2008), Rv. 238402-01, P.M. in proc. Saltalamacchia] conosce, nondimeno, anche forme di attenuazione dei rigori del principio: le quali, però, in compenso, esigono l'emersione di precisi «elementi aggiuntivi» preordinati ad «una verifica rigorosissima circa l'effettiva “necessità” (cioè ineluttabilità) dell'inferenza proposta» [Sez. 6, n. 8929 del 17/09/2014 (dep. 2015), Tagliavia, Rv. 263654-01 (cfr., in motivazione, specialmente il par. 12.2, p. 25), riguardante una delle costole giudiziarie scaturite dalla strategia stragista elaborata da cosa nostra negli anni Novanta del secolo scorso]. Donde s'è ritenuta configurabile la responsabilità a titolo di concorso nel reato-fine ex art. 110 cod. pen. del capo-mandamento «qualora quest'ultimo – ancorché non sussista la prova che abbia partecipato alle riunioni della cd. commissione in cui si sia deliberato il delitto – sia, tuttavia, in virtù della [sua] qualità [...], membro di detta “commissione” e legato ai soggetti che all'epoca ne detenevano il controllo e [qualora il] delitto sia [stato] eseguito nel territorio appartenente al mandamento di cui egli abbia, quale capo, il controllo» (Sez. 5, n. 7660 del 31/01/2007, Virga e altri, Rv. 236523-01).

8.3. Misure di sicurezza.

Un terzo profilo problematico riguarda l'art. 417 cod. pen., a termini del quale «nel caso di condanna per i delitti previsti dai due articoli precedenti, è sempre ordinata una misura di sicurezza».

Rilevasi preliminarmente che la reiterata e protratta distrazione del legislatore rischia di rendere radicalmente inapplicabile l'art. 417 cod. pen., atteso che, a seguito delle stratificazioni codicistiche, i «due articoli precedenti», cui esso seguita a riferirsi, sono, ora, gli artt. 416-bis.1 e 416-ter cod. pen.: in particolare, l'art. 416-bis.1 cod. pen., che recupera le aggravanti di mafia e l'attenuante della dissociazione ex artt. 7 e 8 d.l. n. 152 del 1991, è stato inserito dall'art. 5, comma 1, lett. d), del decreto legislativo 1 marzo 2018, n. 21, il quale tuttavia non ha aggiornato anche l'art. 417 cod. pen., identicamente a quanto già in passato era capitato allorquando l'art. 11-ter d.l. n. 306 del 1992 *aveva inserito* l'art. 416-ter cod. pen.

Ad ogni modo, circa lo stato della giurisprudenza sull'art. 417 cod. pen., anche nel 2021, le due sentenze massimate che si occupano di detta previsione rendono conto di una divergenza applicativa ormai assodata, risalente a tempi non più recenti.

Secondo **Sez. 1, n. 33951 del 19/05/2021, Avallone, Rv. 281999-01**, infatti, l'applicazione della misura di sicurezza prevista dall'art. 417 cod. pen., «non richiede l'accertamento in concreto della pericolosità del soggetto, dovendosi ritenere operante una presunzione semplice, desunta dalle caratteristiche del sodalizio criminoso e dalla persistenza nel tempo del vincolo criminale di mutua solidarietà, che può essere superata quando siano acquisiti elementi dai quali si evinca l'assenza di pericolosità in concreto».

Secondo **Sez. 1, n. 7188 del 10/12/2020 (dep. 2021), Pavone, Rv. 280804-01**, al contrario, dopo la modifica introdotta dall'art. 31, comma 2, della legge 10 ottobre 1986, n. 633, l'applicazione di tutte le misure di sicurezza, compresa, per l'effetto, quella di cui all'art. 417 cod. pen., «può essere disposta, anche da parte del giudice della cognizione, soltanto dopo l'espresso positivo scrutinio dell'effettiva pericolosità sociale del condannato, da accertarsi in concreto sulla base degli elementi di cui all'art. 133 cod. pen. globalmente valutati, nonché delle allegazioni difensive, senza possibilità di far ricorso ad alcuna forma di automatismo tra condanna per il delitto di associazione di tipo mafioso ed applicazione della misura»: talché, «ai fini del suddetto concreto scrutinio, assumono rilievo, ad esempio, il ruolo occupato dal soggetto all'interno del sodalizio delinquenziale; la durata della sua affiliazione; la commissione da parte sua di un solo reato scopo o di una pluralità di essi; la natura e l'intensità dei suoi

legami con un numero limitato oppure significativo di appartenenti alla cosca; la formale condizione di collaboratore di giustizia».

Né, per amor di precisione, manca un orientamento intermedio [Sez. 6, n. 2025 del 21/11/2017 (dep. 2018), Ambesi, Rv. 272023-01], che sostiene come «l'applicazione della misura di sicurezza prevista dall'art. 417 cod. pen. non richied[a]» – in realtà – «l'accertamento in concreto della pericolosità del soggetto, dovendosi ritenere operante, una presunzione semplice, desunta dalle caratteristiche del sodalizio criminoso e dalla persistenza nel tempo del vincolo criminale, che può essere superata quando siano acquisiti elementi, quale la collaborazione del soggetto condannato con l'autorità giudiziaria, idonei ad escludere in concreto tale pericolosità». Si noti che la natura semplice della presunzione tiene conto dell'espunzione dall'ordinamento della pericolosità sociale presunta “ex lege” ad opera dell'art. 31 della legge n. 663 del 1986 [Sez. 1, n. 6847 del 29/10/2007 (dep. 2008), Rv. 238651-01, Abbate e altri].

8.4.1. Presunzione di cui all'art. 275, comma 3, secondo periodo, cod. proc. pen.: introduzione.

Un quarto ed ultimo profilo problematico riguarda uno dei temi processuali più dibattuti in giurisprudenza, ossia l'ambito di operatività dell'art. 275, comma 3, secondo periodo, cod. proc. pen., a termini del quale, «quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli articoli 270, 270-bis e 416-bis del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari».

Tale disposizione pone una presunzione di adeguatezza unicamente della misura massima, che, peraltro, parrebbe trovare ragion d'essere a fronte soltanto d'una contestazione di partecipazione, e non anche di concorso esterno, atteso che Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48, nel vigore della previgente disciplina, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'equiparazione del concorso esterno alla partecipazione (Sez. 6, n. 14803 del 08/04/2020, Rv. 278851-01, Ruggirello).

Ulteriormente, a ben guardare, la presunzione non è unica, ma duplice: «relativa quanto alla sussistenza delle esigenze cautelari ed assoluta con riguardo all'adeguatezza della misura carceraria» [così Sez. 5, n. 51742 del 13/06/2018, Pergola, Rv. 275255-01, cui *adde* altresì Sez. 1, n. 23113 del 19/10/2018 (dep. 2019), Fotia, Rv. 276316-01].

A questo punto, l'esposizione deve articolarsi in due diramazioni: quella concernente la duplice presunzione considerata nella sua globalità e quella concernente presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari.

8.4.2. (Segue) Ambito di applicabilità della presunzione.

Rispetto alla duplice presunzione considerata nella sua globalità, essa è stata ritenuta applicabile anche al delitto tentato aggravato ai sensi dell'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 (ora art. 416-bis.1 cod. pen.), in quanto il generico riferimento dell'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. ai «delitti», indipendentemente dallo specifico titolo di reato, deve intendersi comprensivo di ogni delitto, sia consumato che tentato.

All'indicata conclusione aderisce **Sez. 1, n. 38603 del 23/06/2021, Cannistrà, Rv. 282049-01**, nella scia di Sez. 2, n. 22096 del 03/07/2020, Chioccarelli, Rv. 279771-01.

Essa tuttavia non è affatto pacifica.

Di opposto avviso, infatti, è Sez. 3, n. 7057 del 09/07/2018 (dep. 2019), B., Rv. 275006-01, che riferisce l'art. 275, comma 3, cod. proc. pen. alle sole ipotesi di reato consumato *in* previste, senza alcuna possibilità di estensione alle corrispondenti fattispecie commesse nella forma tentata, a cagione della natura autonoma del tentativo.

8.4.3. (Segue) Presunzione (relativa) di sussistenza delle esigenze cautelari.

Rispetto, infine, alla presunzione (relativa) di sussistenza delle esigenze cautelari, discussa ne è l'operatività in relazione al cd. tempo silente, alla stregua di diversità di accenti che si riflettono anche nella produzione giurisprudenziale dell'ultimo anno.

Infatti, un'opinione apparentemente maggioritaria sostiene che essa «non è superata per effetto del decorso di un tempo considerevole tra l'emissione della misura e i fatti contestati qualora risultino accertate la consolidata esistenza dell'associazione, la pregressa partecipazione alla stessa dell'indagato e la sua perdurante adesione ai valori del sodalizio» (Sez. 6, n. 19787 del 26/03/2019, Bonforte, Rv. 275681-01), talché – come ultimamente precisato – è superabile «solo con il recesso dell'indagato dall'associazione o con l'esaurimento dell'attività associativa, mentre il cd. "tempo silente" (ossia il decorso di un apprezzabile lasso di tempo tra l'emissione della misura e i fatti contestati) non può, da solo, costituire prova dell'irreversibile allontanamento dell'indagato dal sodalizio, potendo essere valutato esclusivamente in via residuale, quale uno dei possibili elementi (tra cui, ad esempio, un'attività di collaborazione o il trasferimento in altra zona territoriale) volto a fornire la dimostrazione, in modo obiettivo e concreto, di una situazione indicativa dell'assenza di esigenze cautelari» (**Sez. 2,**

n. 38848 del 14/07/2021, Giardino, Rv. 282131-01; Sez. 2, n. 7837 del 12/02/2021, Manzo, Rv. 280889-01).

Una diversa opinione, apparentemente minoritaria, sostiene invece che, «pur operando una presunzione "relativa" di sussistenza delle esigenze cautelari, il tempo trascorso dai fatti contestati, alla luce della riforma di cui alla legge 16 aprile 2015, n. 47, e di una esegesi costituzionalmente orientata della stessa presunzione, deve essere espressamente considerato dal giudice, ove si tratti di un rilevante arco temporale non segnato da condotte dell'indagato sintomatiche di perdurante pericolosità (cd. tempo silente), che può rientrare tra gli "elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari", cui si riferisce lo stesso art. 275, comma 3, cod. proc. pen.» (Sez. 1, n. 42714 del 19/07/2019, Terminio, Rv. 277231-01; Sez. 3, n. 6284 del 16/01/2019, Pianta, Rv. 274861-01). Conseguentemente, e qui emerge in tutta la sua portata la permanenza delle divergenze interpretative, «il giudice ha l'obbligo di motivare puntualmente, su impulso di parte o d'ufficio, in ordine alla rilevanza del tempo trascorso sull'esistenza e sull'attualità delle esigenze cautelari, anche nel caso in cui, trattandosi di reati associativi o di delitto aggravato dall'art. 7 della legge n. 203 del 1991 (ora art. 416-bis.1 cod. pen.), non risulti la dissociazione dell'indagato dal sodalizio criminale» (Sez. 6, n. 19863 del 04/05/2021, Scozzafava, Rv. 281273-02).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

- Sez. U, n. 36958 del 27/05/2021, Modaffari, Rv. 281889-01 e Rv. 281889-02
Sez. 5, n. 40294 del 05/10/2021, Madonia Salvatore Mario e altri, Rv. 282090-01
Sez. 2, n. 38831 del 17/09/2021, Cicciù, Rv. 282199-04
Sez. 5, n. 32767 del 15/07/2021, Capaldo, Rv. 281870-01
Sez. 2, n. 38848 del 14/07/2021, Giardino, Rv. 282131-01
Sez. 1, n. 38603 del 23/06/2021, Cannistrà, Rv. 282049-01
Sez. 2, n. 34615 del 10/06/2021, Desio, Rv. 281961-01
Sez. 2, n. 31920 del 04/06/2021, P.G. c. Alampi, Rv. 281811-03
Sez. 1, n. 33951 del 19/05/2021, Avallone, Rv. 281999-01
Sez. 1, n. 22751 del 06/05/2021, Ferraiuolo, Rv. 281545-01
Sez. 6, n. 19863 del 04/05/2021, Scozzafava, Rv. 281273-02
Sez. 2, n. 18875 del 30/04/2021, Auriemma, Rv. 281287-01
Sez. 5, n. 20900 del 26/04/2021, Gattuso, Rv. 281375-01
Sez. 2, n. 2390 del 01/04/2021, Aieta, Rv. 281463-02
Sez. 1, n. 19092 del 09/03/2021, P.G. c. Zambetti, Rv. 281410-01
Sez. 4, n. 11470 del 09/03/2021, Scarcello, Rv. 280703-02
Sez. 2, n. 12362 del 02/03/2021, Mazzagatti, Rv. 280997-01
Sez. 5, n. 14888 del 17/02/2021, D'Onofrio, Rv. 281040-02
Sez. 2, n. 7839 del 12/02/2021, Serio, Rv. 280890-01
Sez. 2, n. 7837 del 12/02/2021, Manzo, Rv. 280889-01
Sez. 6, n. 23241 del 11/02/2021, Barbato, Rv. 281522-02
Sez. 2, n. 32076 del 28/01/2021, P.G. c. Scola, Rv. 281959-01
Sez. 2, n. 17347 del 26/01/2021, Anfelini, Rv. 281217-07
Sez. 6, n. 4680 del 20/01/2021, Raiano, Rv. 280595-01
Sez. 6, n. 16543 del 19/01/2021, Barbaro, Rv. 281054-01
Sez. 1, n. 20135 del 16/12/2020 (dep. 2021), Ciano, Rv. 281283-01
Sez. 1, n. 7188 del 10/12/2020 (dep. 2021), Pavone, Rv. 280804-01
Sez. 6, n. 3595 del 04/11/2020 (dep. 2021), T., Rv. 280349-02
Sez. U, n. 14535 del 19/12/2006 (dep.2007), Librato, Rv. 235910-01
Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231670-01
Sez. U, n. 16 del 05/10/1994, Demitry, Rv. 199386-01
Sez. 2, n. 22096 del 03/07/2020, Chioccarelli, Rv. 279771-01
Sez. 6, n. 14803 del 08/04/2020, Rv. 278851-01, Ruggirello
Sez. 1, n. 14823 del 28/02/2020, Balivo, Rv. 279061-01
Sez. 6, n. 18125 del 22/10/2019 (dep. 2020), Bolla Claudio

Sez. 1, n. 42714 del 19/07/2019, Termino, Rv. 277231-01
Sez. 6, n. 32373 del 04/06/2019, Aiello, Rv. 276831-02
Sez. 6, n. 19787 del 26/03/2019, Bonforte, Rv. 275681-01
Sez. 1, n. 15768 del 15/03/2019, Nesci e altro
Sez. 3, n. 6284 del 16/01/2019, Pianta, Rv. 274861-01
Sez. 1, n. 23113 del 19/10/2018 (dep. 2019), Fotia, Rv. 276316-01
Sez. F, n. 56596 del 03/09/2018, Balsebre, Rv. 274753-02
Sez. 3, n. 7057 del 09/07/2018 (dep. 2019), B., Rv. 275006-01
Sez. 5, n. 51742 del 13/06/2018, Pergola, Rv. 275255-01
Sez. 5, n. 26306 del 16/03/2018, Rv. 273336-01, D'Agostino
Sez. 6, n. 2025 del 21/11/2017 (dep. 2018), Ambesi, Rv. 272023-01
Sez. 2, n. 28950 del 18/05/2017, Barranca
Sez. 2, n. 18773 del 31/03/2017, Lee, Rv. 269747-01
Sez. 2, n. 8461 del 24/01/2017, De Notari, Rv. 269121-01
Sez. 6, n. 44667 del 12/05/2016, Camarda, Rv. 268677-01
Sez. 5, n. 28648 del 17/03/2016, Zindato, Rv. 267300-01
Sez. 5, n. 26699 del 25/02/2015, Maione e altri, Rv. 263989-01
Sez. 6, n. 8929 del 17/09/2014 (dep. 2015), Tagliavia, Rv. 263654-01
Sez. 6, n. 9735 del 10/12/2013 (dep. 2014), Megale, Rv. 259106-01
Sez. 1, n. 42990 del 18/09/2008, Montalto e altri, Rv. 241820-01
Sez. 6, n. 3194 del 15/11/2007 (dep. 2008), Rv. 238402-01, P.M. in proc.
Saltalamacchia
Sez. 1, n. 6847 del 29/10/2007 (dep. 2008), Rv. 238651-01, Abbate e altri
Sez. 5, n. 7660 del 31/01/2007, Virga e altri, Rv. 236523-01
Sez. F, n. 38236 del 03/09/2004, Iovino, Rv. 229648-01
Sez. 2, n. 3822 del 18/11/2005 (dep. 2006), Aglieri e altri, Rv. 233327-01
Sez. 1, n. 13349 del 02/12/2003 (dep. 2004), Riina e altri, Rv. 228379-01
Sez. 5, n. 18845 del 30/05/2002 (dep. 2003), Aglieri, Rv. 226423-01
Sez. 6, n. 2402 del 23/06/1999, D'Alessandro, Rv. 214923-01
Sez. 1, n. 13008 del 28/09/1998, Bruno e altri, Rv. 211898-01
Sez. 5, n. 4307 del 19/12/1997, Magnelli, Rv. 211071-01
Sez. 6, n. 9079 del 06/06/1995, Moneleone e altri, Rv. 202186-01
Sez. 2, n. 4150 del 13/10/1983 (dep. 1984), Avantario, Rv. 164056-01
Provvedimento del Primo Presidente Aggiunto in data 17-23/07/2019

Sentenze della corte costituzionale

Corte cost., 25 febbraio 2015, n. 48

CAPITOLO VI

AFFILIAZIONE RITUALE, GRAVE INDIZIO DI PARTECIPAZIONE AD ASSOCIAZIONE DI TIPO MAFIOSO. ANALISI DEGLI SNODI PRINCIPALI DELLA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA N. 36958 DEL 2021 E SPUNTI DI RIFLESSIONE

(ANDREA ANTONIO SALEMME)

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2.1. Orientamenti in contrasto. L'orientamento causale-agevolatorio. 2.2. (Segue) L'orientamento organizzatorio puro. 2.3. (Segue) L'orientamento misto. 3. Principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite e rilievi in ordine al loro inquadramento. 4. Rapporti logici tra definizione della condotta partecipativa e rilevanza dell'affiliazione rituale. 5. Essenziale "spessore probatorio" della sentenza delle Sezioni Unite. 6. Problemi inerenti all'afferenza della sentenza ad un procedimento de libertate. 7. Affiliazione rituale, grave indizio di (colpevolezza in ordine alla) partecipazione. 8. Possibile incidenza, sull'interpretazione della portata della sentenza, dei limiti del sindacato di legittimità su un'ordinanza cautelare. 9. Duplice necessità avvertita dalle Sezioni Unite: arginare la deriva dell'affermazione di sufficienza della sola adesione formale e precisare l'imperfetta formulazione dell'art. 416, comma primo, cod. pen. 10.1. Osservazioni su detta duplice necessità. Quanto al primo profilo 10.2. (Segue) ... e quanto al secondo. 10.3. (Segue) ... con particolare riguardo alla non coincidenza tra la sentenza in commento e gli arresti precedenti. 11. Natura del reato di cui all'art. 416-bis cod. pen. secondo le Sezioni Unite. 12. Affermata dimensione di "danno" e rilievi critici. 13.1. Condotta di partecipazione: il richiamo delle Sezioni Unite alla sentenza Mannino 2. 13.2. Lettura della sentenza Mannino 2 proposta dalle Sezioni Unite. 13.3. Duplice conclusione, sostanziale e processuale, che le Sezioni Unite ricavano dalla sentenza Mannino 2. 14. Affiliazione rituale e necessità, secondo le Sezioni Unite, di conferme derivanti da «condotte di militanza associativa». 15. Prospettive conclusive di riflessione.

1. Introduzione.

Non può revocarsi in dubbio che la sentenza delle **Sezioni Unite Penali n. 36958 del 27/05/2021, Modaffari e altro**, rappresenti una pronuncia di ampio respiro sistematico sul delitto di partecipazione ad un'organizzazione di tipo mafioso, ai sensi dell'art. 416, comma primo, cod. pen., in quanto affronta una serie di questioni non propriamente coincidenti con la questione controversa, ritenute nondimeno preliminari alla risoluzione della stessa.

Invero, leggendo nel complesso la sentenza, se ne coglie la trama, a termini della quale la risoluzione della questione controversa – così formulata alla luce della sintesi posta dall'Ufficio del Massimario: *«Se la mera affiliazione ad un'associazione a delinquere di stampo mafioso cosiddetta storica, nella specie 'ndrangheta, effettuata secondo il rituale previsto dall'associazione stessa, costituisca fatto idoneo a fondare un giudizio di responsabilità in ordine alla condotta di partecipazione, tenuto conto della formulazione dell'art. 416-bis cod. pen. e della struttura del relativo reato»* – non avrebbe

potuto prescindere sia dalla definizione della condotta di partecipazione sia anche, ancor più a ritroso, dall'inquadramento in sé del delitto di partecipazione.

Ne è scaturita una lunga parte, per così dire, “introduttiva” rispetto alla trattazione della questione controversa, che, a mo’ di cerchi concentrici, dapprima delinea contorni e natura del delitto di partecipazione; indi descrive la condotta partecipativa; infine affronta *funditus* il *thema* della rilevanza dell'affiliazione rituale.

2.1. Orientamenti in contrasto. L'orientamento causale-agevolatorio.

Con specifico, ma, per quanto detto, “limitato” riferimento alla questione controversa, gli orientamenti che si contendevano il campo erano tre: ai due poli, uno più ed uno meno restrittivo; al centro, uno intermedio.

L'orientamento più restrittivo proponeva un approccio – comune, in linea di principio, a quello intermedio – a termini del quale l'affiliazione formale costituisce “uno” degli svariati indici fattuali di intraneità, che non può di per sé essere sufficiente a fondare un giudizio di colpevolezza per condotta partecipativa [cfr., per limitarsi alle sole pronunce più recenti, Sez. 5, n. 38786 del 23/05/2017, De Caro, Rv. 271205-01; Sez. 5, n. 50864 del 03/11/2016, P.M. in proc. Monteleone, Rv. 268445-01; Sez. 5, n. 4864 del 17/10/2016, Di Marco, Rv. 269207-01; Sez. 6, n. 46070 del 21/07/2015, Alcaro e altri, Rv. 265536-01; Sez. 6, n. 39112 del 20/05/2015, PG Torino c. Catalano Giovanni e altri; Sez. 1, n. 39543 del 24/06/2013, Fontana, Rv. 257447-01; Sez. 2, n. 49691 del 15/10/2004 Andreotti, Rv. 233070-01; Sez. 6, n. 12537 del 05/10/2000, Di Carlo, Rv. 218559-01].

L'orientamento in disamina tradiva un approccio causale, nella forma però (solo) agevolatrice: approccio evidente anche in quelle sentenze pure proiettate a non disconoscere una parallela validità di qualificazioni organizzatorie (Sez. 1, n. 55359 del 17/06/2016, Pesce e altri).

2.2. (Segue) L'orientamento organizzatorio puro.

Agli antipodi di quello causale-agevolatorio si poneva un orientamento meno restrittivo, aderente, in buona sostanza, ad un modello organizzatorio puro, siccome volto ad affermare la punibilità a titolo di partecipazione di colui il quale risulti essere – o essere anche semplicemente indicato come – parte dell'associazione.

L'orientamento di cui si tratta – a dispetto, per vero, di affermazioni ricorrenti in dottrina – trovava solo sparute affermazioni in giurisprudenza, in specie con riferimento a pronunce inclini ad argomentare il modello organizzatorio puro in schietta contrapposizione al modello causale, escludendo alcun rilievo – al di là

dell'assunzione, da parte del partecipe, del ruolo di componente del gruppo – altresì del compimento di specifici atti esecutivi del programma criminoso [cfr. *funditus* Sez. 2, n. 18559 del 13/03/2019, Zindato, Rv. 276122-01; Sez. 2, n. 55141 del 16/07/2018, Galati Fortunato, Rv. 274250-01; Sez. 2, n. 56088 del 12/10/2017, Agostino e altri, Rv. 271698-01; Sez. 2, n. 27394 del 10/05/2017, Pontari e altri, Rv. 271169-01; Sez. 5, n. 6882 del 06/11/2015, Morabito Giovanni e altri].

2.3. (Segue) L'orientamento misto.

Tra i due esposti emergeva un orientamento intermedio, che nasceva come derivazione di quello meno restrittivo, rispetto al quale proponeva però un modello (non organizzatorio puro, ma) misto, ossia organizzatorio-causale, ritenendo che, dimostrata l'affiliazione, essa di per sé fosse causalmente idonea alla realizzazione del macro-evento associativo, in guisa da integrare “per ciò solo” forma e contenuti della partecipazione.

Donde, per l'orientamento intermedio, l'efficienza causale della partecipazione era insita nell'affiliazione [cfr. soprattutto Sez. 5, n. 27672 del 03/06/2019, P.M. c. Geraci Giovanni, Rv. 276897-01; Sez. 5, n. 49793 del 05/06/2013, Spagnolo, Rv. 257826-01; Sez. 2, n. 23687 del 03/05/2012, D'Ambrogio e altri, Rv. 253222-01; Sez. 2, n. 2350 del 21/12/2004 (dep. 2005), Papalia e altri, Rv. 230718-01; Sez. 6, n. 26119 del 09/05/2003, Cottone e altri, Rv. 228303-01; Sez. 2, n. 5343 del 28/01/2000, Olivieri, Rv. 215908-01].

3. Principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite e rilievi in ordine al loro inquadramento.

Così fugacemente illustrati gli orientamenti in contrasto, il modo di procedere delle Sezioni Unite per dare soluzione alla questione controversa oltre la dimensione della stessa, secondo quanto anticipato in apertura, desta sicuramente l'interesse degli studiosi della materia per l'ampiezza dell'approccio ad un tema centrale nello studio della condotta partecipativa e la solidità degli approfondimenti sistematici.

Nondimeno, astrattamente, potrebbe non sottrarsi a riflessioni problematiche.

Sembrerebbe sorgere questione, infatti, anzitutto con riferimento all'effettiva individuazione del principio di diritto enunciato a fini nomofilattici.

Al termine della disamina dei vari orientamenti della giurisprudenza sulle diverse questioni affrontate, infatti, le sezioni Unite espressamente affermano due

principi, di cui l'uno dedicato alla condotta di partecipazione e l'altro all'affiliazione rituale.

Quello dedicato alla condotta di partecipazione recita che *«la condotta di partecipazione ad associazione di tipo mafioso si caratterizza per lo stabile inserimento dell'agente nella struttura organizzativa dell'associazione, idoneo, per le specifiche caratteristiche del caso concreto, ad attestare la sua “messa a disposizione” in favore del sodalizio per il perseguimento dei comuni fini criminosi»* (Rv. 281889-01).

Quello dedicato all'affiliazione rituale recita che *«l'affiliazione rituale può costituire grave indizio della condotta partecipativa, ove la stessa risulti, sulla base di consolidate e comprovate massime d'esperienza e degli elementi di contesto che ne evidenzino serietà ed effettività, espressione di un patto reciprocamente vincolante e produttivo di un'offerta di contribuzione permanente tra affiliato ed associazione», con la specificazione che «tra gli indici valutabili dal giudice, la qualità dell'adesione ed il tipo di percorso che l'ha preceduta, la dimostrata affidabilità criminale dell'affiliando, la serietà del contesto ambientale in cui la decisione è maturata, il rispetto delle forme rituali, con riferimento, tra l'altro, ai poteri di chi propone l'affiliando, di chi lo presenta e di chi officia il rito, la tipologia del reciproco impegno preso e la misura della disponibilità pretesa od offerta»* (Rv. 281889-02).

A misura che si ritenesse che il potere delle Sezioni Unite di affermare un principio di diritto vincolante (pur in termini non assoluti, alla stregua dell'art. 618, comma 1-bis, cod. proc. pen.) si correli esclusivamente allo stretto ambito della questione controversa loro devoluta, potrebbe non essere peregrino sostenere che, nel caso di specie, l'unico vero principio coincida con il secondo dei due riportati, poiché esso soltanto ha riguardo all'affiliazione rituale. Talché il primo, quello cioè sulla condotta di partecipazione, assumerebbe la valenza di alcunché di assimilabile ad un *obiter dictum*: con dovuta cautela, ovviamente, nel predicare classificazioni, trattandosi di un enunciato pur sempre non ultroneo rispetto al percorso giustificativo conducente alla proclamazione del principio “autentico” (il secondo), siccome “implicato” nello stesso, eppure – potrebbe in definitiva sostenersi – da questo esulante e dunque, nonostante l'autorevolezza sia della pronuncia in sé che viepiù della fonte, non propriamente vincolante per le Sezioni semplici.

4. Rapporti logici tra definizione della condotta partecipativa e rilevanza dell'affiliazione rituale.

D'altronde, portando alle estreme conseguenze il discorso, l'autorevolezza della pronuncia in sé non potrebbe in radice essere invocata allo scopo di attribuire una speciale rilevanza all'*obiter dictum* (Rv. 281889-01) in funzione dell'enunciazione di un principio di diritto propriamente detto (Rv. 281889-02)

qualora fossero addotti argomenti – come ben, sul piano logico-argomentativo, è possibile – per affermare che la definizione della condotta partecipativa non è prodromicamente essenziale per dare risposta all’interrogativo della rilevanza dell’affiliazione rituale.

Una tale posizione, in effetti, parrebbe coincidere con quella assunta dal Procuratore Generale presso la Corte di cassazione, alla luce della sintesi della sua requisitoria proposta dal «*Ritenuto in fatto*» della sentenza in commento. Invero, ad avviso dell’Ufficio della Procura Generale, *«la valutazione delle conseguenze penali della sola affiliazione rituale all’associazione mafiosa non costituisce una questione di diritto sulla struttura della partecipazione, bensì una questione di prova della possibilità di inferire da quella condotta, nello specifico contesto probatorio e in relazione alla realtà criminale quale ricostruita nel processo, la certezza della condotta di partecipazione»*.

A mente di siffatta impostazione dell’Ufficio della Procura Generale, il significato dell’affiliazione condotta in ossequio al rito previsto dalla singola associazione resta relegato all’efficacia “probatoria” – e sottolineasi l’impiego di questo aggettivo – dell’acquisizione procedimentale del dato storico in sé e per sé considerato, al fine di ritenere integrata o meno (ossia, come altrimenti suole dire, di “inferirne” o meno), non già «la certezza della condotta di partecipazione», quanto piuttosto la dimostrazione (adeguata agli *standard* propri della fase procedimentale) di detta condotta.

L’impostazione patrocinata dalla Procura Generale, non seguita ma, come tosto si vedrà, neppure disattesa dalle Sezioni Unite, relega(va), dunque, la questione della ritualità dell’affiliazione a mero «*problema di prova*».

5. Essenziale “spessore probatorio” della sentenza delle Sezioni Unite.

A questo punto, rileva che anche le Sezioni Unite – in via complementare rispetto «*al profilo della tipicità*», concernente «*l’individuazione del minimum della condotta di partecipazione punibile*» – si soffermano assai ampiamente sul tema della “prova” della partecipazione in ragione dei cd. «*indici sintomatici della partecipazione, tra cui si colloca, in primis, l’avvenuto compimento di un rituale di affiliazione*».

In particolare, le Sezioni Unite, richiamato e condiviso l’insegnamento di Sez. U, n. 30 del 27/09/1995, Mannino, Rv. 202904-01 (*breviter*, Mannino 1), non solo ritengono di attribuire alla ricostruzione che di detto insegnamento prospettano una centrale «*dimensione probatoria, perché è solo sulla scorta delle evidenze disponibili che sarà possibile valutare se, per le caratteristiche assunte dal caso concreto, la compenetrazione nel tessuto criminale abbia generato o meno un’effettiva “messa a disposizione”*», ma altresì sottolineano che «*l’errore concettuale in cui sono incorse molte pronunce è stato quello di includere quali elementi del fatto tipico gli indicatori di intraneità individuati dalla sentenza*

“Mannino” in via meramente esemplificativa, rilevanti esclusivamente nella dimensione probatoria nel rispetto del principio di legalità formale».

Entrambe le superiori affermazioni delle Sezioni Unite chiaramente indirizzano ad apprezzare lo “spessore probatorio” della sentenza che ne occupa, anche – sia consentito di aggiungere – nelle parti in cui essa non affronta, in senso stretto, il tema della prova, per modo che, *in limine*, il primo dei due principi di diritto enunciati (Rv. 281889-01) potrebbe prestarsi ad essere letto, non già semplicemente in collegamento con il secondo, ma, analogamente ad esso, in (quantomeno concorrente, se non prevalente) chiave probatoria.

6. Problemi inerenti all’afferenza della sentenza ad un procedimento de libertate.

Nondimeno – e qui si introduce un ulteriore angolo di visuale, per certi versi ancor più problematico del precedente – finanche la chiave probatoria del secondo, e con esso del primo, principio di diritto è suscettibile di eventualmente esporsi a ragioni di dubbio, per essere intervenuta la sentenza delle Sezioni Unite in un procedimento *de libertate*.

È noto, infatti, che, in questo tipo di procedimento, vengono in rilievo spiccati elementi di differenziazione rispetto al giudizio.

Uno di essi è quello di cui rende conto una pronuncia non recente, ma ancora ultimamente ripresa e ribadita, a termini della quale, *«in tema di misure cautelari personali», «per la loro applicazione», è «necessaria una probatio minor di quella richiesta per la condanna, essendo sufficiente una qualificata probabilità di colpevolezza»*, quantunque occorra *«che la identificazione del soggetto nei confronti del quale si procede sia certa»* (Sez. 5, n. 9192 del 07/02/2007, Valletlunga, Rv. 236258-01, ribadita, come dicevasi, da Sez. 3, n. 30056 del 25/02/2021, Martella).

Talché, in seno al contesto stesso del discorso probatorio condotto dalle Sezioni Unite, che tuttavia non affrontano il crinale problematico di cui si discute, si apre una fenditura volta a diversamente illuminare il *thema* della prova in senso stretto ed il *thema* dei gravi indizi di colpevolezza, i quali costituiscono una sorta di *semiplena probatio*: bastevole bensì a legittimare l’emissione d’una misura cautelare, ma non automaticamente trasponibile in sede giudiziale per fondare una pronuncia di condanna secondo il canone dell’oltre ogni ragionevole dubbio.

7. Affiliazione rituale, grave indizio di (colpevolezza in ordine alla) partecipazione.

Lo scenario che, dunque, viene a maturare è decisamente complesso, dal momento che, assunte a base del ragionamento le affermazioni delle Sezioni

Unite in ordine all'essenzialità probatoria dell'insegnamento della sentenza Mannino 1 circa la condotta di partecipazione, sorge l'interrogativo di quanta parte di tali affermazioni conservi validità ai fini della valutazione di sussistenza, non della *plena*, ma della *semiplena probatio* cautelare: la risposta dovrebbe aversi nel secondo dei principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite (Rv. 281889-01), ove, tuttavia, con esclusivo riguardo al segmento dell'affiliazione rituale, è forse significativo che le medesime non ragionino *expressis verbis* di gravi indizi di colpevolezza, ma di gravi indizi *tout court*, rendendo conseguentemente labile il confine tra giudizio propriamente detto e cautela.

Non solo.

La proclamazione che l'affiliazione rituale costituisce grave indizio – finalizzato, secondo la massima proposta dall'Ufficio del Massimario ma non anche secondo il tenore letterale del *dictum* delle Sezioni Unite («Nel rispetto del principio di materialità ed offensività della condotta, l'affiliazione rituale può costituire indizio grave della condotta di partecipazione al sodalizio [...]»), all'emissione d'una misura cautelare personale e quindi da inquadrarsi nello schema dei gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273 cod. proc. pen. e non (o non anche) nello schema degli indizi di cui all'art. 192 cod. proc. pen.

- costituisce, per un verso, la presa d'atto d'una costante esperienza della giurisprudenza di merito, che giammai ha ritenuto essere la celebrazione del rito associativo *tamquam non esset*, facendola conseguentemente assurgere “quantomeno” ad indizio;

- e lascia aperto, per altro verso, il discorso della necessità di “completamento” (e dei modi per raggiungere un tale risultato) della “piattaforma indiziaria”: problema che, per vero, assume un'omologa caratterizzazione anche sul parallelo piano della *plena probatio*, ossia della dimostrazione giudiziale, una volta che si consideri come gli indizi abbisognino di riscontro.

Talché, al cospetto d'una non spiccata caratterizzazione semantica del secondo principio di diritto siccome testualmente proclamato dalle Sezioni Unite in sentenza, principio esitante in una soluzione interpretativa “più caratterizzata” nella massima estratta dall'Ufficio del Massimario, il *punctum pruriens*, più sul lato del giudizio che sul lato del procedimento cautelare, riguarda (in una speculazione tutta interna alla dinamica probatoria, a prescindere, cioè, dai costrutti di fattispecie) le ragioni d'una caratterizzazione solo in termini di grave indizio e non in termini di prova d'un dato di realtà qual è l'affiliazione rituale.

8. Possibile incidenza, sull'interpretazione della portata della sentenza, dei limiti del sindacato di legittimità su un'ordinanza cautelare.

V'è peraltro un secondo elemento di differenziazione del procedimento cautelare rispetto al giudizio suscettibile di proporre un supplemento di riflessione sui principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite.

Esso è rappresentato dai limiti del sindacato di legittimità in relazione ad un provvedimento applicativo di misura cautelare.

Più precisamente, a fronte del rilievo che, dinanzi alle Sezioni Unite, con il primo motivo del ricorso per cassazione, era eccepito un vizio di motivazione dell'ordinanza impugnata in quanto *«gravemente debitrice di una reale ed effettiva confutazione delle deduzioni difensive tese a dimostrare la mancanza di un compendio logico-fattuale tale da permettere una qualificazione giuridica della condotta dei ricorrenti alla stregua di un “fatto” di partecipazione ex art. 416-bis cod. pen.[.] anche se ai soli fini della valutazione del presupposto della gravità indiziaria»*, trova ragione di emersione quella giurisprudenza (peraltro autorevole e costante) a termini della quale i poteri di apprezzamento della Corte regolatrice in ordine al vizio di motivazione d'un provvedimento *de libertate* per vizio di motivazione attingono unicamente la congruenza del percorso motivazionale seguito dal giudice di merito sotto il profilo della rispondenza dell'estimazione degli elementi indizianti *«ai canoni della logica e ai principi di diritto che governano l'apprezzamento delle risultanze probatorie»* (Sez. U, n. 11 del 22/03/2000, Audino, Rv. 215828-01), ma non anche una diversa valutazione delle circostanze emergenti agli atti, siccome (già) valutate da detto giudice (Sez. 2, n. 27866 del 17/06/2019, Mazzelli, Rv. 276976-01).

9. Duplice necessità avvertita dalle Sezioni Unite: arginare la deriva dell'affermazione di sufficienza della sola adesione formale e precisare l'imperfetta formulazione dell'art. 416, comma primo, cod. pen.

Fatte le superiori puntualizzazioni, nella progressione motivazionale della sentenza in commento – secondo il tracciato che poc'anzi s'è cercato di illuminare – verso l'approdo della risoluzione della *quaestio* relativa all'entità della rilevanza dell'affiliazione rituale, un momento essenziale è rappresentato dalla disamina della natura del delitto di partecipazione.

I “profili” che legittimano le Sezioni Unite, le quali ne rendono esplicitamente conto, ad addentrarsi in tale disamina sono due:

- il primo, di carattere generale-sistemico, è enunciato in apertura della discussione in diritto, laddove Esse – riassumendo i contenuti dell'ordinanza di rimessione, che ritengono metta in guardia dal rischio d'una doppia *«deriva ermeneutica»*, costituita dalla *«sufficienza, attraverso indebiti automatismi probatori, della*

sola adesione formale ad una cosca criminale ai fini della configurabilità del delitto di partecipazione ad associazione mafiosa» e dalla «necessità della realizzazione di condotte causali strumentalmente orientate verso gli obiettivi dell'associazione ai fini della punibilità» – si proiettano alla «ricerca di un punto di equilibrio tra l'esigenza di non lasciare impunte forme di reità di particolare allarme sociale e il rispetto dei principi costituzionali in materia penale»;

- il secondo, di carattere particolare-esegetico, afferisce direttamente alla formulazione dell'art. 416-bis, comma primo, cod. pen., dacché, premesso che il *novum* conseguente all'introduzione della previsione del delitto di associazione di tipo mafioso «è rappresentato dal fulcro dell'incriminazione, incentrato sul metodo utilizzato dagli adepti», l'«imperfezione terminologica [della disposizione incriminatrice], influenzata dalla dimensione sociologica del fenomeno e dalla realtà empirico-criminologica di volta in volta interessata», «ha obbligato dottrina e giurisprudenza ad una complessa attività ermeneutica con forti sollecitazioni “evolutive”».

10.1. Osservazioni su detta duplice necessità. Quanto al primo profilo ...

Entrambi i suddetti profili sono estremamente densi di significati, che non è possibile approfondire in questa sede.

Ci si consente tuttavia di brevemente accennare a due considerazioni relative, rispettivamente, all'uno e all'altro.

Con riferimento al primo profilo, la ricerca del suddetto «*punto di equilibrio*», che dovrebbe realisticamente esprimere un “punto di medietà” tra la «*sola adesione formale*» e la «*realizzazione di condotte causali*», pare porsi in tensione con l'obiezione, collocantesi a monte della ricerca di qualsivoglia punto di equilibrio o medietà, secondo cui, come rilevato dall'Ufficio della Procura Generale, «*utilizzare il paradigma causale in relazione al rituale di affiliazione costituirebbe un [...] errore*» – prima ancora che «*pratico, perché*» – come già visto – «*trasformerebbe in un problema di diritto sostanziale, con ricadute astratte e generali, un classico problema di prova*» – intrinsecamente «*dogmatico, perché finirebbe per modificare per via giurisprudenziale la struttura legale del reato, individuando un evento non tipizzato, preesistente rispetto alla sua causa (la condotta partecipativa)*».

10.2. (Segue) ... e quanto al secondo.

Con riferimento al secondo profilo, la ritenuta «*imperfezione terminologica*» affliggente l'art. 416-bis cod. pen., in particolare con riguardo al suo comma primo, da rapportarsi però anche al terzo, denota una certa qual presa di distanze delle Sezioni Unite rispetto all'interpretazione del dettato normativo seguita dalle medesime a partire dalla sentenza n. 16 del 05/10/1994, Demitry, Rv. 199388-01.

Più nel dettaglio: nella sentenza Demitry – fattasi carico di superare la tesi secondo cui non vi sarebbe spazio per la configurabilità del concorso esterno in quanto la condotta del concorrente sarebbe *in toto* sovrapponibile a quella del partecipe – leggesi che partecipe «è colui che fa parte dell'associazione, è colui che - come si esprime la sentenza 3663/94 della sezione feriale - "entra nell'associazione e ne diventa parte". [... I]l legislatore, nell'usare la locuzione "far parte" rispetto alla formula "per il solo fatto di partecipare", adottata in pressoché tutti gli altri reati associativi, "ha avuto consapevolezza di una peculiare caratterizzazione del rapporto associato-associazione nel contesto mafioso, consapevolezza che si è tradotta, normativamente, in una maggiore tipizzazione della figura del partecipe". "[... U]na condotta, per essere considerata aderente al tipo [...], deve rispecchiare un grado di compenetrazione del soggetto con l'organismo criminale tale da potersi sostenere che egli, appunto, faccia parte di esso"»: talché, mentre, secondo la sentenza Demitry – che, riprendendo Sez. F., n. 3663 del 01/09/1994, Graci, edifica le fondamenta su cui sono sviluppati gli insegnamenti di tutte le successive pronunce delle Sezioni Unite sino ad oggi [in progressione: sentenza Mannino 1; Sez. U, n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 2003), Carnevale, e Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino (*breviter*, Mannino 2)] – il «far parte» dell'art. 416-bis, comma primo, cod. pen. costituisce espressione, non già d'una minore, ma all'opposto d'una «maggiore tipizzazione della figura del partecipe» rispetto agli altri reati associativi cd. puri, con in testa l'associazione per delinquere semplice (art. 416 cod. pen.), oggi, invece, stante la lettera della sentenza in commento, l'«imperfezione terminologica» dell'art. 416-bis cod. pen. espone il fianco ad un *deficit* di tassatività della fattispecie, che, in ragione d'una insufficiente caratterizzazione sociologico-criminologica, necessita di essere ricostruita in chiave sistemica.

10.3. (Segue) ... con particolare riguardo alla non coincidenza tra la sentenza in commento e gli arresti precedenti.

Ora, tenuto conto che la sentenza in commento si pone purtuttavia in linea di continuità rispetto alla sentenza Demitry, seguita soprattutto dalla sentenza Mannino 2, con riguardo alla scissione dell'indagine sulla condotta di partecipazione nei due piani dei requisiti di fattispecie e della prova, sembrerebbe aprirsi la necessità di verificare se, in rapporto al primo di detti piani, l'evidenziato disallineamento della sentenza in commento rispetto alla sentenza Demitry, e quindi implicitamente anche rispetto alla sentenza Mannino 2, in punto di esegesi del «far parte» dell'associazione, comporti, di riflesso, un ripensamento dell'assetto dei rapporti tra partecipazione e concorso esterno.

Trattasi di un'esigenza che potrebbe trovare un'ulteriore duplice ragion d'essere:

- anzitutto, in relazione all'avvicinamento della sentenza in commento alla prospettiva delle «*derivazioni causali*» tra esercizio del metodo mafioso e condizioni di omertà ed assoggettamento che ne derivano, di cui all'adesivamente richiamata Sez. 6, n. 9001 del 02/07/2019, dep. 2020, Demasi, Rv. 278617-01, dal momento che, consistendo tralaticciamente l'essenza del concorso esterno nell'offerta d'un contributo causalmente rilevante per la vita dell'associazione, sovviene di doversi distinguere la causalità partecipativa da quella (solo) concorsuale;

- secondariamente, in relazione alla mutata cornice delle coordinate attinenti, di per sé, al concorso esterno a seguito di Sez. U, n. 8545 del 19/12/2019, Chiocchini, secondo cui, ai fini della configurabilità dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa, è «*innegabilmente*» richiesta «*la presenza del dolo specifico o intenzionale in uno dei partecipi*», dal momento che siffatta più strenua caratterizzazione del dolo dell'elemento circostanziale rispetto al dolo generico del concorrente esterno (alla stregua della sentenza Mannino 2), a sua volta contrapposto al dolo specifico del partecipe, sembrerebbe implicare un'esigenza di intensificazione del dolo del concorrente esterno, che tuttavia, se portato al livello del dolo specifico, si distinguerebbe (come del resto affermato dalle sentenze *ante* e *post litteram* non coordinate con l'insegnamento della sentenza Mannino 2) per il sol fatto che il partecipe vuole, mentre il concorrente non vuole, far parte dell'associazione.

11. Natura del reato di cui all'art. 416-bis cod. pen. secondo le Sezioni Unite.

In relazione, dunque, alla natura del reato, par di potersi affermare che le Sezioni Unite tratteggino la partecipazione ad un'associazione di tipo mafioso come reato di pericolo concreto.

La ragione della cautela nel (sommessamente tentare di) proporre un'interpretazione del pensiero delle Sezioni Unite sul punto sarà chiara subito in appresso.

In prima battuta, affermano Esse che non si può «*mettere in dubbio la natura di reato di pericolo, atteso che le finalità programmatiche del sodalizio costituiscono la fonte di un pericolo imminente per l'ordine pubblico, l'ordine economico e la collettività intera in sé considerata e nell'esercizio dei propri diritti*».

In seconda battuta, affrontando il significato da attribuire alla formula «*si avvalgono*» (art. 416-bis, comma terzo, cod. pen.: «*L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva [...]*»), e pervenendo al rilievo – nella ricostruzione di quello di cui all'art. 416-bis cod. pen. come «*un*

reato a struttura "mista" o "complessa"», richiedente «un quid pluris rispetto alla sola organizzazione pluripersonale e al programma criminoso» – della centralità, non delle finalità perseguite dall’associazione di tipo mafioso, bensì dal metodo per perseguirle, i.e. il cd. metodo mafioso, giungono alla conclusione che «forza intimidatrice del vincolo associativo, condizione di assoggettamento e condizione di omertà costituiscono altrettanti elementi necessari ed essenziali» per l’integrazione della fattispecie, il cui elemento caratterizzante è dunque «una vis che, promanante dal vincolo associativo, è capace di generare» – ossia creare e quindi causalmente determinare – «una condizione di assoggettamento e di omertà», fermo tuttavia che «la necessità che la capacità intimidatrice sia formata, esternata ed obiettivamente percepita» va disgiunta dalle «modalità (del tutto "libere") con cui tale capacità si esteriorizza, potendo prescindere da "contenuti" di violenza e minaccia». Siffatta caratterizzazione della vis la qualifica – ad avviso delle Sezioni Unite – alla stregua di una «carica intimidatoria, spesso identificata come "fama criminale", che rappresenta una sorta di "avviamento" grazie al quale l’organizzazione mafiosa proietta le sue attività nel futuro».

In terza battuta, guadagnano le Sezioni Unite la qualifica di concretezza del pericolo sul rilievo che *«occorre che il sodalizio mafioso, nel contesto di riferimento, abbia realizzato una capacità intimidatrice effettiva ed obiettivamente riscontrabile»*, così da *«essere “concretamente” [enfasi nell’originale] in grado di porre in pericolo l’ordine pubblico, l’ordine economico e la libertà di partecipazione alla vita politica, non essendo sufficiente il mero pericolo che i suoi elementi costitutivi possano manifestarsi»*.

12. Affermata dimensione di “danno” e rilievi critici.

Nondimeno – ed emergono qui le anticipate ragioni di cautela – le Sezioni Unite, subito in appresso, aggiungono altresì che *«il reato di associazione mafiosa non può ritenersi integrato escludendo la dimensione del danno, che deve configurarsi come concreto ed effettivo, proprio in relazione all’utilizzo del metodo mafioso inteso nel suo senso oggettivo: quest’ultimo, infatti, non può perdere la propria consistenza fino a far degradare la fattispecie a semplice pericolo attraverso mere prospettazioni prognostiche. In questo senso deve riconoscersi che il pericolo astratto non integra la fattispecie, rimanendo incerto e solo ipotetico il concreto passaggio dal pericolo al danno»*.

Il riferimento al danno sembrerebbe effettuato per rafforzare la realistica proiezione del pericolo concreto verso una dimensione di danno.

Ci si fa tuttavia lecito di osservare come – da un punto di vista meramente teorico – esso possa entrare in una lettura dinamica della fattispecie anche in un modo diverso rispetto a quello ritenuto dalle Sezioni Unite.

Occorre premettere che, secondo l’architettura cui si va brevemente accennando, la fattispecie è il portato di un’evoluzione dinamica, registrante la

transizione di un'associazione per delinquere che accumula la carica intimidatoria ad un'associazione che non è più per delinquere perché è divenuta di tipo mafioso in quanto ha già accumulato un serbatoio di carica intimidatoria.

A mente di ciò, l'associazione di tipo mafioso si presta ad una duplice caratterizzazione, ad un tempo di pericolo e di danno:

- di pericolo, in relazione alla preordinazione alla commissione di una serie indeterminata di delitti, che peraltro si affiancano alle attività (apparentemente) lecite pure integranti il programma criminoso;

- di danno, in relazione all'esistenza attuale della capacità intimidatoria dell'associazione, derivante dalla sua *«fama criminale»*, pure evocata dalle Sezioni Unite, in ragione dell'effettiva lesione della libertà di quanti si relazionano con la medesima, pronta a venire puramente e semplicemente ad emersione nel momento in cui in direzione di alcuno si orienta l'effettivo agire dei singoli partecipi in sede di realizzazione del programma criminoso.

13.1. Condotta di partecipazione: il richiamo delle Sezioni Unite alla sentenza Mannino 2.

Progredendo nella disamina dell'incedere argomentativo delle Sezioni Unite, il passaggio successivo riguarda la condotta di partecipazione.

Il punto di partenza – secondo le Sezioni Unite – è l'affermazione (già ricordata) dell'*«oggettiva carenza definitoria del disposto normativo di cui al primo comma dell'art. 416-bis cod. pen.»*.

Le Sezioni Unite imputano ad essa l'evolvere dell'interpretazione, dottrinale ma soprattutto giurisprudenziale, da un modello causale, prima, ad un modello organizzatorio, poi, ad un modello misto, infine, sì da rendere sempre più coerente la previsione normativa con i principi del diritto penale costituzionale e sovranazionale.

A precipuamente rilevare nella presente sede è che, in seno al modello misto, in un'accezione sincretistico-additiva – fondata cioè su una partecipazione corroborata da fatti espressivi di condotte *lato sensu* accrescitive delle potenzialità dell'associazione – le Sezioni Unite collocano la sentenza Mannino 2.

13.2. Lettura della sentenza Mannino 2 proposta dalle Sezioni Unite.

È noto come la sentenza Mannino 2, nel riprendere ed approfondire le prospettive sia della sentenza Demitry sia della sentenza Carnevale, abbia (in part. al par. 4), scisso l'analisi nelle due gradazioni sostanziale e processuale:

- in rapporto alla gradazione sostanziale, *«si definisce "partecipe" colui che, risultando inserito stabilmente e organicamente nella struttura organizzativa dell'associazione*

mafiosa, non solo "è" ma "fa parte" della (meglio ancora: "prende parte" alla) stessa: locuzione questa da intendersi non in senso statico, come mera acquisizione di uno status, bensì in senso dinamico e funzionalistico, con riferimento all'effettivo ruolo in cui si è immessi e ai compiti che si è vincolati a svolgere perché l'associazione raggiunga i suoi scopi, restando a disposizione per le attività organizzate della medesima»;

- in rapporto alla gradazione processuale (*rectius*, alla «dimensione probatoria della partecipazione»), «rilevano tutti gli indicatori fattuali dai quali, sulla base di attendibili regole di esperienza attinenti propriamente al fenomeno della criminalità di stampo mafioso, possa logicamente inferirsi il nucleo essenziale della condotta partecipativa, e cioè la stabile compenetrazione del soggetto nel tessuto organizzativo del sodalizio».

Nella sentenza Mannino 2, in sviluppo della gradazione processuale, la definizione dei predetti «indicatori fattuali» è, per così dire, “*ad imbutum*”.

Più precisamente,

- in primo luogo, rilevano «indizi gravi e precisi», «dai quali sia lecito dedurre, senza alcun automatismo probatorio, la sicura dimostrazione della costante permanenza del vincolo nonché della duratura, e sempre utilizzabile, "messa a disposizione" della persona per ogni attività del sodalizio criminoso, con puntuale riferimento, peraltro, allo specifico periodo temporale considerato dall'imputazione»;

- in secondo luogo, tra gli «indizi» (stante quanto dalla sentenza stessa esplicitato subito dopo tra parentesi), possono annoverarsi, *exempli causa*, «i comportamenti tenuti nelle pregresse fasi di "osservazione" e "prova", l'affiliazione rituale, l'investitura della qualifica di "uomo d'onore", la commissione di delitti-scopo, oltre a molteplici, variegati e però significativi *facta concludentia*».

Orbene, al cospetto d'un siffatto articolato ragionamento della sentenza Mannino 2, le Sezioni Unite, nella sentenza in commento, ne propongono l'insegnamento (di cui alla massima *sub* Rv. 231673-01, fedele alla lettera della motivazione) nel senso che l'affermazione di detta sentenza secondo cui «*può definirsi partecipe "colui che si trovi in un rapporto di stabile ed organica compenetrazione con il tessuto organizzativo del sodalizio, tale da implicare, più che uno status di appartenenza, un ruolo dinamico e funzionale, in esplicazione del quale l'interessato "prende parte" al fenomeno associativo"*», «rende evidente che la condotta tipica deve essere intesa nei termini di una "partecipazione fattiva", che si realizza mediante il compimento di "atti di militanza associativa"», con la precisazione che «*la stessa non deve necessariamente possedere - di per sé - una carica elevata di apporto causale alla vita dell'intera associazione o di un suo particolare settore, come richiesto per il concorrente esterno, ma deve in ogni caso porsi come comportamento concreto, teso ad agevolare il perseguimento degli scopi associativi in modo riconoscibile e non puramente teorico, sì da potersi ritenere condotta indicativa dello stabile inserimento del soggetto nel gruppo*».

13.3. Duplice conclusione, sostanziale e processuale, che le Sezioni Unite ricavano dalla sentenza Mannino 2.

Sull'addentellato della sentenza Mannino 2, le Sezioni Unite guadagnano – nella chiave sincretistico-additiva cui poc'anzi si accennava – la duplice conclusione secondo cui,

- sul piano sostanziale, *«scaturisce dalla sentenza "Mannino" un fenotipo della partecipazione che postula l'esigenza di atti espressivi dello status di partecipe, intesi come condotte di militanza associativa: con la conseguenza che la fattispecie criminosa non può configurarsi in presenza della sola qualifica formale (e alla condizione statica) di componente dell'associazione, in assenza di alcuna forma di agire associativo successivo al formale ingresso all'interno della consorteria»;*

- sul piano processuale, occorre sgombrare il campo dagli *«equivoci»* (così letteralmente) *«sorti»* nell'*«utilizzo»* degli *«indicatori»*, sia perché essi devono *«interpretarsi alla luce delle massime d'esperienza»*, sia perché, *«prima ancora»*, deve espungersene la *«collocazione tra gli elementi della tipicità criminosa»*, per farli rientrare unicamente *«tra i materiali della prova»*, con l'ulteriore conclusione che – venendo alla questione controversa in sé e per sé devoluta alla *cognitio* delle Sezioni Unite, è solo *«sul terreno della prova che acquisisce rilievo il compimento di formalismi rituali di inserimento nella consorteria»*.

14. Affiliazione rituale e necessità, secondo le Sezioni Unite, di conferme derivanti da *«condotte di militanza associativa»*.

È proprio alla luce della necessità di sgombrare il campo dagli *«equivoci»* prodottisi nell'*«utilizzo»* degli *«indicatori»* menzionati dalla sentenza Mannino 2, rispetto al *thema* centrale di rinvenire, ai fini d'una partecipazione penalmente rilevante, *«condotte di militanza associativa»*, in quanto esse sole *«espressiv[e] dello status di partecipe»*, che, nel pensiero delle Sezioni Unite, l'affiliazione rituale, quantunque di per sé “insufficiente” a significare detto *status*, può però acquisirne l'attitudine – ed a cagione di ciò costituire grave indizio di appartenenza – qualora si accompagni a *«comportamenti di fatto - precedenti e/o successivi al rituale di affiliazione - non necessariamente attuativi delle finalità criminali dell'associazione, ma tuttavia capaci di dimostrare in concreto l'adesione libera e volontaria a[lla] consapevole scelta [della "messa a disposizione"] e di rivelare una reciproca vocazione di "irrevocabilità"»*.

Da ciò – ci si consente di osservare – sembrerebbe emergere una spiccata caratterizzazione probatoria della rilevanza dell'affiliazione rituale, avente lo scopo, in definitiva, di richiamare il giudice di merito (al quale compete in via esclusiva la ricostruzione del fatto storico, alla stregua – rammentasi – di un giudizio insindacabile in cassazione se congruamente motivato) al dovere

motivazionale di render conto dell'inserimento della stessa in un contesto osservazionale univocamente conducente – in ragione, tuttavia, soltanto di concorrenti (precedenti, contemporanei o successivi) «*comportamenti di fatto*» (e quindi di azioni osservabili e documentabili) estrinsecantisi in agiti di militanza, quantunque non per forza diretti alla realizzazione del programma delinquenziale – al suo intendimento come “sintomo” della definitiva messa a disposizione del novizio.

È per tale ragione che le Sezioni Unite – premesso che «il rituale di affiliazione si può presentare in varie forme» – rimarkano come la sua caratterizzazione sia «strettamente dipendente dal contesto (storico, sociale, culturale) in cui lo stesso si manifesta»: spetta conseguentemente al giudice di merito ricostruire quel contesto, in “dipendenza” dal quale evincere – attraverso la mediazione delle massime d’esperienza – il “significato globale” del rituale di affiliazione, cogliendone l’essenza dimostrativa o meno della messa a disposizione.

15. Prospettive conclusive di riflessione.

Così stando le cose, le suggestioni che, a mo’ di stimolo per i futuri approfondimenti, si possono trarre dall’ennesima sentenza delle Sezioni Unite sull’art. 416-bis cod. pen., oggetto del presente scritto, sono molteplici e, come sempre accade, necessitano della sedimentazione di un po’ di tempo per poter essere colte tutte appieno.

Esse spaziano dall’innesto d’una vena di danno in un reato tradizionalmente considerato di pericolo, senza però adottare per intero l’apparato giustificativo che leggesi, ad esempio, in Sez. 6, n. 18125 del 22/10/2019 (dep. 2020), Bolla, Rv. 279555-15 (celebre per aver affermato che «*l’associazione di tipo mafioso ha natura di reato di pericolo [solo] in quanto già la mera esistenza del sodalizio pone di per sé a rischio i beni giuridici protetti dalla norma incriminatrice, con particolare riguardo all’ordine pubblico, all’ordine economico ed alla libera partecipazione dei cittadini alla vita politica, ma ciò non consente di ritenere sufficiente ad integrare il reato la mera capacità potenziale del gruppo criminale di esercitare la forza intimidatoria, occorrendo invece che il sodalizio faccia effettivo, concreto, attuale e percepibile uso - ancorché non necessariamente con metodi violenti o minacciosi - della suddetta forza*»), alla reale apprezzabilità di forme e significati delle massime d’esperienza riferite a contesti, non già leciti, ma illeciti e dunque “malfermi” per definizione, che oltretutto giammai possono sostituirsi alla verifica in sé del *thema probandum*, potendo al più essere impiegate esclusivamente per spiegare, o commentare, risultati probatori già solidamente acquisiti (in conformità alla massima ricevuta – di cui *expressis verbis* da ultimo a Sez. 5, n. 47574 del 07/10/2016, Falco, Rv. 268403-01 – a termini della quale, «*in tema di rilevanza dei*

risultati di indagini storico-sociologiche ai fini della valutazione, in sede giudiziaria, dei fatti di criminalità di stampo mafioso, il giudice deve tener conto, con prudente apprezzamento e rigida osservanza del dovere di motivazione, anche dei predetti dati come utili strumenti di interpretazione dei risultati probatori, dopo averne vagliato, caso per caso, l'effettiva idoneità ad essere assunti ad attendibili massime di esperienza senza che ciò, peraltro, lo esima dal dovere di ricerca delle prove indispensabili per l'accertamento della fattispecie concreta oggetto del giudizio»).

Nell'estrema ampiezza delle riflessioni possibili, si ritiene, in conclusione, di potersi rapidamente intrattenere su due soltanto.

La prima ha riguardo a ciò che è sicuramente apprezzabile il dichiarato intento delle Sezioni Unite di rifuggire il modello dell'incriminazione del diritto penale d'autore, insidiosamente in agguato nella prospettiva della sufficienza dell'acquisizione della qualifica di uomo d'onore al fine di far scattare la responsabilità per la condotta di partecipazione.

Tuttavia, proprio il perseguimento di detto intento sembra infine aver indotto le Sezioni Unite ad adottare, nella "concretezza" della soluzione data alla questione controversa, nonostante le analizzate concettualizzazioni in chiave sostanzialistico-causalistica della partecipazione, un approccio di carattere valutativo-probatorio, che di per sé assottiglia, pur certamente non eliminandole, le differenze d'impostazione rispetto alle tesi propugnate dal Procuratore Generale.

Ad onor del vero, alla stregua di un simile approccio, la chiave sostanzialistico-causalistica pur adesivamente richiamata dalle Sezioni Unite dà la parvenza di viepiù assottigliarsi, non già solo sul versante "sostanzialistico" testé cennato, ma anche su quello propriamente "causalistico", sol che si consideri come le Sezioni Unite accedano infine ad un'interpretazione dell'art. 416-bis, comma primo, cod. pen. secondo cui, non essendo la messa a disposizione «*un "evento" oggettivamente rilevabile alla luce della sua innegabile connotazione di immaterialità, ai fini della sua valutazione non potrà utilizzarsi il "parametro" della causalità e si dovrà invece ricorrere a quello della "rilevanza" in concreto*». Talché, in ultima analisi, quella che può definirsi "causalità associativa" – sfumata nella «*"rilevanza" in concreto*» – parrebbe acquisire la conformazione di un *quid minoris* rispetto alla "causalità concorsuale", con il rischio, peraltro, di non minimi problemi interpretativo-applicativi.

La seconda riflessione che si ritiene di consegnare – in guisa di minimo stimolo – alla meditazione scientifica concerne precipuamente la soluzione della questione controversa conseguita, sul piano *lato sensu* probatorio, dalle Sezioni Unite.

A prescindere da possibili sovrapposizioni tra gravi indizi e gravi indizi di colpevolezza, sembrerebbe di potersi affermare che il valore gravemente indiziario dell'affiliazione rituale, sol che questa si iscriva in un quadro di coerenza fattuale, è bastevole a suffragare l'addebito partecipativo. Si ritiene che la riprova possa essere colta,

- quanto al principio di cui finanche a **Rv. 281889-01** (quello sulla partecipazione), nella sottolineatura dell'imprescindibile apprezzamento delle *«specifiche caratteristiche del caso concreto»* affinché l'*«inserimento dell'agente nella struttura organizzativa dell'associazione»* si manifesti *«idoneo»* *«ad attestare la sua 'messa a disposizione' in favore del sodalizio per il perseguimento dei comuni fini criminosi»*

- quanto al principio di cui *funditus* a **Rv. 281889-01** (quello sull'affiliazione rituale), nella sottolineatura della valutabilità, nella medesima direzione, degli *«indici»* rappresentati da *«qualità dell'adesione»* e *«tipo di percorso che l'ha preceduta»*, *«dimostrata affidabilità criminale dell'affiliando»*, *«serietà del contesto ambientale in cui la decisione è maturata»*, *«rispetto delle forme rituali, con riferimento, tra l'altro, ai poteri di chi propone l'affiliando, di chi lo presenta e di chi officia il rito»*, *«tipologia del reciproco impegno preso e la misura della disponibilità pretesa od offerta»*.

Tuttavia, a stretto rigore, poiché di *«indici»* “di contesto” si ragiona, la pur in precedenza ritenuta, dalle Sezioni Unite, imprescindibilità di *«condotte di militanza associativa»*, volte ad univocamente corroborare il valore indiziario dell'affiliazione rituale quale atto di effettiva messa a disposizione in favore dell'associazione, pare ora assumere una dimensione più sfumata e finanche diversa, sciogliendosi nell'esigenza di cogliere l'“affidabilità” storico-ricostruttiva, in una prospettiva dunque argomentativa, del dato in sé di detta affiliazione. In altri termini, entro le descritte coordinate, l'affiliazione, realizzando la messa a disposizione, pare di per sé stessa idonea a fondare la dimostrazione della partecipazione.

Tale, in effetti, è la conclusione cui pervengono le Sezioni Unite, laddove in sentenza scrivono che *«la disponibilità conclamata resa con il prestato giuramento di mafia, che può rendere ipotizzabile il contributo partecipativo del soggetto, può essere probatoriamente contraddetta in presenza di condotte del soggetto dettate da scelte volontarie (disobbedienza, allontanamento fisico, disinteresse) o da oggettive circostanze di segno contrario o fortemente equivocate, tali da contrastare con l'impegno preso di messa a disposizione e far escludere a priori o far ritenere venuta meno la volontà dello stesso di contribuire alla vita dell'associazione»*.

Donde però – e qui sta il punto – la rilevanza del “contesto” sembrerebbe affiorare, in realtà, a misura che emergano *«indici»* di anomalie, astrattamente suscettibili di render equivoco il significato intrinseco dell'affiliazione rituale (come del resto nel caso oggetto dello scrutinio delle Sezioni Unite, in cui si

ragionava bensì di affiliazioni, ma non rituali “fino in fondo”, in quanto officiate da soggetti *prima facie* non autorizzati).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

- Sez. U, n. 16 del 05/10/1994, Demitry, Rv. 199388-01 (*breviter*, Mannino 1)
Sez. U, n. 30 del 27/09/1995, Mannino, Rv. 202904-01
Sez. U, n. 11 del 22/03/2000, Audino, Rv. 215828-01
Sez. U, n. 22327 del 30/10/2002 (dep. 2003), Carnevale
Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino (*breviter*, Mannino 2)
Sez. U, n. 8545 del 19/12/2019, Chiocchini
Sez. U, n. 36958 del 27/05/2021, Modaffari, Rv. 281889-01 e Rv. 281889-02
Sez. F, n. 3663 del 01/09/1994, Graci
Sez. 2, n. 5343 del 28/01/2000, Olivieri, Rv. 215908-01
Sez. 6, n. 12537 del 05/10/2000, Di Carlo, Rv. 218559-01
Sez. 6, n. 26119 del 09/05/2003, Cottone e altri, Rv. 228303-01
Sez. 2, n. 49691 del 15/10/2004 Andreotti, Rv. 233070-01
Sez. 2, n. 2350 del 21/12/2004 (dep. 2005), Papalia e altri, Rv. 230718-01
Sez. 5, n. 9192 del 07/02/2007, Vallelunga, Rv. 236258-01
Sez. 2, n. 23687 del 03/05/2012, D'Ambrogio e altri, Rv. 253222-01
Sez. 5, n. 49793 del 05/06/2013, Spagnolo, Rv. 257826-01
Sez. 1, n. 39543 del 24/06/2013, Fontana, Rv. 257447-01
Sez. 6, n. 39112 del 20/05/2015, PG Torino c. Catalano Giovanni e altri
Sez. 6, n. 46070 del 21/07/2015, Alcaro e altri, Rv. 265536-01
Sez. 5, n. 6882 del 06/11/2015, Morabito Giovanni e altri
Sez. 1, n. 55359 del 17/06/2016, Pesce e altri
Sez. 5, n. 47574 del 07/10/2016, Falco, Rv. 268403-01
Sez. 5, n. 4864 del 17/10/2016, Di Marco, Rv. 269207-01
Sez. 5, n. 50864 del 03/11/2016, P.M. in proc. Monteleone, Rv. 268445-01
Sez. 2, n. 27394 del 10/05/2017, Pontari e altri, Rv. 271169-01
Sez. 5, n. 38786 del 23/05/2017, De Caro, Rv. 271205-01
Sez. 2, n. 56088 del 12/10/2017, Agostino e altri, Rv. 271698-01
Sez. 2, n. 55141 del 16/07/2018, Galati Fortunato, Rv. 274250-01
Sez. 2, n. 18559 del 13/03/2019, Zindato, Rv. 276122-01
Sez. 5, n. 27672 del 03/06/2019, P.M. c. Geraci Giovanni, Rv. 276897-01
Sez. 2, n. 27866 del 17/06/2019, Mazzelli, Rv. 276976-01
Sez. 6, n. 9001 del 02/07/2019, dep. 2020, Demasi, Rv. 278617-01
Sez. 6, n. 18125 del 22/10/2019 (dep. 2020), Bolla, Rv. 279555-15
Sez. 3, n. 30056 del 25/02/2021, Martella

DELITTI CONTRO LA PERSONA

CAPITOLO VII

L'UTILIZZO DEI "SOCIAL" A FINI ILLECITI

(ANDREA NOCERA)

SOMMARIO: 1. Premessa: i social network da strumenti di comunicazione a mezzi di offesa. - 2. La diffamazione a mezzo social. - 3. Tutela del diritto all'immagine sui *social*: configurabilità del concorso tra i reati di sostituzione di persona e di illecito trattamento dei dati. - 4. L'utilizzo di *social network* nella realizzazione del reato di pornografia minorile. - 5. *Social network* e reato di atti persecutori.

1. Premessa: i social network da strumenti di comunicazione a mezzi di offesa.

La comunicazione e la vita relazionale delle persone sono state rivoluzionate dai *social network*, che forniscono agli individui ampi spazi virtuali ove condividere grandi quantità di contenuti e informazioni personali.

Per le potenzialità applicative, i *social* oggi rappresentano di fatto, anche in ambito professionale, uno strumento avanzato di *marketing* personalizzato e di diffusione di temi ed idee, di cui aumenta in modo esponenziale fruibilità e valore attraverso la digitalizzazione delle relazioni.

L'accesso e l'utilizzo di forme più o meno dirette di comunicazione o di condivisione via web di contenuti (*Facebook*), come *blog*, *web forum*, *microblog* (*Twitter*) condivisione di foto o video *sharing* (*YouTube*), *social bookmarking*, giochi su reti sociali e realtà virtuali (*virtual world*), costituiscono uno spazio virtuale nel quale una rete di soggetti ("amici") reali o virtuali interagiscono e comunicano tra loro, attraverso *post* e commenti sul proprio profilo o su quelli altrui, anche con l'uso di applicazioni o collegamenti esterni. E ciò anche in ambito professionale, come nel social *LinkedIn*, che ha come principale scopo garantire la visibilità di profili professionali e scambi tra domanda e offerta di lavoro.

Si tratta di strumenti di comunicazione virtuale che offrono servizi generalmente gratuiti per gli utenti, ma costituiscono al contempo modelli di *business*, in ragione del complesso valore economico loro attribuito dal numero e qualità di connessioni tra gli utenti e dal c.d. effetto *network* che ne deriva, e per le loro potenzialità applicative presuppongono una consapevole perdita di *privacy* e riservatezza da parte degli utenti, che trasferiscono la proiezione sociale delle loro vite sulle piattaforme social.

La giurisprudenza (**Sez. 5, n. 8898 del 18/01/2021, Fanini, Rv. 28057101**) definisce lo spazio disponibile sulla propria bacheca *Facebook* come «una pubblica “piazza virtuale” aperta al libero confronto tra gli utenti registrati», una arena o palcoscenico immaginario, di estensione non definibile a priori, in cui ciascun utente sceglie le modalità di intervento attraverso le impostazioni attribuite al proprio profilo, in ogni caso con la necessaria consapevolezza delle possibili conseguenze giuridiche in merito al contenuto dei materiali pubblicati. La bacheca telematica si sostanzia in un'area di discussione, in cui qualsiasi utente o i soli utenti registrati (nel caso di c.d. forum chiuso) sono liberi di esprimere il proprio pensiero, rendendolo visionabile agli altri soggetti autorizzati ad accedervi.

I *social network* di maggiore diffusione includono altresì servizi di messaggistica tra gli utenti, la possibilità di scrivere sulla bacheca altrui e di selezionare o limitare l'accesso ai diversi contenuti o categorie di informazioni inseriti sul proprio profilo secondo diversi "livelli" di *relationship* o amicizia (diretta o di secondo grado). Tali modalità selettive di tipo oggettivo e soggettivo, tuttavia, possono essere superate dalla possibilità per gli utenti di conoscere e diffondere, prescindendo dal consenso dell'interessato, elementi ed informazioni da questi lasciate in un determinato momento sul sito, consentendo l'applicativo di copiare messaggi e foto pubblicati nel profilo altrui oppure e-mail e conversazioni in chat.

Si cercherà, di seguito, di dar conto degli orientamenti giurisprudenziali sulle possibili fattispecie configurabili in relazione all'utilizzo – o più correttamente l'abuso – della rete e dei canali o piattaforme *social*, individuando quale elemento di congiunzione l'elevata lesività delle condotte di reato in ragione dello specifico contesto comunicativo in cui avvengono le pubblicazioni sul *web*, mediante l'utilizzo *forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list, pagine facebook*.

La casistica di illeciti è molto ampia e, in ragione della incontrollata amplificazione del sistema, resta centrale il tema della tipizzazione e della “tenuta” delle previsioni incriminatrici rispetto a nuove fenomenologie di aggressione informatica che caratterizzano l'uso illecito del web (*domain grabbing*, furti di identità, cyberbullismo, diffamazione a mezzo internet, accesso abusivo a reti informatiche, pedopornografia, *crypto-locker* ecc.).

2. La diffamazione a mezzo social.

La diffusione massiva degli strumenti e dei canali *social* ha facilitato in concreto le condotte di diffamazione per la possibilità di un numero esponenziale degli utenti della rete internet di esprimere giudizi su tutti gli argomenti trattati. Alla schiera di "opinionisti social" spesso si associano i cosiddetti "odiatori sul

web", che non esitano - spesso dietro l'anonimato - ad esprimere giudizi con eloquio volgare ed offensivo (Sez. 5, n. 12546 dell'8/11/2018 – dep. 2019 – Amodeo, non massimata). Costituisce ormai approdo consolidato della giurisprudenza di legittimità che, ai fini della configurabilità del reato di diffamazione, non rileva che esso sia stato commesso attraverso una pubblicazione su carta stampata od esclusivamente "in rete", restando indifferente la natura del mezzo utilizzato per la diffusione di un messaggio intrinsecamente *contra jus*, che giustifica il riconoscimento del risarcimento del danno da reato per la pubblicazione attraverso un social network di espressioni diffamatorie.

In particolare, si è ribadito che la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca "facebook" integra un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, comma terzo, cod. pen., sotto il profilo dell'offesa arrecata "con qualsiasi altro mezzo di pubblicità" diverso dalla stampa, poiché la condotta in tal modo realizzata è potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato, o comunque quantitativamente apprezzabile, di persone (Sez. 5, n. 13979 del 25/01/2021, Chita Tiziana, Rv. 28102301 - 28102302). Nel caso di specie, una insegnante scolastica, in un commento pubblicato sulla propria pagina *Facebook*, aveva definito un collega come "essere spregevole", accusandolo, in modo del tutto immotivato, di effettuare manipolazioni psicologiche nei confronti degli studenti e così praticare metodi contrari agli scopi formativi ed educativi dell'insegnamento. La Corte ha ritenuto che tali espressioni, in sé e per il contesto fattuale di riferimento (diverbio insorto in relazione alla protesta studentesca contro la riforma governativa), travalicano i limiti della continenza espositiva del diritto di critica. Le espressioni usate sono, infatti, univocamente ed esclusivamente interpretabili come offesa personale diretta a screditare non l'operato professionale del professore, ma, all'evidenza, la persona in sé e per sé e risultano del tutto esorbitanti rispetto ad una invocata finalità di disapprovazione dei metodi di insegnamento adottati, come tali lesive della dignità professionale dell'insegnante.

Analogamente, Sez. 5, n. 3204 dell'08/01/2021, C.N., non massimata, ha ritenuto immune da vizi la decisione che aveva affermato la responsabilità dell'imputata per il reato di diffamazione aggravata a mezzo internet, per avere, attraverso il social *Facebook*, diffuso notizie relative alla relazione extraconiugale tra il proprio ex coniuge, separato, e un'altra donna offendendo l'onore e la reputazione di quest'ultima, apostrofandola con epiteti volgari e asserendo falsamente che il suo ultimogenito fosse nato in seguito alla relazione extraconiugale.

Il tema del rapporto tra mezzo di diffusione *social* e limiti di continenza delle espressioni lesive della altrui dignità è approfondito da **Sez. 5, n. 8898 del 18/01/2021, Fanini, Rv. 28057101**. In un caso di pubblicazione di commenti "ad hominem" umilianti e ingiustificatamente aggressivi su una bacheca "facebook", pubblica "piazza virtuale" aperta al libero confronto tra gli utenti registrati, la Corte ha ritenuto che nella valutazione del requisito della continenza della condotta realizzata attraverso "social network", ai fini del legittimo esercizio del diritto di critica, si deve tener conto non solo del tenore del linguaggio utilizzato, ma anche dell'eccentricità delle modalità di esercizio della critica, restando fermo il limite del rispetto dei valori fondamentali, che devono ritenersi sempre superati quando la persona offesa, oltre che al ludibrio della sua immagine, sia esposta al pubblico disprezzo. Nel caso di specie, gli imputati, nel rivolgere censure ad una presunta condotta scorretta di un atleta nei confronti dei compagni di squadra, lungi dal manifestare una consentita critica all'operato professionale della persona offesa, avevano espresso il loro disprezzo nei confronti della vittima, ricorrendo a parole inutilmente umilianti e ingiustificatamente aggressive, e, per questo, oggettivamente trasmodanti ("uomo di merda", "briaco in bicicletta", "suonato"), espressioni che possono valere, sotto il profilo dell'elemento oggettivo e soggettivo doloso del reato, a ledere la reputazione e quindi la considerazione sociale del soggetto passivo esposto alla pubblica censura, condotta non consentita dal diritto di critica.

Osserva la Corte che l'utilizzo della pubblica piazza virtuale, nella quale dare sfogo alle pulsioni soggettive degli agenti, costituisce una modalità del tutto eccentrica di manifestazione della critica, potendo gli agenti segnalare l'eventuale violazione di regole deontologiche da parte dell'atleta mediante l'invio di una missiva, un esposto, una segnalazione alle autorità sportive o agli organi della giustizia sportiva competenti, istituzionalmente preposti a raccogliere le eventuali lamentele sull'operato di uno sportivo professionista.

Elemento dirimente è il mezzo di diffusione attraverso *social* del giudizio critico, il ricorso alla pubblica piazza virtuale. Il riferimento al "contesto" in cui è espressa la critica richiama l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, da ultimo espresso da Sez. 5, n. 17243 del 19/02/2020, Lunghini, Rv. 27913301, secondo cui, in tema di diffamazione, l'esimente del diritto di critica postula una forma espositiva corretta, strettamente funzionale alla finalità di disapprovazione e che non trasmodi nella gratuita ed immotivata aggressione dell'altrui reputazione, ma non vieta l'utilizzo di termini che, sebbene oggettivamente offensivi, hanno anche il significato di mero giudizio critico negativo di cui si deve tenere conto alla luce del complessivo contesto in cui il termine viene utilizzato (in senso conforme, Sez. 5, n. 15089 del 29/11/2019 - dep. 2020 – PMT C/ Cascio, Rv. 279084 –

01; Sez. 5, n. 37397 del 24/06/2016, C., Rv. 26786601; Sez. 5, n. 31669 del 14/04/2015, Marcialis, Rv. 26444201).

Sul tema, **Sez. 5, n. 11426 del 04/03/2021, Gasperini, non massimata**, ha ritenuto configurabile il reato di diffamazione nella condotta di colui che diffonde sui *social* una foto ritraente dipendenti comunali con l'affermazione che si tratti di fannulloni, enfatizzando le pose assunte da questi al momento dello scatto. Nella specie la S.C. ha ritenuto immune da censure la condanna per diffamazione dell'imputato che aveva pubblicato sul proprio profilo *facebook* una fotografia che riprendeva quattro operai del Comune durante lo svolgimento delle loro mansioni con annessa una didascalia denigratoria.

La citata **Sez. 5, "Chita Tiziana", Rv. 28102301 – 28102302**, ha ribadito, inoltre, l'orientamento per il quale un sito *web*, un *blog*, un *forum*, un *social network*, quale *Facebook*, sono da considerarsi "mezzi di pubblicità" a tutti gli effetti, in quanto consentono la diffusione di testi, immagini e video a una moltitudine di utenti o destinatari - potenzialmente *erga omnes* o ristretto ad una cerchia più o meno vasta di "amici", ciò che consente di sussumere la diffamazione su internet nella previsione dell'art. 595, comma 3, cod. pen. Si osserva che la pubblicazione di un commento su una bacheca di un *social network* assume il significato di dare al suddetto messaggio una diffusione che potenzialmente ha la capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone, sicché, laddove questo sia offensivo, deve ritenersi integrata la fattispecie aggravata del reato di diffamazione a mezzo stampa. Tuttavia, poiché i *social network* non sono ordinariamente destinati ad un'attività di informazione professionale diretta al pubblico, l'eventuale condotta di diffamazione non può dirsi posta in essere "col mezzo della stampa", con conseguente esclusione della sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 13 della legge n. 47 del 1948 (sul tema, cfr. Sez. 5, n. 4873 del 14/11/2016 – dep. 2017, P.M. in proc. Manduca, Rv. 269090 – 01; Sez. 1, n. 24431 del 28/04/2015, Conflitto di competenza, Rv. 26400701).

Nella sentenza si evidenzia che la pubblicazione di foto che riprendono un momento criticabile della vita di terzi, può integrare gli estremi della fattispecie della diffamazione quando si dia l'impressione che lo scatto sia rappresentativo di una condotta generalizzata di chi vi è ritratto e di cui così si offende la reputazione. Il riferimento ad un generico collegamento con singoli episodi non è sufficiente a giustificare conclusioni critiche che, aspre o meno che siano nei toni, offendono la reputazione dei soggetti interessati, finendo per essere suggestive ed insinuanti, nella misura in cui lasciano intendere ai destinatari della comunicazione che quei singoli episodi siano - ciò che invece non è documentato, ossia non risponde al vero - espressione di una condotta generalizzata.

L'attività di pubblicazione di contenuti, anche di carattere informativo, su un *blog* o un *social network* non consente una assimilazione, sul piano della disciplina normativa e degli effetti penali, alle testate giornalistiche telematiche.

In particolare, **Sez. 5, n. 7220 del 12/01/2021, Romano Rosalba, Rv. 28047301**, ha ribadito il principio secondo cui, in tema di diffamazione, l'amministratore di un sito internet non è responsabile ai sensi dell'art. 57 cod. pen., in quanto tale norma è applicabile alle sole testate giornalistiche telematiche e non anche ai diversi mezzi informatici di manifestazione del pensiero (*forum, blog, newsletter, newsgroup, mailing list, facebook*), salvo che sussistano elementi che denotino la compartecipazione dell'amministratore alla attività diffamatoria. Nel caso di specie, è stata ritenuta sussistente la responsabilità, a titolo di concorso, del titolare di un sito internet che non solo aveva dichiarato di condividere la pubblicazione di un articolo offensivo della reputazione di un agente di polizia, ma aveva collaborato alla raccolta delle informazioni necessarie per la sua redazione, prendendo parte al collettivo politico che lo aveva concepito e rivendicato in dibattito il relativo contenuto (in senso conforme, Sez. 5, n. 16571 del 19/02/2018, Rando, Rv. 27268501, ove si è precisato che il mero ruolo di amministratore di un forum di discussione non determina il concorso nel reato conseguente ai messaggi ad altri materialmente riferibili, in assenza di elementi che denotino la compartecipazione dell'amministrazione all'attività diffamatoria).

Infatti, solo la testata giornalistica telematica rientra nella nozione di "stampa" di cui all'art. 1 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 e come tale è funzionalmente assimilabile a quella tradizionale in formato cartaceo (Sez. 5, n. 1275 del 23/10/2018 – dep. 2019 - Sgroi Maurizio, Rv. 27438501, che ha ritenuto applicabile alle condotte diffamatorie riconducibili alla testata telematica le fattispecie di reato di cui agli artt. 595, comma terzo, cod. pen. e 13, legge n.48 del 1947, nonché quella di cui all'art. 57, cod. pen., per il direttore della stessa).

Il tema involge il profilo dell'assoggettabilità a sequestro preventivo, in relazione al reato di diffamazione, della testata giornalistica telematica. Sul tema Sez. U, n. 31022 del 29/01/2015, Fazzo e altro, Rv. 26409001, ha evidenziato come la soluzione favorevole a detta assoggettabilità legittimerebbe «un irragionevole trattamento differenziato dell'informazione giornalistica veicolata su carta rispetto a quella diffusa in rete, con la conseguenza paradossale che la seconda, anche se mera riproduzione della prima, sarebbe assoggettabile, diversamente da quest'ultima, a sequestro preventivo». Di qui la necessità di una nozione costituzionalmente orientata del concetto di "stampa", idonea a ricomprendervi «la nuova realtà dei quotidiani o periodici on line regolarmente registrati e destinatari, al pari della stampa tradizionale, delle provvidenze pubbliche previste per l'editoria». Nel quadro di tale nozione, «la previsione

dell'obbligo di registrazione della testata on line, che deve contenere le indicazioni prescritte e deve essere guidata da un direttore responsabile, giornalista professionista o pubblicista, non è un mero adempimento amministrativo fine a sé stesso, ma è funzionale a individuare le responsabilità (civili, penali, amministrative) collegate alle pubblicazioni e a rendere operative le corrispondenti garanzie costituzionali, aspetti questi che, in quanto strettamente connessi e consequenziali alla detta previsione, sono ineludibili». Ne deriva che «il giornale telematico, sia se riproduzione di quello cartaceo, sia se unica e autonoma fonte di informazione professionale, soggiace alla normativa sulla stampa, perché ontologicamente e funzionalmente è assimilabile alla pubblicazione cartacea. E', infatti, un prodotto editoriale, con una propria testata identificativa, diffuso con regolarità in rete; ha la finalità di raccogliere, commentare e criticare notizie di attualità dirette al pubblico; ha un direttore responsabile, iscritto all'Albo dei giornalisti; è registrato presso il Tribunale del luogo in cui ha sede la redazione; ha un hostig provider, che funge da stampatore, e un editore registrato presso il ROC».

In linea con tale impostazione è il principio di diritto affermato dalle Sezioni unite civili (Sez. U civ., n. 23469 del 18/11/2016, Rv. 64153701), secondo cui la tutela costituzionale assicurata dall'art. 21, terzo comma, Cost. alla stampa si applica al giornale o al periodico pubblicato, in via esclusiva o meno, con mezzo telematico, quando possieda i medesimi tratti caratterizzanti del giornale o periodico tradizionale su supporto cartaceo e quindi sia caratterizzato da una testata, diffuso o aggiornato con regolarità, organizzato in una struttura con un direttore responsabile, una redazione ed un editore registrato presso il registro degli operatori della comunicazione, finalizzata all'attività professionale di informazione diretta al pubblico, cioè di raccolta, commento e divulgazione di notizie di attualità e di informazioni da parte di soggetti professionalmente qualificati. Ne consegue che, ove sia dedotto il contenuto diffamatorio di notizie ivi pubblicate, il giornale pubblicato, solo o anche, con mezzo telematico non può essere oggetto, in tutto o in parte, di provvedimento cautelare preventivo o inibitorio, di contenuto equivalente al sequestro o che ne impedisca o limiti la diffusione, ferma restando la tutela eventualmente concorrente prevista in tema di diffusione dei dati personali.

L'indicata valorizzazione del legame inscindibile tra l'obbligo di registrazione della testata *on line*, con l'indicazione del direttore responsabile, giornalista professionista o pubblicista, da un lato, e, dall'altro, l'individuazione delle responsabilità collegate alle pubblicazioni indispensabile a rendere operative la garanzia costituzionale di cui all'art. 21, terzo comma, Cost., è alla base dell'arresto di **Sez. 5, n. 20644 del 23/04/2021, R.T.I. Reti Televisive Italiane**

s.p.a., Rv. 28131001. La Corte ha ritenuto legittimo il sequestro preventivo di un sito "web" di informazione televisiva che, pur soggetto al formale controllo di un apposito "delegato", non possieda le caratteristiche formali di una testata giornalistica telematica registrata, non potendo trovare applicazione la normativa di rango costituzionale e di livello ordinario che disciplina l'attività di informazione professionale diretta al pubblico (in senso conforme, la coeva **Sez. 5, n. 20645 del 23/04/2021, Politi, non massimata**).

Sotto tale aspetto non è sufficiente che il sito *web* di informazione, sinergico ad un programma televisivo, abbia una propria organizzazione, che, di per sé, è il tratto tipico dell'attività di impresa e non può certo "surrogare" il dato formale della registrazione, con le relative indicazioni, compresa quella del direttore responsabile. Questi, anche sul piano penale, è chiamato a rispondere dei fatti diffamatori in forza di una specifica posizione di garanzia disciplinata dalla legge e non solo in un'ottica di mera - facoltativa - ripartizione interna dei compiti dell'impresa, del tutto priva di quei connotati giuridici che fondano la suddetta responsabilità ex art. 57 cod. pen. in capo al direttore della testata giornalistica telematica registrata. Ne consegue che non può essere riconosciuto il peculiare statuto accordato alle testate giornalistiche, "tradizionali" o telematiche, non assoggettabili a sequestro preventivo in relazione al reato di diffamazione.

Infine, poiché l'evento della fattispecie di diffamazione consiste nella percezione da parte dei terzi della espressione offensiva, anche se la comunicazione con più persone e/o la percezione da parte di costoro del messaggio non siano contemporanee (alla trasmissione) e contestuali (tra di loro), ove sia realizzata mediante *social* o creazione ed utilizzo di uno spazio *web*, la comunicazione deve intendersi effettuata potenzialmente *erga omnes*, anche se in un ambito ristretto di tutti coloro che siano autorizzati a connettersi ovvero abbiano gli strumenti e la capacità tecnica per accedere alla piattaforma *on line*.

Giova richiamare sul tema, l'orientamento della giurisprudenza sovranazionale che ha affermato il principio secondo cui non è contraria all'art. 10 Conv. EDU, che garantisce la libertà di manifestazione del pensiero, la comminazione di una sanzione pecuniaria a carico di un portale commerciale di *news* che consenta la libera pubblicazione di commenti e non proceda all'immediata rimozione di quelli con contenuti diffamatori o che incitino all'odio (Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, 17 giugno 2015, Delfi c. Estonia, ricorso n. 64569/09). La Corte di Strasburgo sottolinea che il principio non concerne altri tipi di piattaforme Internet in grado di ospitare commenti di utenti terzi, come i *forum* di discussione o i siti *web* dove gli utenti possono manifestare liberamente le loro idee su qualsiasi argomento senza che la discussione sia moderata dagli interventi di un soggetto responsabile del *forum*

stesso, ovvero i *social network* dove il fornitore della piattaforma non produce alcun contenuto, ma gestisce un sito o un blog relativo ad attività ludiche o inerenti al tempo libero (§. 116).

Sul tema della responsabilità dei fornitori di servizi informatici ovvero degli Internet Provider Service per il reato di diffamazione la Corte (Sez. 5, n. 12456 dell'8/11/2018 - dep. 2019, Amodeo, non massimata) aveva già chiarito che anche i *providers* rispondono degli illeciti posti in essere in prima persona; così, il c.d. *content provider*, ossia il *provider* che fornisce contenuti, risponde direttamente per eventuali illeciti perpetrati con la diffusione dei medesimi. Di contro, si esclude che il provider debba rispondere del fatto illecito altrui, posto in essere avvalendosi delle infrastrutture di comunicazione del *network provider*, del server dell'*access provider*, del sito creato sul server dell'*host provider* o delle pagine memorizzate temporaneamente dai *cache-providers*. Nella pronuncia si è sottolineata, tra l'altro, l'intrinseca diversità tra gli *internet providers* e gli amministratori di *blog*, che al contrario dei primi non forniscono alcun servizio agli utenti, ma si limitano a mettere a disposizione degli stessi una piattaforma sulla quale poter interagire attraverso la pubblicazione di contenuti e commenti su temi, nella maggior parte dei casi proposti dallo stesso *blogger*, «in quanto caratterizzati dalla linea, che si potrebbe definire (anche se impropriamente) "editoriale", impressa proprio dal gestore della suddetta piattaforma». Il *blog* o *web blog* è un "diario di rete", un contenitore di testo aggiornabile in tempo reale (mediante i c.d. *post*) grazie ad apposito *software*.

La giurisprudenza della Corte EDU ha chiarito i limiti della responsabilità dei gestori di siti e blog per i commenti degli utenti che abbiano contenuto diffamatorio (Corte EDU, 9 marzo 2017, Pihl vs. Svezia, con riferimento alla pubblicazione su un blog gestito da un'associazione di un commento, in risposta ad un post in cui si attribuiva ad un cittadino svedese, Phil, l'appartenenza ad un partito nazista, di un soggetto anonimo che accusava il medesimo di essere un consumatore abituale di sostanze stupefacenti). La Corte di Strasburgo ha escluso una responsabilità personale del blogger quando questi, reso edotto dell'offensività della pubblicazione altrui (nella specie, a seguito di segnalazione della persona offesa), decide di intervenire prontamente a rimuovere il post offensivo. Il principio è stato ribadito più di recente da Corte EDU, Sez. 2 del 19/03/2019, Hoiness C/ Norvegia, in relazione alla responsabilità del gestore di un "forum", che per sue caratteristiche prevede commenti al contenuto editoriale "postati" in tempo reale senza alcuna possibilità di censura immediata o preventiva da parte dello staff o del gestore. La Corte ha evidenziato, tuttavia, che nel caso di specie, la piattaforma era dotata di un sistema generale di monitoraggio dei contenuti, con la predisposizione di "*warning buttons*" on the

website che consentivano ai lettori di segnalare la propria reazione ai commenti ed ai collaboratori editoriali di intervenire di propria iniziativa per rimuoverli.

L'immediata lesività della pubblicazione di contenuti diffamatori mediante *social* incide, infine, sul piano della valutazione della tempestività della querela. Sul punto, **Sez. 5, n. 22787 del 30/04/2021, Galfrascoli Villa, Rv. 28126101**, ha affermato che, in tema di diffamazione tramite "internet", ai fini della individuazione del "dies a quo" per la decorrenza del termine per proporre querela, occorre fare riferimento, in assenza di prova contraria da parte della persona offesa, ad una data contestuale o temporalmente prossima a quella in cui la frase o l'immagine lesiva sono immesse sul "web", atteso che l'interessato, normalmente, ha notizia del fatto commesso mediante la "rete" accedendo alla stessa direttamente o attraverso terzi che in tal modo ne siano venuti a conoscenza. In applicazione del principio la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata per aver ritenuto la tempestività della querela, presentata dopo oltre quattro mesi dalla pubblicazione di un "post" diffamatorio, sulla base della sola dichiarazione assertiva della persona offesa di non aver avuto per lungo tempo accesso ai "social network".

L'arresto ribadisce l'orientamento espresso da Sez. 5, n. 38099 del 29/05/2015, Cavalli, Rv. 26499901 e Sez. 5, n. 23264 del 27/04/2012, P.C. in proc. Ayroldi, Rv. 25296401, in cui il momento della percezione da parte dei terzi dell'espressione ingiuriosa pubblicata sul *web* coincide con quello in cui il collegamento sia attivato, di guisa che l'interessato, normalmente, ha notizia della immissione in internet del messaggio offensivo o accedendo direttamente in rete o mediante altri soggetti che, in tal modo, ne siano venuti a conoscenza. Ne consegue, se non la assoluta contestualità tra immissione in rete e cognizione del diffamato, almeno una prossimità temporale di essi, fatta salva la possibilità per l'interessato di dare dimostrazione contraria.

3. Tutela del diritto all'immagine sui social: configurabilità del concorso tra i reati di sostituzione di persona e di illecito trattamento dei dati.

I *social network* costituiscono strumenti di proiezione sociale dell'immagine dell'individuo, espressiva di gusti e attitudini personali. L'interazione con l'uso di massa delle piattaforme *social* produce il rischio che possa essere rivelati non solo le notizie inerenti alla persona, ma l'intera sua connessione di rapporti e, attraverso questi, circostanze relative alla vita personale del soggetto.

In tale prospettiva si colloca l'esigenza della tutela giuridica penale della lesione del diritto all'immagine sulle piattaforme social, come nel caso di una creazione ed utilizzo di un falso profilo su *Facebook*. Costituisce approdo pacifico

della giurisprudenza di legittimità che tale condotta integri il delitto di sostituzione di persona perché il falso "profilo social" consente all'agente di servirsi abusivamente dell'immagine di un diverso soggetto, inconsapevole, tale da realizzare la rappresentazione di un'identità digitale non corrispondente al soggetto che ne fa uso (Sez. 5, n. 22049 del 06/07/2020, Yague, Rv. 27935801). La descrizione di un profilo poco lusinghiero sul "social network" evidenzia sia il fine di vantaggio, consistente nell'agevolazione delle comunicazioni e degli scambi di contenuti in rete, sia il fine di danno per il terzo, di cui è abusivamente utilizzata l'immagine in rete.

Ordinariamente la condotta di creazione di un falso profilo su "social network" è associata all'utilizzo di un *nickname* di fantasia e alla pubblicazione di caratteristiche personali di terzi inconsapevoli, al fine di comunicare con altri iscritti e di condividere materiale in danno al terzo (Sez. 5, n. 25774 del 23/04/2014, Sarlo, Rv. 25930301) ovvero di rappresentare in modo ingannevole la disponibilità della persona associata all'immagine a ricevere comunicazioni a sfondo sessuale o sentimentale (Sez. 5, n. 18826 del 28/11/2012 - dep. 2013, Celotti, Rv. 25508601).

In particolare, si è ritenuto configurabile il reato di cui all'art. 494 cod. pen. nell'apertura di un falso profilo "facebook" intestato alla persona offesa sulla cui bacheca venivano pubblicato un messaggio intimidatorio (**Sez. 5, n. 27063 del 7/06/2021, Maraldi, non massimata**), ovvero nell'utilizzo di un profilo altrui, previa modifica della *password* e del relativo *account*, così impedendone l'accesso al legittimo titolare, al fine di pubblicare "link" pornografici per i frequentatori della rete, tratti in inganno sulla riconducibilità del servizio offerto al profilo di un altro soggetto (**Sez. 5, n. 34183 del 15/06/2021, Trifilò, non massimata**).

Altre volte l'apertura di un profilo *facebook* falsamente riconducibile alla persona offesa si presenta in concreto strumentalmente connessa alla realizzazione del più grave reato di atti persecutori (**Sez. 5, n. 8907 del 19/01/2021, P., non massimata**, con riferimento alle condotte di pedinamento ed invio di messaggi ai danni del coniuge separato, alle cui informazioni aveva avuto accesso, carpendole da una sua amica e confidente, all'uopo contattata usando un falso profilo riconducibile alla vittima; **Sez. 5, n. 32735 del 25/05/2021, I.M., non massimata**, nel caso di utilizzo, tra le condotte intimidatorie e di molestia poste in essere dall'imputato, di profili *Facebook* o *Whatsapp* apparentemente riferibili ad altri, al fine di poter contattare la persona offesa quando costei non voleva rispondere alle sue chiamate, inoltrandole messaggi anche ingiuriosi e minacciosi).

In tale prospettiva, **Sez. 5, n. 12062 del 05/02/2021, Di Calogero, Rv. 28075802**, con riferimento alla condotta di utilizzo dell'immagine di una

persona ignara e non consenziente per la creazione di un falso profilo su un "social network", ha affermato che è configurabile il concorso formale tra il reato di sostituzione di persona (art. 494 cod. pen.) e quello di trattamento illecito di dati personali, di cui all'art. 167 del d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196, stante la diversa oggettività giuridica delle fattispecie, in quanto il primo tutela la fede pubblica, mentre il secondo la riservatezza, che ha riguardo all'aspetto interiore dell'individuo e al suo diritto a preservare la propria sfera personale da indiscrezioni e attenzioni indebite, pur potendo ricorrere tra le due fattispecie omogeneità della condotta realizzativa. Nella specie, l'agente aveva creato un profilo *ex novo* sul social network denominato *Badoo*, associando allo stesso l'immagine della persona offesa, a sua insaputa.

La Corte evidenzia che il reato di illecito trattamento dei dati personali, di cui all'art. 167 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 è integrato dall'ostensione di dati personali del loro titolare ai frequentatori di un *social network* attraverso l'inserimento degli stessi, previa creazione di un falso profilo, sul relativo sito (Sez. 3, n. 42565 del 28/05/2019, Luca Giovanni, Rv. 27683001), posto che il nocumento che ne deriva al titolare medesimo s'identifica in un qualsiasi pregiudizio giuridicamente rilevante di natura patrimoniale o non patrimoniale subito dal soggetto cui si riferiscono i dati protetti oppure da terzi quale conseguenza dell'illecito trattamento (Sez. 3, n. 52135 del 19/06/2018, Bellilli, Rv. 27545603).

L'immagine della persona offesa abusivamente utilizzata non è di dominio pubblico: il profilo *Facebook* della vittima, in cui l'immagine stessa era postata, non può, infatti, qualificarsi come un luogo virtuale pubblico, in quanto protetto da particolari misure atte a non consentirne l'accesso se non a persone previamente selezionate dal titolare del profilo stesso, quali la duplice condizione della "richiesta di amicizia" e dell'accettazione, tramite web (Sez. 5, n. 2905 del 02/10/2018 - dep. 22/01/2019, Rv. 274596; Sez. 3, n. 1647 del 27/09/2018 - dep. 15/01/2019, Rv. 275460).

4. L'utilizzo dei social network nel reato di pornografia minorile.

Le potenzialità offerte dai *social network*, caratterizzati da elevata e non controllabile capacità di diffusione di immagini e di contenuti comunicativi, vengono sempre più spesso utilizzate per la divulgazione di immagini a sfondo sessuale raffiguranti vittime minorenni. La pubblicazione di foto pornografiche relative a minori su una bacheca di un profilo *facebook* integra il reato di cui all'art. 600-ter, comma 3, cod. pen., essendo insito nel mezzo il pericolo di diffusione del materiale prodotto.

In particolare, **Sez. 3, n. 2252 del 22/10/2020, dep. 2021, C., Rv. 28082501** ha ritenuto correttamente configurato il tentativo del delitto di pornografia minorile nella condotta dell'agente che, dopo aver contattato la persona offesa minore attraverso *Facebook*, presentandosi come un sedicenne, le chiedeva di inviargli foto che la ritraevano senza vestiti e video mentre compiva atti di autoerotismo. La Corte ha osservato che si tratta di fattispecie delittuosa di danno nel quale l'utilizzazione del minore per la realizzazione del materiale pornografico compromette di per sé l'immagine, la dignità e il corretto sviluppo sessuale del medesimo, costituenti il bene giuridico tutelato, ritenendo ormai superato il riferimento al presupposto del pericolo concreto di diffusione del materiale realizzato. Si sottolinea che la disponibilità di un collegamento a Internet rappresenta un *quid pluris*, oggetto di verifica caso per caso, rispetto alla semplice disponibilità di una fotocamera con la quale realizzare immagini o video pornografici, per l'accessibilità generalizzata alle tecnologie della comunicazione, che implicano facilità, velocità e frequenza nella creazione, nello scambio, nella condivisione, nella diffusione di immagini e video ritraenti una qualsiasi scena anche della vita privata. Il riconoscimento della potenzialità diffusiva dei *social networks* come *Facebook* rende inutile qualsiasi riferimento al pericolo in concreto di diffusione delle immagini, ormai implicito nel concetto stesso di pornografia.

La *ratio* della norma incriminatrice è certamente quella di combattere il mercato della pedofilia, di reprimere le generalità delle condotte che danno origine a materiale pornografico attraverso lo sfruttamento dei minori, condotte facilmente attuabili attraverso i *social*.

Oggetto della tutela penale sono l'immagine, la dignità e il corretto sviluppo sessuale del minore. L'utilizzazione del minore nella realizzazione di materiale pornografico compromette di per sé il bene giuridico (Sez. U, n. 51815 del 31/05/2018, M., Rv. 27408701).

Non assume alcun rilievo il fatto che l'autore avesse intenzione non di condividere con il mondo dei pedofili quel materiale, bensì di soddisfare i propri impulsi sessuali, poiché in effetti l'imputato si è avvalso di un mezzo comunicativo strutturato come *Facebook*, intrinsecamente finalizzato ad ogni diffusione, di cui è notoria l'incapacità strutturale ad arginare la circolazione di questo tipo di materiale (Sez. 3, n. 16340 del 12/03/2015, M., Rv. 26335501, che ha ritenuto integrati gli estremi della diffusione nell'inserimento di materiale pedopornografico all'interno del social network "Facebook"; Sez. 3, n. 37835 del 29/03/2017, D. C., Rv. 27090601, che ha ritenuto esente da censure la sentenza di merito che aveva desunto il pericolo di diffusione dal fatto che le immagini pedopornografiche erano state inviate tramite l'applicazione "WhatsApp" di un telefono cellulare ai minori divenuti oggetto delle mire sessuali dell'imputato,

quale strumento di persuasione e corruzione; Sez. 3, n. 33298 del 16/11/2016, D. C. C., Rv. 27041801, che ha ritenuto integrata la condotta di diffusione nell'inserimento di materiale pedopornografico in una cartella informatica accessibile da parte di terzi attraverso l'uso del programma di condivisione "emule"; Sez. 3, n. 35295 del 12/04/2016, R. e altro, Rv. 26754601, in riferimento alla conservazione di un video nella memoria del telefono, successivamente sottoposto alla visione di terzi).

5. *Social network* e reato di atti persecutori.

L'utilizzo improprio di messaggi (*post*) e comunicazioni diffusi sui *social-media* (nella casistica, il più utilizzato è il network *Facebook*), per la elevata potenzialità diffusiva del mezzo telematico, costituisce ormai la più pervasiva modalità di realizzazione delle condotte tipiche reiterate di minaccia e molestia proprie del delitto di *stalking*. Lo stesso comma secondo dell'art. 612-bis cod. pen., del resto, prevede un aggravamento della pena quando il fatto sia commesso «attraverso strumenti informatici o telematici».

Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 612-bis cod. pen., occorre, da un lato, accertare, in fatto, il carattere e l'efficacia intimidatoria degli scritti "postati", e, dall'altro, verificare le modalità di diffusione dei messaggi. Sotto tale ultimo profilo, deve tenersi conto che, nel caso di comunità virtuali strutturate alla stregua del *social-media Facebook* le comunicazioni possono avvenire sia attraverso l'invio di intimidazioni al "profilo" del destinatario, sia mediante pubblicazione diretta sul "profilo" personale dell'agente. Nel primo caso, si attua pacificamente una diretta invasione della sfera privata altrui, rilevante ai fini della configurabilità del reato in esame, non dissimilmente a quanto si realizza con le comunicazioni con il telefono o con i messaggi sms o tramite *whatsapp*. Nel secondo caso, onde poter ritenere sussistente il reato di atti persecutori, va verificata l'accessibilità ai terzi del profilo, che è certamente scontata - anche quando non risulti provato il diretto accesso al "profilo" della persona offesa - quando questo sia aperto o facilmente consultabile, cosicché la vittima possa venirne a conoscenza attraverso altri della pubblicazione offensiva od intimidatoria. Il principio è espresso da **Sez. 5, n. 19363 del 31/03/2021, C., non massimata**, in relazione a reiterati e continui insulti e minacce al sindaco ed al presidente del consiglio comunale, inseriti dall'imputato sul suo profilo *facebook*, che avevano cagionato negli stessi un perdurante stato d'ansia e un fondato timore per l'incolumità propria e dei familiari, tale da costringerli a mutare le abitudini di vita.

Deve evidenziarsi, tuttavia, che la mera pubblicazione, ancorché reiterata, di articoli giornalistici di contenuto diffamatorio non integra il delitto di atti persecutori (Sez. 5, n. 48007 del 19/10/2016, P.M. in proc. D. G., Rv. 26846201).

In particolare, Sez. 5, n. 34512 del 03/11/2020, P., Rv. 27997701, ha ritenuto non configurabile il reato di cui all'art. 612-bis cod. pen. nella pubblicazione di "post" (ovvero di singoli messaggi rivolti ad una determinata persona) su una pagina "Facebook", liberamente accessibile a chiunque, che siano meramente canzonatori ed irridenti, in assenza del requisito della inevitabile invasività della sfera privata della vittima, attuabile, invece, solo con altri mezzi - sms, e messaggi *whatsapp* per citare i più avanzati tecnologicamente.

Occorre tenere, dunque, distinti i profili del possibile contenuto diffamatorio dei commenti postati sui *social* da quelli di minaccia o molestia che costituiscono le condotte aggressive tipiche del reato di cui all'art. 612-bis cod. pen.

Non si nega la possibilità che i contenuti pubblicati sul *social-media Facebook*, pur ipoteticamente diffamatori, possano costituire al contempo condotte di minaccia o molestia, ma è necessario che l'invio reiterato di messaggi e comunicazioni tramite i *social-media* costituisca condotta di più ampio spettro, tale da avere portata concretamente intimidatoria o molesta, perché realizzanti una invasione della sfera privata delle vittime del reato.

Non è tanto il mezzo attraverso il quale si diffonde la comunicazione lesiva che consente di ritenere sussistente il delitto di cui all'art. 612-bis cod. pen. quanto, piuttosto, il contenuto della stessa che deve avere una portata concretamente vessatoria in danno della persona offesa (Sez. 6, n. 32404 del 16/07/2010, Distefano, Rv. 24828501, secondo cui integra l'elemento materiale del delitto di atti persecutori il reiterato invio alla persona offesa di "sms" e di messaggi di posta elettronica o postati sui cosiddetti "social network", nonché la divulgazione attraverso questi ultimi di filmati ritraenti rapporti sessuali intrattenuti dall'autore del reato con la medesima; Sez. 5, n. 26049 del 01/03/2019, P., Rv. 27613101, che ha ritenuto correttamente configurato l'elemento materiale del delitto di atti persecutori nella condotta di chi reiteratamente pubblica sui "social network" foto o messaggi aventi contenuto denigratorio della persona offesa - con riferimenti alla sfera della sua libertà sentimentale e sessuale - in violazione del suo diritto alla riservatezza).

La Corte ha, inoltre, ribadito che, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 612-bis cod. pen, non si richiede l'accertamento di uno stato patologico indotto nella vittima ma è sufficiente che gli atti ritenuti persecutori - e nella specie costituiti da minacce, pedinamenti e insulti alla persona offesa, inviati con messaggi telefonici o, comunque, espressi nel corso di incontri imposti - abbiano un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima

(Sez. 5, n. 34478 del 04/06/2021, C.G.M., non massimata, con riferimento alle condotte dell'imputato che aveva inviato messaggi ingiuriosi e pubblicato su "Facebook" numerosi post riguardanti la vita sessuale della ex fidanzata; conf., Sez. 5, n. 18646 del 17/02/2017, C., Rv. 27002001; Sez. 5, n. 16864 del 10/01/2011, C., Rv. 25015801).

Al principio si conformano altri recenti arresti della Corte e, nella specie:

- **Sez. 5, n. 38896 del 24/06/2021, D.D.M.**, non massimata, ha ritenuto corretta la valutazione della corte di merito che ha riscontrato la produzione di uno stato d'ansia della vittima quale conseguenza delle reiterate condotte poste in essere dall'imputato e, in particolare, degli appostamenti per controllare gli spostamenti della persona offesa, della quotidiana presenza nei luoghi da lui frequentati (compreso il luogo di lavoro), nonché dei ripetuti messaggi a lui indirizzati (anche creando un nuovo account Facebook al fine di aggirare il blocco delle comunicazioni provenienti dalla donna);

- **Sez. 5, n. 7994 del 09/12/2020, dep. 2021, S.**, non massimata sul punto, ha ritenuto correttamente configurato il reato di atti persecutori nell'aver l'imputato posto in essere assillanti ed intimidatori pedinamenti ai danni della vittima, nei luoghi da lei frequentati, molestato telefonicamente la donna con continue telefonate, tanto da indurla a bloccare il suo numero di telefono in entrata, danneggiato l'auto di uno degli amici della vittima, proprio in circostanze in cui questi e un altro amico si trovavano insieme alla sua ex compagna, conferendo, poi, all'accaduto l'inquietante valenza di "avvertimento" intimidatorio diretto alla persona offesa, tramite un "post" rivendicativo su *facebook*. Si tratta, secondo la Corte, di episodi ai quali è conseguito un mutamento delle abitudini di vita da parte della vittima, che, in seguito al danneggiamento predetto, ha deciso di interrompere i rapporti e la frequentazione dei due amici per timore delle ritorsioni dell'imputato;

- **Sez. 5, n. 21487 del 29/04/2021, F., Rv. 28131301**, ha affermato l'incompatibilità dell'attenuante della provocazione con il delitto di atti persecutori, che è reato abituale, caratterizzato dalla reiterazione nel tempo di comportamenti antiggiuridici di analoga natura, in quanto quella che si vorrebbe prospettare come una reazione emotiva ad un fatto ingiusto costituisce, in realtà, espressione di un proposito di rivalsa e di vendetta al quale l'ordinamento non può dare riconoscimento alcuno. Nella specie, la Corte ha ritenuto che, secondo massime di comune esperienza, la condotta consistente in pedinamenti, appostamenti e pubblicazione sul sito di socializzazione *Facebook* di contenuti atti a delinearne un profilo negativo della vittima (segnatamente una tal quale attitudine ad intrattenere relazioni con persone già impegnate in stabili relazioni

affettive), sono tali da determinare un effetto destabilizzante sulla persona che ne sia attinta;

- **Sez. 5, n. 8919 del 16/02/2021, F., Rv. 28049701**, ha affermato che integra il delitto di atti persecutori la reiterata ed assillante comunicazione di messaggi, anche postati su *Facebook*, di contenuto persecutorio, ingiurioso o minatorio, oggettivamente irridenti ed enfaticizzanti la patologia della persona offesa, diretta a plurimi destinatari ad essa legati da un rapporto qualificato di vicinanza, ove l'agente agisca nella ragionevole convinzione che la vittima ne venga informata e nella consapevolezza, della idoneità del proprio comportamento abituale a produrre uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice;

- infine, **Sez. 5, n. 10286 del 10/02/2021, D.B.L., non massimata**, ha ritenuto correttamente configurato il reato nel caso della pubblicazione su *Facebook* di notizie diffamatorie nei confronti della persona offesa, in quanto la corte di merito ha dato conto dello stato di ansia determinato nella persona offesa dal continuo invio di messaggi, di contenuto anche minaccioso, e dal compimento di atti di autolesionismo, portato a conoscenza della vittima al fine di colpevolizzarla (in senso conforme, **Sez. 5, n. 1522 del 23/11/2020 – dep. 2021. Z.A., non massimata**, in relazione alla condotta di reiterato invio di messaggi e telefonate - nonché pubblicazione di post gravemente diffamatori su *Facebook* - alla persona offesa, che non contraccambiava i sentimenti dell'imputato, per convincerla in modo minaccioso ed ingiurioso a riprendere il rapporto, con proposito di vendicarsi minacciando di morte anche gli uomini che riteneva la frequentassero).

Sul tema della rilevanza anche di condotte rivolte verso terzi e solo indirettamente contro la persona offesa, giova richiamare **Sez. 6, n. 8050 del 12/01/2021, G., Rv. 28108101** che ha riconosciuto che l'evento del reato di atti persecutori, consistente nell'alterazione delle abitudini di vita o nel grave stato di ansia o paura indotto nella persona offesa, deve essere il risultato della condotta illecita valutata nel suo complesso, nell'ambito della quale possono assumere rilievo non solo le minacce o molestie dirette alla persona offesa dall'imputato, dopo l'interruzione di una relazione extraconiugale, ma anche le minacce e le denunce calunniose proposte nei confronti del marito e del padre della persona offesa, in quanto inserite nell'unitaria condotta persecutoria.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

- Sez. 6, n. 32404 del 16/07/2010, Distefano, Rv. 24828501
Sez. 5, n. 16864 del 10/01/2011, C., Rv. 25015801
Sez. 5, n. 23264 del 27/04/2012, P.C. in proc. Ayroldi, Rv. 25296401
Sez. 5, n. 18826 del 28/11/2012, dep. 2013, Celotti, Rv. 25508601
Sez. 5, n. 25774 del 23/04/2014, Sarlo, Rv. 25930301
Sez. U, n. 31022 del 29/01/2015, Fazzo e altro, Rv. 26409001
Sez. 3, n. 16340 del 12/03/2015, M., Rv. 26335501
Sez. 5, n. 31669 del 14/04/2015, Marcialis, Rv. 26444201
Sez. 1, n. 24431 del 28/04/2015, Conflitto di competenza, Rv. 26400701
Sez. 5, n. 38099 del 29/05/2015, Cavalli, Rv. 26499901
Sez. 3, n. 35295 del 12/04/2016, R. e altro, Rv. 26754601
Sez. 5, n. 37397 del 24/06/2016, C., Rv. 26786601
Sez. 5, n. 48007 del 19/10/2016, P.M. in proc. D. G., Rv. 26846201
Sez. 5, n. 4873 del 14/11/2016, dep. 2017, P.M. in proc. Manduca, Rv. 26909001
Sez. 3, n. 33298 del 16/11/2016, D. C. C., Rv. 27041801
Sez. 5, n. 18646 del 17/02/2017, C., Rv. 27002001
Sez. 3, n. 37835 del 29/03/2017, D. C., Rv. 27090601
Sez. 5, n. 16751 del 19/02/2018, Rando, Rv. 27268501
Sez. U, n. 51815 del 31/05/2018, M., Rv. 27408701
Sez. 3, n. 52135 del 19/06/2018, Bellilli, Rv. 27545603
Sez. 5, n. 1275 del 23/10/2018, dep. 2019, Sgroi Maurizio, Rv. 27438501
Sez. 5, n. 12546 dell'8/11/2018, dep. 2019, Amodeo
Sez. 5, n. 2905 del 02/10/2018, dep. 22/01/2019, Rv. 274596
Sez. 3, n. 1647 del 27/09/2018, dep. 2019, Rv. 275460
Sez. 5, n. 26049 del 01/03/2019, P., Rv. 27613101
Sez. 3, n. 42565 del 28/05/2019, Luca Giovanni, Rv. 27683001
Sez. 5, n. 15089 del 29/11/2019, dep. 2020, PMT C/ Cascio, Rv. 27908401
Sez. 5, n. 17243 del 19/02/2020, Lunghini, Rv. 27913301
Sez. 5, n. 22049 del 06/07/2020, Yague, Rv. 27935801
Sez. 3, n. 2252 del 22/10/2020, dep. 2021, C., Rv. 28082501
Sez. 5, n. 34512 del 03/11/2020, P., Rv. 27997701
Sez. 5, n. 1522 del 23/11/2020 – dep. 2021. Z.A.
Sez. 5, n. 7994 del 09/12/2020, dep. 2021, S.
Sez. 5, n. 3204 dell'08/01/2021, C.N.
Sez. 5, n. 8898 del 18/01/2021, Fanini, Rv. 28057101

Sez. 5, n. 7720 del 12/01/2021, Romano Rosalba, Rv. 28047301
Sez. 6, n. 8050 del 12/01/2021, G., Rv. 28108101
Sez. 5, n. 8907 del 19/01/2021, P.
Sez. 5, n. 13979 del 25/01/2021, Chita Tiziana, Rv. 28102301 – 28102302
Sez. 5, n. 12062 del 05/02/2021, Di Calogero, Rv. 28075802
Sez. 5, n. 10286 del 10/02/2021, D.B.L.
Sez. 5, n. 8919 del 16/02/2021, F., Rv. 28049701
Sez. 5, n. 11426 del 04/03/2021, Gasperini
Sez. 5, n. 19363 del 31/03/2021, C.
Sez. 5, n. 20644 del 23/04/2021, R.T.I. RETI TELEVISIVE ITALIANE S.P.A., Rv. 28131001
Sez. 5, n. 20645 del 23/04/2021, Politi
Sez. 5, n. 21487 del 29/04/2021, F., Rv. 28131301
Sez. 5, n. 22787 del 30/04/2021, Galfrascoli Villa, Rv. 28126101
Sez. 5, n. 32735 del 25/05/2021, I.M.
Sez. 5, n. 34478 del 04/06/2021, C.G.M.
Sez. 5, n. 27063 del 7/06/2021, Maraldi
Sez. 5, n. 34183 del 15/06/2021, Trifilò
Sez. 5, n. 38896 del 24/06/2021, D.D.M.

Sentenze della Corte EDU

Corte EDU, Grande Camera, 17/06/2015, Delfi c. Estonia
Corte EDU, 9/03/2017, Pihl vs. Svezia
Corte EDU, Sez. 2, 19/03/2019, Hoiness c. Norvegia

SEZIONE IV
LEGISLAZIONE COMPLEMENTARE
CIRCOLAZIONE STRADALE

CAPITOLO I

QUESTIONI IN TEMA DI GUIDA IN STATO DI EBBREZZA

(PAOLA PROTO PISANI)

Sommario: 1. Il contrasto in ordine all'obbligo di dare avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia al conducente che rifiuti di sottoporsi all'alcooltest. 2. La prova dell'adempimento dell'obbligo di cui all'art. 114 disp. att. cod. proc. pen. 3. L'onere della prova del funzionamento dell'etilometro.

1. Il contrasto in ordine all'obbligo di dare avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia al conducente che rifiuti di sottoporsi all'alcooltest.

Nell'anno in rassegna sembra essersi avviato il superamento del contrasto in ordine alla sussistenza o meno dell'obbligo di dare avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore per l'attuazione dell'"alcoltest" in caso di rifiuto del conducente di sottoporsi all'accertamento, essendosi consolidato l'orientamento che lo esclude sulla base del rilievo che la presenza del difensore è funzionale a garantire che l'atto in questione, in quanto non ripetibile, sia condotto nel rispetto dei diritti della persona sottoposta alle indagini, e non registrandosi decisioni di segno contrario (Sez. 4, n. 16816 del 14/01/2021, Pizio, Rv. 281072; Sez. 4, n. 33594 del 10/02/2021, Brunelli, Rv. 281745; Sez. 4, n. 34753 del 12/11/2020, Errico, non massimata; Sez. 4, n. 29939 del 23/09/2020, Merlino, Rv. 280028; Sez. 4, n. 34355 del 25/11/2020, Cavalieri, Rv. 279920; Sez. 4, n. 4896 del 16/01/2020, Lachhab, Rv. 278579; Sez. 4, n. 40275 del 19/07/2019, Jaha, non massimata; Sez. 4, n. 29275 del 12/06/2019, Chatoubi, non massimata; Sez. 4, n. 34470 del 13/05/2016, Portale, Rv. 267877; Sez. 4, n. 25534 del 20/02/2019, Riso, non massimata; Sez. 4, n. 43845 del 26/09/2014, Lambiase, Rv. 260603; Sez. 4, n. 16553 del 26/01/2011, Pasolini, Rv. 250310).

Su tale questione, fino al 2020, si era registrato un contrasto nella giurisprudenza della Corte in quanto un contrapposto indirizzo riteneva che l'avvertimento di cui all'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., dovesse essere rivolto al conducente del veicolo nel momento di avvio della procedura di accertamento

strumentale dell'alcolemia con la richiesta di sottoporsi al relativo test, con conseguente operatività dell'obbligo di dare l'avviso in questione anche nel caso in cui l'interessato rifiutasse poi di sottoporsi all'accertamento (Sez. 4, n. 13493 del 22/01/2020, Dragna, Rv. 279003; Sez. 4, n. 5314 del 08/11/2019 - dep. 2020-, Spera, Rv. 278621; Sez. 4, n. 10081 del 14/02/2019, Verderio, non massimata sul punto; Sez. 4, n. 57354 del 11/10/2018, Munoz Rivas, non massimata; Sez. 4, n. 14651 del 21/02/2018, Nascimbene, non massimata; Sez. 4, n. 34383 del 06/06/2017, Emanuele, Rv. 270526; Sez. 4, n. 49236 del 3/11/2016, Morello, non massimata).

1.1. L'orientamento che esclude, in caso di rifiuto di sottoporsi all'alcoltest, la configurabilità dell'obbligo di dare avviso al conducente della facoltà di farsi assistere da un difensore si fonda, in primo luogo, sull'interpretazione letterale del combinato disposto degli artt. 356 cod. proc. pen. e 114 disp. att. cod. proc. pen.: prevedendo tale ultima disposizione che l'avviso debba essere dato «*nel procedere al compimento degli atti*», il predetto combinato disposto viene interpretato nel senso che l'avviso debba essere dato allorquando ci si accinge a compiere l'alcooltest, la cui esecuzione presuppone che l'interessato vi acconsenta; distinguendosi tra l'inizio del procedimento volto a verificare lo stato di ebbrezza, già in corso allorquando si registra il rifiuto dell'interessato di sottoporsi all'alcooltest, e il compimento dell'atto irripetibile volto a tale accertamento, che si inserisce nell'ambito del predetto procedimento e richiede il consenso dell'interessato, e rilevandosi che l'art. 114 disp. att. cod. proc. pen. si riferisce specificamente all'atto e non al procedimento (**Sez. 4, n. 16816 del 14/01/2021, Pizio, Rv. 28107201**; Sez. 4, n. 4896 del 16/01/2020, Lachhab, Rv. 278579).

A sostegno di tale interpretazione letterale si valorizza la *ratio* della norma di cui all'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., volta a garantire l'eventuale presenza del difensore al compimento dell'atto a sorpresa e irripetibile, al fine di assicurare che l'atto stesso sia condotto nel rispetto dei diritti della persona sottoposta alle indagini (**Sez. 4, n. 16816 del 14/01/2021, Pizio, Rv. 28107201**; **Sez. 4, n. 33594 del 10/02/2021, Brunelli, Rv. 281745**; Sez. 4, n. 4896 del 16/01/2020, Lachhab, Rv. 278579; Sez. 4, n. 34355 del 25/11/2020, Cavalieri, Rv. 279920; Sez. 4, n. 29939 del 23/09/2020, Merlino, Rv. 280028) rilevandosi, altresì, che «*l'anticipazione della presenza del difensore al momento della richiesta del consenso, non solo non è prevista dalle richiamate disposizioni, ma finirebbe per snaturare la funzione difensiva, che non è quella di consigliare se commettere o meno un reato (consenso no, consenso sì), ma solo di partecipare ad un atto probatorio per garantirne la legalità*» (così espressamente Sez. 4, n. 16553 del 26/01/2011, Pasolini, Rv. 25031001).

Alcune pronunce, inoltre, ritengono che dalla disposizione di cui all'art. 379, comma 3, del Regolamento di esecuzione ed attuazione del codice della strada

(secondo cui «*Nel procedere ai predetti accertamenti, ovvero qualora si provveda a documentare il rifiuto opposto dall'interessato, resta fermo in ogni caso il compito dei verbalizzanti di indicare nella notizia di reato, ai sensi dell'articolo 347 del codice di procedura penale, le circostanze sintomatiche dell'esistenza dello stato di ebbrezza, desumibili in particolare dallo stato del soggetto e dalla condotta di guida*») si tragga la conferma che l'inizio dell'atto assistito è successivo alla constatazione dei sintomi dello stato di ebbrezza ed al consenso a sottoporsi al test, e che il rifiuto precede l'inizio del compimento dell'atto per il quale deve realizzarsi la garanzia difensiva, viene tratta da (Sez. 4, n. 33594 del 10/02/2021, **Brunelli, Rv. 281745**; Sez. 4, n. 34355 del 25/11/2020, Cavalieri, Rv. 279920 Sez. 4, n. 29939 del 23/09/2020, Merlino, Rv. 280028).

Nell'ambito dell'orientamento in esame, si rileva, infine, che nella sentenza “Bianchi” delle Sezioni Unite (Sez. U, n. 5396 del 29/01/2015, Bianchi, Rv. 26302501), richiamata dalle motivazioni delle sentenze riconducibili al contrapposto orientamento, «*non vi è un addentellato ... nemmeno in termini di obiter dictum*» che consenta di pervenire alla soluzione opposta (Sez. 4, n. 4896 del 16/01/2020, Lachhab, Rv. 278579).

1.2. Proprio su Sez. U, “Bianchi”, fa leva il contrapposto orientamento, ove si chiarisce che, “prima” di procedere all'accertamento mediante etilometro, al conducente deve essere dato avvertimento della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia. Ciò conforterebbe l'interpretazione secondo cui tale avvertimento vada dato nel momento in cui viene avviata la procedura di accertamento strumentale dell'alcolemia, con la richiesta di sottoporsi al relativo test, perché è in tale momento che la verifica tecnica prende avvio, cioè che si avvia il procedimento di accertamento.

1.3. Si ricorda che le Sezioni Unite, con la sentenza “Bianchi”, hanno espressamente enunciato il principio di diritto così massimato: «*La nullità conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all'esame alcoolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto degli artt. 180 e 182, comma secondo, secondo periodo, cod. proc. pen., fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado*», nonché espresso quello secondo cui «*in tema di disciplina della circolazione stradale, la polizia giudiziaria non ha l'obbligo di dare avviso della facoltà di nominare un difensore di fiducia alla persona sottoposta agli accertamenti qualitativi non invasivi e alle prove previsti dall'art. 186, comma terzo, cod. strada, in quanto gli stessi hanno funzione meramente preliminare rispetto a quelli eseguiti mediante etilometro e, come tali, restano estranei alla categoria degli accertamenti di cui all'art. 354 cod. proc. pen.*».

Con tale pronuncia le Sezioni Unite - prima di affrontare la questione loro devoluta circa il momento oltre il quale non sia più deducibile la nullità

conseguente al mancato avvertimento al conducente di un veicolo, da sottoporre all'esame alcolimetrico, della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell'art. 114 disp. att. cod. proc. pen. - hanno chiarito che tale avviso deve essere dato solo prima di procedere ad accertamento mediante etilometro, allorquando siano già emersi a carico del conducente indizi di colpevolezza in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza, e non anche prima di sottoporre il conducente agli accertamenti qualitativi non invasivi preliminari all'acquisizione di tali elementi indiziari, trattandosi di accertamenti non riconducibili a quelli di cui all'art. 354 cod. proc. pen.

2. La forma dell'avviso e la prova dell'adempimento dell'obbligo di cui all'art. 114 disp. att. cod. proc. pen.

In tema di forma dell'avviso di cui all'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., nell'anno in rassegna è stato ribadito che lo stesso può essere dato in forma orale, in quanto nessuna norma del codice di rito ne impone la forma scritta, e anzi l'art. 357 cod. proc. pen., dettando una specifica disciplina della documentazione delle attività di cui all'art. 354 del medesimo codice di rito, presuppone l'oralità dell'atto (**Sez. 4 , n. 14621 del 04/02/2021, Sforza, Rv. 280833**; nello stesso senso già Sez. 4 , n. 27110 del 15/09/2020, Rossi, Rv. 279958 e Sez. 4, n. 3906 del 21/01/2020, Ballori, Rv. 278287).

In proposito è stata altresì chiarita l'irrilevanza tanto della previsione della forma scritta dell'avviso prevista ad opera della circolare del Ministero dell'Interno del 29 dicembre 2005 - non costituendo la circolare, in quanto tale, fonte di diritto e non potendo, pertanto, porsi in contrasto con il dato normativo - quanto della mancata sottoscrizione da parte dell'interessato del verbale dal quale risulti che l'avviso è stato dato, poiché l'avviso è atto degli operanti che redigono il verbale, mentre la sottoscrizione della parte è necessaria solo qualora essa abbia reso una dichiarazione. (**Sez. 4 , n. 14621 del 04/02/2021, Sforza, Rv. 280833**; nello stesso senso, sulla seconda questione, già Sez. 4, n. 5011 del 4/12/2018 – dep. 2019 -, Bontempi, Rv. 274978).

Quanto alla prova dell'avvenuto adempimento dell'obbligo di dare avviso alla persona da sottoporre ad esame alcolimetrico della facoltà di farsi assistere da difensore di fiducia, è stato ribadito che è sufficiente che di tale circostanza sia fatta menzione in atti di polizia giudiziaria atteso il valore fidefacente degli stessi (**Sez. 4, n. 3913 del 17/12/2020 - dep. 2021 -, Asunis, Rv. 280381**; nello stesso senso già Sez. 4, n. 3906 del 21/01/2020, Ballori, Rv. 278287), e che, ove l'adempimento non risulti dal verbale, la dimostrazione può essere data tramite la testimonianza dell'agente operante, perché secondo quanto stabilito dall'art.115

disp. att. cod. proc. pen., l'annotazione di tale adempimento non è prescritta, e l'obbligo di redazione del verbale per gli atti indicati dall'art. 357, comma 2, cod. proc. pen., (tra i quali rientrano le operazioni e gli accertamenti urgenti), nelle forme previste dall'art. 373 cod. proc. pen., non è previsto a pena di nullità od inutilizzabilità, laddove il divieto di testimonianza di cui all'art. 195, comma 4, cod. proc. pen. riguarda il contenuto delle dichiarazioni acquisite con le modalità di cui agli artt. 351 e 357, comma 2, lett. a) e b) cod. proc. pen., e non anche gli atti compiuti dall'operante (**Sez. 4 , n. 18349 del 29/04/2021, Piva, Rv. 281169**; nello stesso senso già Sez. 4, n. 7677 del 6/02/2019, Minigrilli, Rv. 275148).

3. L'onere della prova del funzionamento dell'etilometro.

Nell'anno in rassegna si registra, inoltre, un'evoluzione della giurisprudenza in tema di onere della prova del funzionamento dell'etilometro, in caso di esito positivo dell'alcooltest, ed in particolare della sua sottoposizione alle verifiche periodiche previste dal regolamento di attuazione del codice della strada.

3.1. Alcune pronunce si pongono in linea di continuità con l'orientamento andatosi consolidando dal 2019, che – discostandosi dal precedente, tradizionale, orientamento che riteneva a carico dell'imputato l'onere di provare il malfunzionamento dell'apparecchio e insufficiente la mera allegazione della sussistenza di difetti o della mancata omologazione dell'apparecchio (Sez. 4, n. 17463 del 24/03/2011, Neri, Rv. 250324; Sez. 4, n. 42084 del 04/10/2011, Salamone, Rv. 251117; Sez. 4, n. 28887 del 11/06/2019, Cardinali, Rv. 276570) – pone a carico del pubblico ministero l'onere della prova del regolare funzionamento dell'etilometro, della sua omologazione e della sua sottoposizione a revisione (Sez. 4, n. 38618 del 06/06/2019, Bertossi, Rv. 277189), con la precisazione che, tuttavia, questi è onerato di tale prova soltanto nel caso di contestazione da parte dell'imputato del buon funzionamento dell'apparecchio (Sez. 4, 12/12/2019 - dep. 2020-, n. 3201, Santini, Rv.278032).

Infatti, **Sez. 4 , n. 3939 del 12/01/2021, Sciarra, non massimata, e Sez. 4 , n. 33978 del 17/03/2021, Garbin, Rv. 281828**, in espressa linea di continuità con la sentenza “Santini”, ribadendo che l'onere di tale prova è a carico del pubblico ministero, hanno, però, rilevato che, siccome l'omologazione e le verifiche periodiche dell'etilometro espressamente previste dall'art. 379, commi 6, 7 e 8 Reg. esec. cod. strada, approvato con d.P.R. 16 novembre 1992, n. 495, in quanto attività necessariamente prodromiche al momento della misurazione del tasso alcolemico sull'imputato, *«non hanno di per sé rilievo probatorio ai fini dell'accertamento dello stato di ebbrezza dell'imputato ... è del tutto fisiologico che la verifica processuale del rispetto delle prescrizioni dell'art. 379 Reg. Esec. C.d.S. sia sollecitata*

dall'imputato, che ha all'uopo un onere di allegazione volto a contestare la validità dell'accertamento eseguito nei suoi confronti, che non può risolversi - come nel caso che ci occupa - nella mera richiesta di essere portato a conoscenza dei dati relativi all'omologazione ed alla revisione periodica dello strumento, ma deve concretizzarsi nell'allegazione di un qualche dato che possa far ritenere che tale omologazione e/o revisione possa essere avvenuta».

L'orientamento in cui si inquadrano le pronunce in rassegna ha preso le mosse dalla sentenza n. 113 del 2015 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 45, comma 6, d. lgs. 30 aprile 1992, n. 285, nella parte in cui non prevede che tutte le apparecchiature impiegate nell'accertamento delle violazioni dei limiti di velocità (c.d. autovelox) siano sottoposte a verifiche periodiche di funzionalità e di taratura.

Il giudice delle leggi ha ritenuto la citata disposizione in contrasto col principio di razionalità, intesa sia nel senso di razionalità pratica, ovvero di ragionevolezza, essendo evidente che qualsiasi strumento di misura è soggetto a variazioni delle sue caratteristiche e quindi a variazioni dei valori misurati dovute ad invecchiamento delle proprie componenti e ad altri eventi; sia nel senso di razionalità formale o coerenza interna della norma, in ragione del fatto che l'uso di tali apparecchiature è strettamente collegato al valore probatorio delle loro risultanze nei procedimenti sanzionatori inerenti alle trasgressioni dei limiti di velocità.

Secondo la Consulta l'affidabilità dell'omologazione e la taratura di detti apparecchi, e il conseguenziale obbligo per gli agenti preposti all'accertamento di attestare appositamente che le relative attività preventive siano state regolarmente compiute, giustifica, in considerazione delle esigenze di tutela della sicurezza stradale, che le risultanze degli stessi costituiscano fonte di prova della violazione dei limiti di velocità, senza che l'inerente onere probatorio (pressoché diabolico) di dimostrare il cattivo funzionamento dell'apparecchiatura possa gravare sull'automobilista, dando luogo ad una presunzione (quasi assoluta) in danno dello stesso.

I principi affermati dalla Corte costituzionale in tema di autovelox erano poi stati applicati, dalla Corte di cassazione civile, al caso dell'etilometro, affermando che «*In tema di violazione al codice della strada, il verbale dell'accertamento effettuato mediante etilometro deve contenere, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata, l'attestazione della verifica che l'apparecchio da adoperare per l'esecuzione del cd. "alcoltest" è stato preventivamente sottoposto alla prescritta ed aggiornata omologazione ed alla indispensabile corretta calibratura; l'onere della prova del completo espletamento di tali attività strumentali grava, nel giudizio di opposizione, sulla P.A. poiché concerne il fatto costitutivo della pretesa sanzionatoria*» (Sez. 6, ord. n. 1921 del 24/01/2019, Rv. 652384).

Quindi, la Corte di cassazione nella sua articolazione penale, nella citata sentenza “Bertossi”, sulla scia dell’insegnamento della Corte costituzionale, per come recepito dalla giurisprudenza civile, aveva ritenuto di modificare il tradizionale orientamento fino ad allora seguito, affermando che, in tema di guida in stato ebbrezza, allorquando l’alcoltest risulti positivo, grava sulla pubblica accusa l’onere della prova del regolare funzionamento dell’etilometro, della sua omologazione e della sua sottoposizione a revisione, mentre l’onere della prova dell’imputato di dimostrare il contrario può sorgere solo in conseguenza del reale ed effettivo accertamento da parte del pubblico ministero del regolare funzionamento e dell’espletamento delle dovute verifiche dell’etilometro.

A conforto del mutamento di indirizzo la Corte aveva stigmatizzato la difficoltà della prova, di cui fino ad allora era stato onerato l’imputato, del malfunzionamento dell’etilometro, anche in considerazione della disponibilità dell’apparecchio in capo alla pubblica amministrazione, nonché l’irragionevole distonia tra i settori civile, amministrativo e penale, ove l’onere della prova del funzionamento dell’etilometro fosse diversamente distribuito, e, inoltre, l’irrazionalità che ne conseguirebbe, potendo una medesima fattispecie costituire solo illecito penale e non illecito amministrativo, in contrasto col principio di sussidiarietà del diritto penale.

Il nuovo principio affermato era stato, inoltre, ritenuto conforme a quello di carattere generale secondo cui l’accusa deve provare i fatti costitutivi del fatto reato, mentre spetta all’imputato dimostrare quelli estintivi o modificativi di una determinata situazione, rilevanti per il diritto.

3.2. Al predetto orientamento nell’anno in rassegna se ne è consapevolmente contrapposto uno diverso che, in linea con quello tradizionale, ritiene che, a fronte dell’esito positivo dell’alcoltest, l’onere di provare il malfunzionamento dell’apparecchio sia a carico dell’imputato, confrontando tale opzione ermeneutica con il *dictum* del Giudice delle leggi (Sez. 4, n. 7285 del 09/12/2020, dep. 2021, Demma, Rv. 280937; Sez. 4, n. 11679 del 15/12/2020- dep. 2021 -, Ibnezzayer Rv. 280958).

La riaffermazione del tradizionale principio in tema di onere della prova prende le mosse dalla differenza della disciplina oggetto della pronuncia del giudice delle leggi – che non prevedeva la sottoposizione degli strumenti di misurazione della velocità alla procedura di verifica periodica – e quella relativa all’apparecchiatura con la quale si effettua l’alcoltest, che prevede controlli periodici successivi all’omologazione e alla taratura, funzionali a verificare il perdurante regolare funzionamento.

In ragione di tale differenza di disciplina si ritiene che l’interpretazione che pone a carico dell’imputato l’onere della prova dell’irregolare funzionamento

dell'etilometro sia coerente ai principi posti dalla Corte costituzionale nella sentenza citata, in quanto fondata *«su una ragionevole presunzione di affidabilità del medesimo perché concretamente utilizzato in una cornice normativa che ne prevede il controllo periodico. Ragionevole presunzione che permette all'accusa di adempiere al proprio onere probatorio; e al tempo stesso consente all'imputato di dare in modo agevole - ad esempio attraverso la richiesta di escussione del dirigente del reparto dal quale dipendono gli operatori o la produzione di copia del libretto metrologico dell'etilometro (acquisibile mediante una semplice istanza trasmessa al C.S.R.P.A.D. di Roma: csrpapad - roma@pec.mit.gov.it; lo stesso Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha pubblicato sul proprio sito istituzionale tutte le informazioni necessarie per l'accesso agli atti di cui alla L. 241/90 e dal detto sito è possibile scaricare il "modello richiesta accesso a documenti amministrativi") - di dare dimostrazione dell'assenza o della inattualità delle verifiche»*.

D'altra parte, poiché la causa della *«non inusuale discordanza tra processo penale e processo civile»* sta nella ripartizione degli oneri probatori, si esclude anche che possa prefigurarsi con qualche fondamento quella contraddittoria concomitanza di sussistenza dell'illecito penale ed insussistenza dell'illecito amministrativo evocata dalla sentenza Bertossi.

Indice delle sentenze citate**Sentenze della Corte di cassazione**

- Sez. 4, n. 16553 del 26/01/2011, Pasolini, Rv. 250310
 Sez. 4, n. 17463 del 24/03/2011, Neri, Rv. 250324
 Sez. 4, n. 42084 del 04/10/2011, Salamone, Rv. 251117
 Sez. 4, n. 43845 del 26/09/2014, Lambiase, Rv. 260603
 Sez. 4, n. 34470 del 13/05/2016, Portale, Rv. 267877
 Sez. 4, n. 49236 del 3/11/2016, Morello
 Sez. 4, n. 34383 del 06/06/2017, Emanuele, Rv. 270526
 Sez. 4, n. 14651 del 21/02/2018, Nascimbene
 Sez. 4, n. 57354 del 11/10/2018, Munoz Rivas
 Sez. 4, n. 5011 del 4/12/2018 – dep. 2019 -, Bontempi, Rv. 274978
 Sez. 4, n. 7677 del 6/02/2019, Minigrilli, Rv. 275148
 Sez. 4, n. 10081 del 14/02/2019, Verderio
 Sez. 4, n. 25534 del 20/02/2019, Riso
 Sez. 4, n. 38618 del 06/06/2019, Bertossi, Rv. 277189
 Sez. 4, n. 28887 del 11/06/2019, Cardinali, Rv. 276570
 Sez. 4, n. 29275 del 12/06/2019, Chatoubi
 Sez. 4, n. 40275 del 19/07/2019, Jaha
 Sez. 4, n. 5314 del 08/11/2019 - dep. 2020-, Spera, Rv. 278621
 Sez. 4, n. 3201 del 12/12/2019 - dep. 2020 -, Santini, Rv.278032
 Sez. 4, n. 3906 del 21/01/2020, Ballori, Rv. 278287
 Sez. 4, n. 4896 del 16/01/2020, Lachhab, Rv. 278579
 Sez. 4, n. 13493 del 22/01/2020, Dragna, Rv. 279003
 Sez. 4, n. 27110 del 15/09/2020, Rossi, Rv. 279958
 Sez. 4, n. 29939 del 23/09/2020, Merlino, Rv. 280028
 Sez. 4, n. 34753 del 12/11/2020, Errico
 Sez. 4, n. 34355 del 25/11/2020, Cavalieri, Rv. 279920
 Sez. 4, n. 7285 del 09/12/2020 - dep. 2021 -, Demma, Rv. 280937
 Sez. 4, n. 11679 del 15/12/2020- dep. 2021 -, Ibnezzayer Rv. 280958
 Sez. 4, n. 3913 del 17/12/2020 - dep. 2021 -, Asunis, Rv. 28038
 Sez. 4, n. 3939 del 12/01/2021, Sciarra
 Sez. 4, n. 16816 del 14/01/2021, Pizio, Rv. 281072
 Sez. 4, n. 14621 del 04/02/2021, Sforza, Rv. 280833
 Sez. 4, n. 33594 del 10/02/2021, Brunelli, Rv. 281745
 Sez. 4, n. 33978 del 17/03/2021, Garbin, Rv. 281828
 Sez. 4, n. 18349 del 29/04/2021, Piva, Rv. 281169

REATI TRIBUTARI

CAPITOLO II

QUESTIONI IN TEMA DI REATI TRIBUTARI

(GENNARO SESSA)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le pronunzie relative al delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000) – 3. La pronunzia relativa al delitto di omessa dichiarazione (art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000) – 4. La pronunzia relativa al delitto di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. n. 74 del 2000) – 5. La pronunzia relativa al delitto di occultamento di documenti contabili (art. 10 d.lgs. n. 74 del 2000) – 6. Le pronunzie relative al delitto di omesso versamento di IVA (art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000) – 7. La pronunzia relativa al delitto di indebita compensazione (art. 10-quater d.lgs. n. 74 del 2000) – 8. Le pronunzie relative al delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000) – 9. Le pronunzie relative alle previsioni dell'art. 13-bis d.lgs. n. 74 del 2000 – 10. La pronunzia relativa alla previsione dell'art. 20, comma 2, legge n. 44 del 1999.

1. Premessa.

Molteplici sono state le pronunzie relative ai reati tributari rese dalla Corte di Cassazione nel corso dell'anno 2021.

In questa sede si procederà alla disamina di quelle di maggior rilievo, che saranno analizzate partitamente, tenendo conto delle diverse fattispecie di reato cui, in concreto, afferiscono.

2. Le pronunzie relative al delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000).

Nel novero delle pronunzie relative al delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000, viene in rilievo, innanzitutto, **Sez. 3, n. 6163 del 20/10/2020, dep. 17/02/2021, Gafà, Rv. 281048-01**, in cui, in relazione a tale fattispecie di reato, si è affermato che, laddove si proceda nei confronti dei soci di una società di persone, il dolo specifico di evasione può riferirsi anche all'evasione dell'IRPEF, in quanto la dichiarazione societaria deve avere ad oggetto anche tale imposta, fermo restando che sono assoggettati al pagamento i singoli soci in ragione della rispettiva quota di partecipazione.

Nello specifico, la Corte ha osservato che le società di persone sono tenute a presentare le dichiarazioni ai fini delle imposte sui redditi, aggiungendo che il

risultato di esercizio deve essere imputato direttamente ai singoli soci, ciascuno per la propria quota di partecipazione.

Alla stregua di tale premessa, ha, quindi, sostenuto che il fine di evasione, caratterizzante il dolo specifico, si riferisce, in caso di società di persone, anche all'evasione dell'IRPEF, atteso che la dichiarazione societaria deve avere ad oggetto anche tale imposta, ancorchè siano assoggettati al pagamento i singoli soci, in ragione della rispettiva quota partecipativa.

Di non minore rilievo risulta, inoltre, **Sez. 3, n. 13275 del 05/03/2021, Talia, Rv. 280897-01**, in cui si è affermato, con riguardo alla fattispecie di cui trattasi, che è configurabile una pluralità di reati ove la condotta illecita riguardi tanto la dichiarazione ai fini IVA quanto quella ai fini II.DD., sicchè, ricorrendone i presupposti, può trovare applicazione l'istituto della continuazione.

Nell'occasione, la Suprema Corte ha rilevato che fornisce indiretta conferma all'assunto l'affermazione – contenuta in Sez. 7, n. 40577 del 15/07/2016, Fortunati, Rv. 268478-01 – secondo cui, ai fini della configurabilità del diverso delitto di omessa dichiarazione, di cui all'art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000, come modificato dal d.lgs. n. 158 del 2015, è necessario e sufficiente che l'imposta evasa, con riferimento a ciascuna delle distinte imposte considerate, sia superiore alla soglia di euro 50.000,00, non potendosi sommare, ai fini della determinazione dell'imposta non corrisposta, le imposte sui redditi e l'IVA.

Da ultimo, merita menzione **Sez. 3, n. 28437 del 27/05/2021, Mastropietro, Rv. 281593-01**, in cui si è affermato, con riguardo alla fattispecie *de qua*, che viola il divieto del "*bis in idem*" la contestazione di più reati nel caso di utilizzo di molteplici fatture in relazione ad un'unica dichiarazione, atteso che l'eventuale pluralità di reati non dipende dalla molteplicità dei documenti utilizzati, ma, piuttosto, dalla pluralità delle dichiarazioni relative a periodi di imposta diversi ovvero a tributi differenti.

Significativamente la Suprema Corte ha posto in rilievo che l'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000 prevede un'unica incriminazione per il soggetto che presenti una dichiarazione fraudolenta, sia che si avvalga di un solo documento, sia che utilizzi una pluralità di fatture o di altri documenti, a nulla rilevando che essi siano diversi e abbiano diversi destinatari, atteso che il reato non si perfeziona con la mera registrazione del documento che sarà poi utilizzato, ma con la dichiarazione riferita a quella specifica intera annualità e con l'indicazione, nell'ambito della suddetta dichiarazione, di elementi passivi fittizi inseriti in contabilità.

Ha quindi aggiunto che è del tutto irrilevante il numero delle fatture o degli atti documenti utilizzati per abbattere i costi, in quanto la registrazione di detti documenti rappresenta una mera attività prodromica alla realizzazione del reato, che si consuma nel momento in cui è presentata una dichiarazione fraudolenta

mediante l'uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti e non allorquando è registrato in contabilità il singolo documento che poi sarà utilizzato per abbattere i costi, concludendo che l'eventuale pluralità di reati dipende non dalla molteplicità dei documenti utilizzati, ma dalla pluralità delle dichiarazioni relative a periodi d'imposta diversi ovvero a tributi differenti.

3. La pronunzia relativa al delitto di omessa dichiarazione (art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000).

Con precipuo riguardo al delitto di omessa dichiarazione, previsto dall'art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000, merita di essere segnalata **Sez. 3, n. 7135 del 17/12/2020, dep. 24/02/2021, Raso, Rv. 281323-01**, pronunzia in cui il giudice di legittimità ha affermato la configurabilità della responsabilità del contribuente per tale illecito anche nell'ipotesi in cui lo stesso abbia ritualmente provveduto alla comunicazione IVA, prevista dall'art. 8-*bis* d.lgs. n. 322 del 1988, trattandosi di adempimenti non equipollenti e rispondenti a diverse finalità.

La Suprema Corte, conformandosi al precedente costituito da Sez. 3, n. 44433 dell'01/10/2013, Scrivano, Rv. 257377-01, ha osservato che il chiaro tenore testuale dell'art. 8-*bis*, comma 1, d.P.R. n. 322 del 1988 rivela la non equipollenza della comunicazione IVA, da effettuarsi entro il mese di febbraio di ciascun anno, con la dichiarazione annuale d'imposta, atteso che la norma evocata fa salvi espressamente gli effetti sanzionatori – tra i quali all'evidenza quelli penali – comminati in conseguenza dell'omessa dichiarazione.

Ha aggiunto altresì che la comunicazione prevista dall'art.8-*bis*, comma 1, d.P.R. n. 322 del 1988 sostituisce le dichiarazioni periodiche IVA infrannuali ed assolve allo scopo di fornire all'amministrazione finanziaria i dati IVA sintetici, costituenti la prima base di calcolo per la determinazione delle risorse che lo Stato deve versare al bilancio comunitario, la qual cosa rende evidente che si tratta di comunicazione che non interferisce con la dichiarazione dei redditi e la cui presentazione non incide sugli elementi oggettivi e soggettivi previsti dal delitto di cui all'art. 5 d.lgs. n. 74 del 2000.

4. La pronunzia relativa al delitto di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 8 d.lgs. n. 74 del 2000).

In relazione al delitto di emissione di fatture o di altri documenti per operazioni inesistenti, di cui all'art. 8 d.lgs. n. 74 del 2000, viene in rilievo **Sez. 3, n. 11216 del 19/02/2021, Giuliani, Rv. 281568-01**, in cui la Suprema Corte ha affermato che il luogo di consumazione del reato, previsto come criterio determinativo della competenza dall'art. 8, comma 1, cod. proc. pen. – dalla cui

concreta inapplicabilità discende la competenza del giudice del luogo di accertamento del reato sancita dall'art. 18, comma 1, d.lgs. n. 74 del 2000 – deve essere individuato in base ad elementi oggettivi e idonei a fondare una ragionevole certezza al momento dell'esercizio dell'azione penale, ovvero, se la decisione deve essere assunta anteriormente, allo stato degli atti, sicchè non coincide necessariamente con la sede dell'ente cui è attribuibile la falsa emissione dei documenti fiscali.

Nell'occasione, il giudice di legittimità ha premesso che il luogo di commissione del reato, individuato come criterio determinativo della competenza dall'art. 8, comma 1, cod. proc. pen., dev'essere accertato sulla base di elementi oggettivi e non di mere congetture, dovendosi garantire che l'attribuzione della competenza avvenga in base a valutazioni verificabili e non eccessivamente discrezionali od altamente opinabili, contrastanti sia con il principio di precostituzione per legge del giudice naturale, di cui all'art. 25, comma 1, Cost., sia con le esigenze di stabilità del processo, implicite nel principio di ragionevole durata dello stesso, sancito dall'art. 111, comma 2, Cost.

Alla stregua di tali premesse, ha, altresì, osservato che l'accertamento del luogo in cui il reato è stato commesso, con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 8 d.lgs. n. 74 del 2000, non può dirsi fondato su elementi oggettivi sol perché risulti individuata la sede dell'ente cui è attribuibile l'emissione delle fatture o degli altri documenti per operazioni inesistenti, sostenendo che non risponde a una massima di esperienza l'affermazione secondo cui le false fatture – almeno quando riguardanti operazioni del tutto inesistenti – sono emesse nel luogo in cui ha sede la ditta di emissione.

Ha aggiunto, infine che fornisce riscontro a tale affermazione il dato normativo, ove si consideri che, per il delitto *de quo*, non è stato individuato come determinativo della competenza territoriale il luogo in cui ha sede la ditta emittente.

5. La pronunzia relativa al delitto di occultamento di documenti contabili (art. 10 d.lgs. n. 74 del 2000).

Merita poi di essere segnalata, in relazione al delitto di occultamento di documenti contabili, di cui all'art. 10 d.lgs. n. 74 del 2000, **Sez. 3, n. 23921 del 14/12/2020, dep. 18.06.2021, Provasi, Rv. 281485-01**, la pronunzia in cui la Corte ha affermato che integra il reato la condotta dell'amministratore che determini il mancato, prolungato rinvenimento di detta documentazione nei luoghi riferibili alla compagine sociale ed accessibili agli organi verificatori, nella

consapevolezza dell'accertamento in corso e della strumentalità della documentazione alla ricostruzione della contabilità societaria.

Nell'occasione, si è osservato che la condotta di occultamento, tipizzata nell'art. 10 d.lgs. n. 74 del 2000, definisce il comportamento di colui che nasconde materialmente, in tutto o in parte, le scritture contabili o i documenti di cui è obbligatoria la conservazione, mantenendo gli stessi celati onde impedire all'amministrazione finanziaria la ricostruzione dei redditi o del volume degli affari.

Si è sostenuto, quindi, che, coerentemente con tale definizione della condotta di occultamento, assume rilevanza penale anche il comportamento dell'amministratore di società che, consapevole dell'accertamento tributario in corso e della strumentalità della documentazione ai fini della ricostruzione della contabilità, ne causi il prolungato, mancato rinvenimento, atteso che, diversamente opinando, si lascerebbe all'agente la scelta – all'evidenza utilitaristica rispetto agli esiti della verifica in atto – del momento in cui consegnare la documentazione, restringendo, di fatto, il momento consumativo al solo rifiuto conseguente a conforme richiesta.

6. Le pronunzie relative al delitto di omesso versamento di IVA (art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000).

Tra le pronunzie relative al delitto di omesso versamento di IVA, di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000, viene in rilievo, innanzitutto, **Sez. 3, n. 20188 del 12/02/2021, Gianotti, Rv. 281340-01**, in cui la Suprema Corte, discostandosi da quanto in precedenza sostenuto da Sez. 3, n. 21987 del 28/04/2016, Bareato, Rv. 267337-01, ha affermato che risponde del reato il liquidatore di società di capitali subentrato dopo la presentazione della dichiarazione di imposta e prima della scadenza del versamento, che ometta di versare all'Erario le somme dovute sulla base della dichiarazione medesima, non trovando applicazione le limitazioni fissate dall'art. 36 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, che fa espresso riferimento alle sole imposte sui redditi e non esclude implicitamente la riferibilità al liquidatore dell'art. 10-ter citato, disciplinando esclusivamente la fase della riscossione tributaria dell'obbligazione solidale, di natura civilistica, di quest'ultimo per il pagamento dei tributi non versati.

Nella circostanza, il giudice di legittimità ha chiarito che la previsione dell'art. 36 d.P.R. n. 62 del 1973 fa esplicito riferimento alle sole imposte sul reddito, aggiungendo che nel sistema sanzionatorio penal-tributario non è rinvenibile nessuna espressa esclusione della riferibilità dell'art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000 al liquidatore e che non può ritenersi sussistente neanche un'esclusione implicita

determinata dal citato art. 36, ove si consideri che detta norma, per collocazione e tenore, disciplina unicamente, nella fase della riscossione tributaria, l'obbligazione solidale, di natura civile, propria del liquidatore per il pagamento dei tributi non versati, senza che alcuna incompatibilità logico-giuridica possa trarsi tra il contenuto e il significato di essa e la persistenza dell'obbligo di versamento, cui il liquidatore stesso è tenuto in conformità alle regole generali dell'art. 2487, comma 1, cod. civ. e il cui inadempimento è sanzionato, sul piano penale, dalla norma incriminatrice di cui trattasi.

Eguale rilevante risulta, poi, **Sez. 3, n. 31352 del 05/05/2021, Baracchino, Rv. 282237-01**, in cui la Corte ha affermato che l'omesso versamento dell'IVA, dovuto alla mancata riscossione di crediti, non esclude la sussistenza del dolo richiesto dall'art. 10-ter d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in quanto gli inadempimenti dei debitori sono riconducibili all'ordinario rischio di impresa, ove gli insoluti rimangano contenuti in una percentuale fisiologica.

A chiarimento dell'asserto – all'evidenza innovativo rispetto ai più rigorosi arresti costituiti da Sez. 3, n. 6506 del 24/09/2019, dep. 19/02/2020, Mattiazzo, Rv. 278909-01, Sez. 3, n. 29873 dell'01/12/2017, dep. 03/07/2018, Calabrò, Rv. 273690-01 e Sez. 3, n. 6220 del 23/01/2018, Ventura, Rv. 272069-01 – si è precisato che gli insoluti possono ascrivere al normale rischio d'impresa ove la loro entità sia contenuta in una percentuale fisiologica, aggiungendo che ciò di certo non si verifica allorché il mancato incasso riguardi oltre il 40% del fatturato.

Merita ancora menzione **Sez. 3, n. 31367 del 21/04/2021, Agic, Rv. 282211-01**, in cui la Corte, ribadendo l'orientamento in precedenza recepito da Sez. 3, n. 2563 del 18/05/2018, dep. 21/01/2019, Frucella, Rv. 275686-01 e da Sez. 3, n. 14595 del 17/11/2017, dep. 30/03/2018, Strada, Rv. 272552-01, ha affermato che, ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. n. 74 del 2000, l'imposta dovuta è quella risultante dalla dichiarazione annuale del contribuente, come indicata nel rigo VL38, e non quella effettiva desumibile dalle annotazioni contabili, potendo il giudice prescindere da tale importo solo se esso non sia giustificato dall'esame formale della stessa dichiarazione.

La Corte ha chiarito, nell'occasione, che il "VL3" è, invece, un mero rigo intermedio della dichiarazione, attestante l'IVA a debito maturata nell'anno d'imposta e non quella rilevante ai fini dell'applicazione della norma incriminatrice, che si identifica nell'indicatore che risulta tenendo conto, tra l'altro, dei versamenti periodici effettuati in base a quanto riferito nella stessa dichiarazione.

Ha osservato, inoltre, che la *ratio* del delitto di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000 sta nel punire il contribuente che, pur essendosi riconosciuto debitore nei

confronti dell'Erario, non abbia versato quanto da quest'ultimo ritenuto dovuto, aggiungendo che la sussistenza dell'illecito in relazione al superamento della soglia di rilevanza penale deve risultare *ictu oculi* evidente dalla dichiarazione presentata e non può postulare un accertamento investigativo *aliunde* espletato, sicchè, ove un tale accertamento provi che la dichiarazione presentata è falsa, sussistendone gli estremi, ricorreranno le fattispecie delittuose dichiarative previste dagli artt. 2, 3 o 4 d.lgs. 74/2000, che potranno eventualmente concorrere con il delitto di omesso versamento, a condizione che questo sia, nella sua materialità, sussistente.

7. La pronunzia relativa al delitto di indebita compensazione (art. 10-*quater* d.lgs. n. 74 del 2000).

In relazione al delitto di indebita compensazione, di cui all'art. 10-*quater* d.lgs. n. 74 del 2000, viene in rilievo **Sez. 3, n. 389 del 18/09/2020, dep. 08/01/2021, Pmt c/Scalvini Efren, Rv. 280776-01**, in cui la Suprema Corte, discostandosi da quanto in precedenza sostenuto da Sez. 3, n. 38042 del 10/05/2019, Pmt c/Santoro, Rv. 278825-01, ha affermato che tale illecito riguarda l'omesso versamento di somme di denaro attinente a debiti, sia tributari che di altra natura, per il cui pagamento debba essere utilizzato il modello di versamento unitario.

Ha quindi precisato che sono sottoposte a tale disciplina sia le compensazioni di debiti Iva o imposte sui redditi con altri tributi e contributi dovuti, sia le compensazioni di questi ultimi tributi e contributi con crediti Iva e imposte dirette, potendo venire in rilievo, sul lato attivo o passivo del rapporto obbligatorio, qualunque tributo o contributo che possa essere opposto in compensazione secondo le norme generali.

Ha osservato in proposito che tale conclusione fonda sia su ragioni legate al tenore letterale della disposizione, che si riferisce genericamente all'omesso versamento di somme dovute, senza prevedere alcuna limitazione alle compensazioni verticali o orizzontali che estinguano esclusivamente debiti relativi alle imposte dirette o IVA, sia su ragioni di carattere sistematico, atteso che non può essere condiviso il rilievo, formulato da una parte della giurisprudenza di legittimità, secondo cui la disposizione *de qua* sarebbe inserita in un testo normativo diretto a sanzionare unicamente le violazioni in materia di IVA e di imposte sui redditi, potendosi replicare che sono presenti nel d.lgs. n. 74 del 2000 almeno due norme poste ad eventuale presidio di tributi anche diversi dall'IVA e dall'imposta sui redditi: segnatamente, l'art. 10-*bis*, rubricato "*omesso versamento di ritenute dovute o certificate*" e l'art. 11, rubricato "*sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*" che, al comma 2, punisce, con la reclusione da sei mesi a

quattro anni, chiunque, al fine di ottenere per sé o per altri un pagamento parziale dei tributi e relativi accessori, indichi, nella documentazione presentata ai fini della procedura di transazione fiscale, elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi per un ammontare complessivo superiore a euro cinquantamila.

Ha aggiunto, da ultimo, che il contrario orientamento giurisprudenziale valorizza anche la speciale causa di non punibilità del pagamento del debito tributario di cui all'art. 13, comma 1, d.lgs. n. 274 del 2000, che si vorrebbe disciplinata in termini incompatibili con obblighi di natura diversa, rilevando, purtuttavia, che a tale conclusione può obiettarsi che il richiamato art. 13, comma 1, si limita semplicemente a prevedere che non sono più perseguibili penalmente le omissioni oggetto delle richiamate fattispecie incriminatrici, quando il contribuente versi integralmente le somme dovute all'Erario, comprese le sanzioni amministrative e gli interessi maturati, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.

8. Le pronunzie relative al delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte (art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000).

Tra le pronunzie relative al delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte, di cui all'art. 11 d.lgs. n. 74 del 2000, viene in rilievo, innanzitutto, **Sez. 3, n. 10763 del 12/02/2021, Filip, Rv. 281389-01**, in cui la Corte ha affermato che, in tale illecito, il dolo specifico, costituito dal fine di sottrarsi al pagamento delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a tali imposte, ricorre anche quando l'atto simulato o fraudolento sia compiuto pure per finalità ulteriori, distinte e autonome, in quanto la norma incriminatrice non richiede che la finalità di sottrarsi al pagamento dei debiti tributari sia esclusiva.

Al riguardo, il giudice di legittimità ha chiarito che la giurisprudenza, anche delle Sezioni Unite, è pervenuta a conclusioni analoghe con riferimento al fine di evasione caratterizzante il dolo specifico del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti – strutturato dall'art. 2 d.lgs. n. 74 del 2000 con analoga tecnica normativa – osservando che lo stesso può concorrere con altre finalità, senza che ciò escluda la configurabilità dell'illecito, eventualmente in concorso formale con altre fattispecie delittuose.

Risulta, inoltre, meritevole di menzione **Sez. 3, n. 16686 del 16/04/2021, Huang Wenxin, Rv. 281099-01**, in cui la Corte ha sostenuto che, ai fini dell'integrazione del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle

imposte, il superamento della soglia di punibilità di cinquantamila euro non deve essere verificato con riferimento a ogni singola annualità di imposta.

A chiarimento dell'asserto, s'è precisato che tale conclusione risulta pienamente in linea con la struttura e con la *ratio* dell'incriminazione, atteso che l'illecito in oggetto è un reato di pericolo per il quale è richiesta la mera esistenza di un credito erariale relativo a imposte sui redditi o sul valore aggiunto, suscettibile di essere azionato coattivamente e che scopo dell'incriminazione è quello di tutelare la garanzia patrimoniale offerta al fisco e, con essa, l'azionabilità della pretesa dell'Erario – purchè superiore a cinquantamila euro – risultante al momento del compimento dell'atto simulato o fraudolento, indipendentemente dal fatto che il debito tributario sia maturato con riferimento a una o a più annualità d'imposta.

Da ultimo, deve farsi cenno a **Sez. 3, n. 28457 del 28/04/2021, Giordano, Rv. 281594-01**, pronunzia in cui la Corte ha affermato che l'illecito in oggetto è un reato di pericolo di natura eventualmente permanente, che si perfeziona nel primo momento di realizzazione della condotta finalizzata a eludere le pretese del fisco e la cui consumazione può protrarsi per tutto il tempo in cui vengono posti in essere atti idonei a mettere in pericolo l'obbligazione tributaria, traendo dall'asserto la conseguenza che la competenza per territorio si determina in base al luogo in cui viene compiuto il primo atto finalizzato a eludere le pretese del fisco, mentre il termine di decorrenza della prescrizione coincide con il momento di cessazione della consumazione del reato.

9. Le pronunzie relative alle previsioni dell'art. 13-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000.

Meritano ancora di essere menzionate talune pronunzie relative alla previsione di cui all'art. 13-*bis* d.lgs. n. 74 del 2000.

In tema, viene in rilievo, *in primis*, **Sez. 3, n. 9083 del 12/01/2021, Matassini, Rv. 281709-01**, in cui la Corte, ribadendo l'orientamento in precedenza recepito da Sez. 3, n. 47287 del 02/10/2019, P.G c/ Cetin, Rv. 277897-01 e da Sez. 3, n. 38684 del 12/04/2018, P.G. in proc. Incerti, Rv. 273607-01, ha affermato che, nei reati tributari, la preclusione al patteggiamento, posta dall'art. 13-*bis*, comma 2, d.lgs. n. 74 del 2000 per il caso di mancata estinzione del debito tributario antecedentemente all'apertura del dibattimento, opera con esclusivo riguardo ai più gravi illeciti dichiarativi di cui agli artt. 2, 3, 4 e 5, menzionati dall'art. 13, comma 2, dello stesso decreto, atteso che, in tali ipotesi, l'integrale pagamento del debito, effettuato prima di tale termine decadale, ma dopo la formale conoscenza, da parte dell'autore del reato, di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualsiasi attività di accertamento

amministrativo o di procedimenti penali, vale solo a ridurre il disvalore del fatto, ma non ne esclude la punibilità, mentre non opera per gli illeciti di omesso versamento di cui agli artt. 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quater*, menzionati dall'art. 13, comma 1, d.lgs. citato, per i quali l'estinzione del debito determina la non punibilità e, quindi, non può valere quale condizione per accedere al patteggiamento.

Ha aggiunto, inoltre, che la diversa disciplina si giustifica per la maggior gravità dei reati dapprima indicati, chiarendo che nei delitti di omesso versamento il contribuente ha presentato una dichiarazione fedele e non si pongono questioni di accertamento dell'entità del debito contributivo, che, pertanto, potrà essere recuperato attraverso le ordinarie azioni di responsabilità erariale, agevolmente esperibili almeno con riguardo alla non contestata sussistenza del debito nell'*an* e nel *quantum*.

Eguale degna di menzione risulta, poi, **Sez. 3, n. 23335 del 28/01/2021, Alecci, Rv. 281589-07 e 281589-08**, pronunzia in cui la Suprema Corte, per un verso, ha affermato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 13-*bis*, comma 3, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, sollevata per eccesso di delega in relazione all'art. 76 Cost., osservando che detta disposizione non preclude la previsione, da parte del legislatore delegato, di una circostanza aggravante non espressamente contemplata dal legislatore delegante e che la previsione di circostanze, incidenti sulla sola quantificazione della pena, non implica la violazione della cornice sanzionatoria edittale disposta dall'art. 8, comma 1, della legge 11 marzo 2014, n. 23 e, per altro verso, ha sancito che l'aggravante prevista dall'art. 13-*bis*, comma 3, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in presenza del necessario coefficiente di colpevolezza, si estende ai concorrenti diversi dal professionista o dall'intermediario finanziario o bancario, trattandosi di circostanza a matrice mista, oggettiva e soggettiva, che riguarda una condotta commessa attraverso l'elaborazione o la commercializzazione di modelli di evasione fiscale, causalmente ricollegate al fatto tipico, e che, comunque, agevola la commissione del reato.

Nello specifico, con riguardo alla prospettata questione di legittimità costituzionale, ha osservato che, secondo il consolidato orientamento della Corte costituzionale, l'art. 76 Cost. non osta all'emanazione, da parte del legislatore delegato, di norme che rappresentino un coerente sviluppo e un completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante, sia perché la norma delegante e quella delegata sono avvinte da un naturale rapporto di riempimento, sia perché, altrimenti, al legislatore delegato verrebbe riservata una funzione quasi regolamentare, in aperto contrasto con il carattere pur sempre primario del provvedimento legislativo delegato, sia perché i principi e i criteri direttivi

prescritti dall'evocata norma di rango primario hanno una funzione delimitativa meno stringente delle norme generali regolatrici della materia.

Alla stregua di tali considerazioni, ha concluso, pertanto, che l'art. 76 Cost. non preclude, di per sé, l'istituzione, da parte del legislatore delegato, di circostanze aggravanti non espressamente contemplate dal legislatore delegante.

In relazione, invece, alla ritenuta estensibilità ai concorrenti diversi dal professionista o dall'intermediario finanziario o bancario dell'aggravante prevista dall'art. 13-*bis*, comma 3, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, la Corte ha osservato che, in ambito dottrinale, si è sottolineato che la previsione aggravatrice ha matrice mista oggettiva e soggettiva, avendo riguardo a una condotta commessa "attraverso" l'elaborazione o la commercializzazione di modelli di evasione fiscale e che, per altro verso, il costante orientamento giurisprudenziale propugna l'estendibilità ai concorrenti, in presenza del richiesto coefficiente di colpevolezza, delle circostanze aggravanti soggettive che abbiano, in qualche modo, agevolato la realizzazione del reato.

10. La pronunzia relativa alla previsione dell'art. 20, comma 2, legge n. 44 del 1999.

Infine, merita menzione in questa sede **Sez. 3, n. 27983 del 09/03/2021, Lupo, Rv. 281712-01**, pronunzia in cui il giudice di legittimità ha affermato che, in relazione ai reati tributari, la proroga triennale dei termini di scadenza per la presentazione della dichiarazione dei redditi, prevista dall'art. 20, comma 2, legge n. 44 del 1999 in favore delle vittime di eventi estorsivi, non si applica indistintamente a tutte le attività economiche riferibili a tali soggetti, ma solo in relazione agli adempimenti fiscali riconducibili, anche in via indiretta, all'attività economica attinta dalla condotta delittuosa e per la quale sia stata attivata la procedura prevista dalla normativa.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

Sez. 3, n. 44433 dell'01/10/2013, Scrivano, Rv. 257377-01;
Sez. 3, n. 21987 del 28/04/2016, Bareato, Rv. 267337-01;
Sez. 3, n. 14595 del 17/11/2017, dep. 30/03/2018, Strada, Rv. 272552-01;
Sez. 3, n. 29873 dell'01/12/2017, dep. 03/07/2018, Calabrò, Rv. 273690-01;
Sez. 3, n. 6220 del 23/01/2018, Ventura, Rv.272069-01;
Sez. 3, n. 38684 del 12/04/2018, P.G. in proc. Incerti, Rv. 273607-01;
Sez. 3, n. 2563 del 18/05/2018, dep. 21/01/2019, Frucella, Rv. 275686-01;
Sez. 3, n. 38042 del 10/05/2019, Pmt c/Santoro, Rv. 278825-01;
Sez. 3, n. 6506 del 24/09/2019, dep. 19/02/2020, Mattiazzo, Rv. 278909-01;
Sez. 3, n. 47287 del 02/10/2019, P.G c/ Cetin, Rv. 277897-01;
Sez. 3, n. 389 del 18/09/2020, dep. 2021, Pmt c/Scalvini Efren, Rv. 280776-01;
Sez. 3, n. 6163 del 20/10/2020, dep. 17/02/2021, Gafà, Rv. 281048-01;
Sez. 3, n. 7135 del 17/12/2020, dep. 24/02/2021, Raso, Rv. 281323-01;
Sez. 3, n. 9083 del 12/01/2021, Matassini, Rv. 281709-01;
Sez. 3, n. 10763 del 12/02/2021, Filip, Rv. 281389-01;
Sez. 3, n. 11216 del 19/02/2021, Giuliani, Rv. 281568-01;
Sez. 3, n. 13275 del 05/03/2021, Talia, Rv. 280897-01;
Sez. 3, n. 16686 del 16/04/2021, Huang Wenxin, Rv. 281099-01;
Sez. 3, n. 20188 del 12/02/2021, Gianotti, Rv. 281340-01;
Sez. 3, n. 23335 del 28/01/2021, Alecci, Rv. 281589-07 e 281589-08;
Sez. 3, n. 23921 del 14/12/2020, dep. 18/06/2021, Provasi, Rv. 281485-01;
Sez. 3, n. 28437 del 27/05/2021, Mastropietro, Rv. 281593-01;
Sez. 3, n. 28457 del 28/04/2021, Giordano, Rv. 281594-01;
Sez. 3, n. 31352 del 05/05/2021, Baracchino, Rv. 282237-01;
Sez. 3, n. 31367 del 21/04/2021, Agic, Rv. 282211-01.

REATI EDILIZI

CAPITOLO III

QUESTIONI IN TEMA DI DEMOLIZIONE DI OPERE ABUSIVE

(MARIA CRISTINA AMOROSO)

SOMMARIO: 1. Il principio di proporzionalità nell'esecuzione dell'ordine di demolizione ex art. 31 comma 9 d.lgs. 380 del 2001. 2. Omessa pronuncia dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo nella sentenza di condanna per reati edilizi. Rimedio. 3. Obbligo di motivazione nell'ipotesi di sospensione condizionale della pena subordinata alla demolizione dell'immobile abusivo.

Nell'anno 2021 la Corte di Cassazione, si è pronunciata in più occasioni sulla tematica della demolizione di opere abusive, in alcuni casi riferendosi espressamente alla previsione di cui all'art. 31, comma 9, d.lgs. 6 giugno 2001, n. 380 del 2001, in altri prendendo in considerazione l'eliminazione di dette opere quale condizione per la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena.

In relazione al primo dei due profili indicati si segnalano le decisioni che si sono occupate rispettivamente del rilievo del principio di proporzionalità di matrice convenzionale nell'esecuzione dell'ordine di demolizione e al rimedio esperibile nell'ipotesi di omessa pronuncia dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo nella sentenza di condanna per reati edilizi.

Quanto al secondo aspetto evidenziato va fatta menzione della decisione nella quale si afferma la necessità di motivazione nel caso di concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena subordinata alla demolizione dell'opera abusiva.

1. Il principio di proporzionalità nell'esecuzione dell'ordine di demolizione ex art. 31 comma 9 d.lgs. 380 del 2001.

Nell'anno in rassegna la Terza Sezione, nelle decisioni **Sez. 3, n. 423 del 14/12/2020, dep. 2021, Rv. 280270 - 01** e **Sez.3, n. 33414 del 4/03/2021, Riillo, Rv. 282328-01**, ha ribadito la configurabilità dell'obbligo di osservare il principio di proporzionalità nel dare attuazione all'ordine di demolizione di un'immobile illegalmente edificato, quando questo sia destinato ad abituale abitazione della persona interessata.

Detto principio, che, come noto, non è previsto dal legislatore nazionale, è stato esplicitamente affermato dalla giurisprudenza della Corte EDU nelle due

sentenze 21/04/2016, Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria, e Corte EDU, 04/08/2020, Kaminskas c. Lituania.

Nella prima decisione, la Corte EDU ha specificato che l'ordine di demolizione costituisce una misura che, in una società democratica, è necessaria alla difesa dell'ordine e alla promozione del benessere economico del paese, ma che tuttavia, costituendo la perdita della abitazione la forma più grave ed estrema di ingerenza statale nel diritto al rispetto della casa, ogni persona incisa, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione, ha diritto che un tribunale indipendente esamini la proporzionalità della misura con la propria situazione personale, secondo i principi propri della norma specifica di protezione, valutando se, nel caso concreto, le Autorità interne abbiano effettuato il miglior bilanciamento possibile dei diritti in gioco.

In quest'ottica la Corte ha chiarito che il problema del rispetto del principio di proporzionalità nell'esecuzione dell'ordine di demolizione rileva solo quando viene in gioco il diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio di una persona, di cui all'art. 8 della CEDU, il quale è configurabile in relazione all'immobile destinato ad abituale abitazione della stessa, e non anche quando viene opposto esclusivamente il diritto alla tutela della proprietà, garantito dall'art. 1 del Prot. 1 CEDU; ed impone che la persona interessata ad opporsi ad un ordine di demolizione per una costruzione illegale abbia il diritto a ricevere in giudizio un attento esame delle proprie ragioni e personali condizioni e ai tempi intercorrenti tra la definitività delle decisioni giudiziarie di cognizione e l'attivazione del procedimento di esecuzione.

Nella seconda decisione, Kaminskas c. Lituania, anch'essa relativa ad un provvedimento ablatorio emesso da un'autorità amministrativa, si è ribadita l'esigenza del rispetto del principio di proporzionalità in caso di ordine di demolizione di costruzioni illegali, ma al contempo, sono stati delineati con contenuto più limitato gli ambiti di tutela del privato evidenziando la necessità di attribuire un rilevante peso, «highly relevant», alla circostanza della illegale edificazione dell'abitazione, non potendosi assicurare tutela a chi ha sfidato la legge, per evitare di incoraggiare azioni illegali in contrasto con le esigenze di protezione dell'ambiente quale interesse pubblico.

Nella specie, si è escluso che l'esecuzione dell'ordine di demolizione dell'appartamento adibito a proprio domicilio da soggetto in condizioni di età avanzata, povertà e basso reddito, abbia determinato la violazione del diritto di cui all'art. 8 della CEDU, sulla base della consapevolezza dell'illegalità della edificazione al momento del compimento di tale attività, e della concessione di adeguati periodi di tempo per consentire all'interessato di "legalizzare", se possibile, la situazione, e di trovare una soluzione alle proprie esigenze abitative.

La giurisprudenza di legittimità ha fatto applicazione dell'orientamento consolidato della Corte EDU, in forza di un'interpretazione sistematica adeguatrice.

In **Sez. 3, n. 423 del 14/12/2020, dep. 2021, Rv. 280270** si è esplicitamente affermato che l'esigenza di assicurare il rispetto del principio in esame, quando attiene ad un manufatto illegalmente edificato, è configurabile esclusivamente in relazione all'immobile destinato ad abituale abitazione di una persona e non anche quando viene opposto esclusivamente il diritto alla tutela della proprietà, garantito dall'art. 1 del Prot. 1 CEDU; che detto principio partecipa di un profilo procedurale, quale diritto a ricevere un attento esame delle proprie ragioni da parte di un tribunale indipendente, e di un profilo sostanziale costituito dalla lettura combinata di più fattori quali l'eventuale consapevolezza della violazione della legge nello svolgimento dell'attività edificatoria da parte dell'interessato, stante l'esigenza di evitare di incoraggiare azioni illegali in contrasto con la protezione dell'ambiente; i tempi intercorrenti tra la definitività delle decisioni giudiziarie di cognizione e l'attivazione del procedimento di esecuzione, per consentire all'interessato di "legalizzare", se possibile, la situazione, e di trovare una soluzione alle proprie esigenze abitative; le condizioni di età avanzata, povertà e basso reddito dei dell'interessato.

In applicazione dei principi enunciati la Suprema Corte ha, pertanto, annullato con rinvio l'ordinanza impugnata a causa della totale assenza di valutazione della documentazione prodotta in ordine alle condizioni socio-economiche e di salute del ricorrente, di cui, invece, si sarebbe dovuto tenere conto, ai fini dell'esecuzione dell'ordine di demolizione, alla luce dei principi della CEDU come interpretati dalla giurisprudenza consolidata delle Corte EDU, demandando al giudice del rinvio di esaminare: «se, nella specie, viene in rilievo il principio di proporzionalità, perché si fa questione del diritto al rispetto della vita privata e familiare e del domicilio di una persona, di cui all'art. 8 della CEDU, in quanto l'immobile al quale si riferisce l'ordine di demolizione è destinato ad abituale abitazione del ricorrente, e, in caso di risposta affermativa a tale quesito, se il ricorrente, nel momento in cui ha realizzato abusivamente l'attività edificatoria, avesse consapevolezza di agire illegalmente, ovvero, in caso contrario, quale fosse il grado della sua colpa; quali siano stati i tempi a disposizione del medesimo, dopo la definitività della sentenza di condanna, per conseguire, se possibile, la sanatoria dell'immobile, e comunque per trovare una soluzione alle proprie esigenze».

I medesimi principi di diritto vengono enunciati ed applicati anche da **Sez.3, n. 33414 del 4/03/2021, Riillo, Rv. 282328-01**.

Nella fattispecie il difensore aveva dedotto l'illegittimità per violazione dell'art. 8 CEDU della sentenza impugnata, nella parte in cui, a seguito della condanna per abuso edilizio, ordinava la demolizione dell'immobile, senza considerare le seguenti circostanze: che l'abuso in questione era stato realizzato per fini residenziali del reo, in situazione di indigenza, e dei propri familiari, per fornire assistenza alla moglie invalida, che il tempo trascorso tra la realizzazione dell'abuso e il definitivo accertamento dell'ordine demolitorio avrebbe consolidato una situazione familiare e che il provvedimento era privo di qualsivoglia accertamento sulla possibilità che il destinatario dell'ordine potesse risolvere la sua questione abitativa.

La Suprema Corte, in risposta alle doglianze del ricorrente, ha ritenuto che l'ordine di demolizione impartito rispettasse il principio di proporzionalità avendo il giudice di merito evidenziato, con motivazione esente dai vizi denunciati, che le considerevoli dimensioni del manufatto, evidentemente, non solo sconfessavano la prospettazione difensiva fondata sulle asserite difficoltà economiche e sulla paventata necessità di accudimento della moglie invalida ma, anzi, denotavano che la costruzione non rispondeva a queste esigenze, bensì a quella di approntare anche per il figlio un'abitazione abusiva, come quella nella quale vivano i genitori.

Si evidenziava anche che l'edificio interamente abusivo era stato realizzato in spregio della normativa in tema di conglomerato cementizio armato, in materia antisismica nonché, e soprattutto, in materia paesaggistica.

Le decisioni si pongono in continuità con ulteriori pronunce della Terza Sezione avente ad oggetto il medesimo tema.

Sez. 3, n. 24882 del 26/04/2018, Ferrante, Rv. 273368-01 ha escluso la violazione del principio di proporzionalità, perché «lo stato di salute del ricorrente era stato ritenuto dal giudice di merito] come solo "cagionevole"», perché l'impossibilità di reperire altra abitazione era meramente asserita, perché l'istanza di condono dell'immobile era stata respinta in sede amministrativa, e perché della successiva impugnazione davanti al Tar non era stato documentato alcun esito.

Sez. 3, n. 17398 del 19/03/2019, Proscio, ha annullato l'ordinanza di rigetto della richiesta di revoca dell'ordine di demolizione, per l'assenza di qualunque valutazione circa la proporzionalità tra la misura della demolizione e l'interesse del singolo al rispetto del proprio domicilio, precisando segnatamente: «La violazione o meno, nella fattispecie concreta, dell'art. 8 della convenzione europea, dovrà essere valutata sotto il profilo della proporzionalità, tra l'abuso - se di dimensioni tali da farlo ritenere di necessità, se abitato - e gli interessi generali della comunità al rispetto delle norme».

Nella decisione di Sez. 3, n. 48021 del 11/09/2019, Giordano, Rv. 277994-01, si è ritenuto rispettato il principio di proporzionalità anche in considerazione della «distanza temporale (circa 20 anni) tra il passaggio in giudicato della sentenza di condanna e l'attuazione effettiva dell'ordine di demolizione», siccome valorizzata dal giudice di merito quale circostanza che avrebbe «consentito alla ricorrente di cercare una soluzione alternativa».

I medesimi principi sono stati ribaditi in **Sez. 3, n. 26334 del 15/07/2020, Ayala Flores, non massimata; Sez. 3, n. 7232 del 05/02/2020, Di Mila, non massimata; Sez. 3, n. 15141 del 20/02/2019, Pignalosa, non massimata**).

2. Omessa pronuncia dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo nella sentenza di condanna per reati edilizi. Rimedio.

Il secondo tema affrontato dalla Corte riguarda, come già precisato, la possibilità, di ovviare all'omessa pronuncia dell'ordine di demolizione del manufatto abusivo con la sentenza di condanna per reati edilizi ricorrendo alla procedura di correzione dell'errore materiale.

La decisione in rassegna, **Sez. 3 - n. 12950 del 25/01/2021, Rv. 281240 – 01**, ha fornito risposta negativa al quesito dovendo essere in tal caso proposta impugnazione da parte del pubblico ministero.

La sentenza ribadisce quindi quanto già affermato da Sez. 3, Sentenza n. 21022 del 24/02/2004 Ud. (dep. 05/05/2004) Rv. 229039 – 01; Sez. 3, Sentenza n. 33939 del 04/07/2006 Cc. (dep. 10/10/2006) Rv. 235052 – 01; Sez. 3, Sentenza n. 17380 del 22/03/2007 Cc. (dep. 08/05/2007) Rv. 236494 – 01; Sez. 3, Sentenza n. 4751 del 13/12/2007 Cc. (dep. 30/01/2008) Rv. 239070 – 01; Sez. 3, Sentenza n. 32953 del 28/04/2010 Cc. (dep. 08/09/2010) Rv. 248217 – 01, Sez. 3, Sentenza n. 40861 del 23/09/2010 Cc. (dep. 18/11/2010) Rv. 248696 – 01.

Nel caso di specie il giudice di primo grado aveva omesso di disporre l'ordine di demolizione dell'opera abusiva, ai sensi dell'art. 31, comma 9, d.P.R. n. 380 del 2001, e tale ordine era stato applicato d'ufficio dalla Corte d'appello, senza in ciò essere sollecitata nemmeno dal Procuratore Generale e nemmeno instaurando, sul punto, il contraddittorio tra le parti, seguendo la procedura prevista per la correzione degli errori materiali di cui all'art. 130 cod. proc. pen.

I giudici della Terza Sezione hanno affermato che stante l'assenza di impugnazione del pubblico ministero l'ordine di demolizione non poteva essere disposto d'ufficio da parte della Corte d'appello, in quanto il relativo capo della sentenza era divenuto irrevocabile.

Erroneo è stata, inoltre, considerato il ricorso alla procedura della correzione dell'errore materiale, utilizzabile solo, come espressamente enunciato dall'art. 130 cod. proc. pen., qualora si tratti di correggere errori od omissioni che non determinano nullità e la cui eliminazione non comporta una modificazione essenziale dell'atto, come, ad esempio accadrebbe allorquando il giudice di primo grado abbia disposto, in motivazione, l'ordine di demolizione, che invece non compare nel dispositivo.

Al di fuori di tale caso, si precisa, non è ravvisabile un mero errore materiale perché, in primo luogo, l'applicazione dell'ordine di demolizione presuppone comunque un'attività ricognitiva da parte del giudice di merito, dovendo, ad esempio verificare se il manufatto non sia stato già demolito, eventualmente in esecuzione del relativo ordine impartito dall'autorità amministrativa, ovvero se esso non sia stato acquisito al patrimonio comunale in forza di una delibera che abbia dichiarato la sussistenza di prevalenti interessi pubblici.

In secondo luogo l'ordine di demolizione impartito mediante la procedura prevista per la correzione di errore materiale implica la modifica di un elemento essenziale della sentenza, quale è quello della destinazione del corpo del reato, produttivo di effetti pregiudizievoli nella sfera giuridica dell'imputato, e non essendo la demolizione una conseguenza automatica, specie nei casi - in astratto - di nulla osta paesaggistico, ambientale, idrogeologico e di sanatoria, per cui occorre una specifica motivazione circa la presenza o l'assenza di presupposti del genere.

La decisione conclude, quindi affermando che l'omessa statuizione dell'ordine di demolizione rappresenta un *error in iudicando*, emendabile soltanto attraverso l'impugnazione della sentenza, che, nella specie, non è stata coltivata dal pubblico ministero.

Per completezza va dato atto dell'esistenza di un orientamento contrapposto, più risalente nel tempo, di cui sono espressione Sez. 3, Sentenza n. 10067 del 02/12/2008, (dep. 06/03/2009) Rv. 244016 – 01, Sez. 3, Sentenza n. 46656 del 09/11/2011 Cc. (dep. 15/12/2011) Rv. 251962 – 01, Sez. 3, Sentenza n. 40340 del 27/05/2014 Ud. (dep. 30/09/2014) Rv. 260421 – 01.

3. Obbligo di motivazione nell'ipotesi di sospensione condizionale della pena subordinata alla demolizione dell'immobile abusivo.

Un ulteriore tematica affrontata dalla giurisprudenza di legittimità nell'anno in rassegna ha riguardato la questione se, in caso di condanna per reati edilizi, il giudice che subordini il beneficio della sospensione condizionale della pena alla demolizione dell'opera abusiva sia tenuto a motivare esplicitamente le ragioni per

le quali, nel formulare il giudizio prognostico di cui all'art. 164, comma 1, c.p., ritenga necessario porre l'esecuzione di tale ordine come condizione per la fruizione del beneficio.

La pronuncia è destinata ad alimentare il contrasto esistente nel panorama giurisprudenziale di legittimità, annoverandosi tra le pronunce che sostengono la necessità della motivazione alla luce della discrezionalità insita nella scelta di concedere la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'art. 165 cod. pen. cui si contrappongono quelle che la ritengono superflua poiché implicita nell'ordine di demolizione disposto ai sensi del comma 9 dell'art. 31 T.U.E.

La terza Sezione nella decisione **Sez.3, n. 33414 del 4/03/2021, Riillo, Rv. 282328-01** ritiene preferibile dare continuità all'indirizzo secondo il quale è necessario che il giudice del merito espliciti nella motivazione le ragioni perché, sul piano prognostico di cui all'art. 164, comma 1, c.p., ritenga necessario porre l'esecuzione di tale ordine come condizione della fruizione della sospensione condizionale della pena, soprattutto nell'ipotesi di soggetti che non hanno mai fruito di tale beneficio, posto che ritenere superfluo detto onere di motivazione comporterebbe l'elisione di ogni differenza tra l'ipotesi, facoltativa, di cui all'art. 165, comma 1, cod. pen. e quella, obbligatoria, di cui all'art. 165, comma 2, cod. pen.

A sostegno della tesi prescelta la Suprema Corte evidenzia che quando il legislatore ha inteso subordinare in modo automatico la sospensione condizionale della pena, concessa per la prima volta, all'adempimento di obblighi specificamente previsti, lo ha fatto in modo espresso, tipizzando i relativi casi e privando il giudice di ogni facoltà sul punto.

L'orientamento non condiviso, che legittima la subordinazione della sospensione condizionale alla sua demolizione in assenza di qualsiasi giudizio prognostico, ad avviso dei giudici di legittimità, non solo non convince ma introduce, di fatto, un automatismo non previsto, né voluto dal legislatore.

Comporterebbe, inoltre, se condiviso, una palese incoerenza con quanto previsto dagli art. gli artt. 255, comma 3, e 257, comma 3, d.lgs. n. 152 del 2006, atteso che non si comprenderebbero le ragioni per le quali, in caso di reati urbanistici la sospensione condizionale della pena concessa per la prima volta possa essere immotivatamente subordinata alla demolizione dell'opera abusivamente realizzata, mentre in caso di inquinamento del suolo, del sottosuolo, delle acque superficiali e sotterranee, la sospensione della pena può essere subordinata alla bonifica o agli adempimenti alle prescrizioni imposte dall'autorità.

Nè altrimenti si spiegherebbe perché per determinati, specifici reati il legislatore ha inteso subordinare senz'altro la concessione del beneficio della

sospensione condizionale della pena al risarcimento del danno o alla riparazione pecuniaria (art. 165, commi quarto e sesto, cod. pen.) escludendo da tale "numerus clausus" i reati in materia urbanistica.

In conclusione, per la decisione in rassegna la funzione ripristinatoria dell'ordine di demolizione, volta a eliminare le conseguenze dannose del reato, non giustifica di per sé la sostanziale abrogazione del primo comma dell'art. 165 cod. pen.

Tanto chiarito la decisione in rassegna, ribadendo quanto già affermato da precedenti sentenze (in tal senso, Sez. 4, n. 34754 del 20/11/2020, Rv. 280244 - 05; Sez. 3, n. 26191 del 28/03/2019, Rv. 276041 - 01) ammette anche la possibilità che il giudizio prognostico possa essere implicitamente ricavato dalla motivazione nella sua interezza e che la persistente inottemperanza all'ordine impartito dal Comune possa essere valutata negativamente a fini prognostici purché sia chiaro che: a) l'inottemperanza all'ordine disposto esclusivamente con la sentenza di primo grado non può essere valutata negativamente a danni dell'imputato non ancora irrevocabilmente condannato; b) il giudizio prognostico di cui all'art. 164 comma primo, cod. pen., sia comunque ricavabile tra le pieghe della motivazione relativa alla determinazione del trattamento sanzionatorio; c) la motivazione implicita non deve costituire una facile scappatoia verso inammissibili automatismi sanzionatori; d) il beneficio della sospensione condizionale della pena non costituisce strumento per rafforzare o implementare l'ordine di demolizione dell'immobile abusivamente realizzato.

Per completezza giova rammentare che l'indirizzo contrario a quello qui ribadito ritiene possibile senza procedere a specifica motivazione sul punto, essendo questa implicita nell'emanazione dell'ordine di demolizione disposto con la sentenza, che, in quanto accessorio alla condanna del responsabile, è emesso sulla base dell'accertamento della persistente offensività dell'opera stessa nei confronti dell'interesse protetto (Sez. 3, n. 16157 del 26/02/2019, Rv. 275402 - 01; Sez. 3, n. 51014 del 15/06/2018, Rv. 274305 - 01; Sez. 3, n. 23189 del 29/03/2018, Rv. 272820 - 01; Sez. 3, n. 7283 del 09/01/2018, Rv. 272560 - 01; Sez. 7, n. 9847 del 25/11/2016, dep. 2017, Rv. 269208 - 01). Sez. 3, n. 39571 del 18/07/2017, Rv. 272503 - 01; Sez. 3, n. 17729 del 10/03/2016, Rv. 267027; Sez. 3, n. 3139 del 03/12/2013 - dep. 2014 - Rv. 258587; Sez. 3, n. 43576 del 2014, non massimata.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

- Sez. 3, n. 21022 del 24/02/2004, Aliberti, Rv. 229039
Sez. 3, n. 33939 del 04/07/2006, Salata, 235052
Sez. 3, n. 17380 del 22/03/2007, P.G. in proc. Ruocco, Rv. 236494
Sez. 3, n. 4751 del 13/12/2007, dep. 2008, Gabrielli, Rv.239070
Sez. 3, n. 10067 del 02/12/2008, dep. 2009, P.G. in proc. Guadagno, Rv. 244016
Sez. 3, n. 32953 del 28/04/2010, P.M. in proc. Poeta, Rv. 248217
Sez. 3, n. 40861 del 23/09/2010, Pozzessere, Rv. 248696
Sez. 3, n. 46656 del 09/11/2011, D'Amato, Rv. 251962
Sez. 3, n. 3139 del 03/12/2013, dep. 2014, Domingo, Rv. 258587
Sez. 3, n. 40340 del 27/05/2014, Bognanni, Rv. 260421
Sez. 3, n. 17729 del 10/03/2016, Abbate e altro Rv. 267027
Sez. 7, n. 9847 del 25/11/2016, dep. 2017, Palma, Rv. 269208
Sez. 3, n. 39571 del 18/07/2017, Pellerito, Rv. 272503
Sez. 3, n. 7283 del 09/01/2018, Mistretta, Rv. 272560
Sez. 3, n. 23189 del 29/03/2018, Ferrante, Rv. 272820
Sez. 3, n. 24882 del 26/04/2018, Ferrante, Rv. 273368
Sez. 3, n. 51014 del 15/06/2018, Pecoraro, Rv. 274305
Sez. 3, n. 15141 del 20/02/2019, Pignalosa
Sez. 3, n. 16157 del 26/02/2019, Arcabascio, Rv. 275402
Sez. 3, n. 17398 del 19/03/2019, Proscio,
Sez. 3, n. 26191 del 28/03/2019, Lamaj, Rv. 276041
Sez. 3, n. 48021 del 11/09/2019, Giordano, Rv. 277994
Sez. 3, n. 7232 del 05/02/2020, Di Mila
Sez. 3, n. 26334 del 15/07/2020, Ayala Flores
Sez. 4, n. 34754 del 20/11/2020, Abbate, Rv. 28024405
Sez. 3, n. 423 del 14/12/2020, dep. 2021, Leoni, Rv. 280270
Sez. 3, n. 12950 del 25/01/2021, Mirra, Rv. 281240
Sez.3, n. 33414 del 4/03/2021, Riillo, Rv. 282328-01

Sentenze della Corte EDU

- Corte EDU 21/04/2016, Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria
Corte EDU, 04/08/2020, Kaminskas c. Lituania

ARMI

CAPITOLO IV

RECENTI ORIENTAMENTI DELLA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ IN TEMA DI ARMI

(VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. La nozione di arma. - 2. Armi da guerra. - 3. Custodia delle armi, detenzione, permanenza e concorso di persone. - 4. Munizioni e caricatori. - 5. Materie esplodenti.

1. La nozione di arma.

Sez. 1, n. 23840 del 13/01/2021, Brassi, Rv. 281398 ha riepilogato, nell'ambito della nozione di *armi* (definite quali gli strumenti atti ad offendere e che sono, naturalmente, destinati a recare un'offesa o un danno ad altro soggetto), la distinzione tra armi bianche e quelle da fuoco.

Le prime sono quelle che possono provocare ferite per mezzo di punte, forme contundenti o lame di metallo, così come quelle che consentono di scagliare altri oggetti.

Le armi da fuoco sono strumenti atti ad offendere mediante il meccanismo costruttivo basato sull'esplosione o la deflagrazione; sono, tipicamente, le armi da sparo.

Le armi improprie sono costituite da strumenti idonei ad offendere privi, in via esclusiva e per destinazione naturale, di quello scopo.

Si tratta di oggetti che, per loro natura, non sono idonei ad offendere ma possono avere tale funzione se utilizzati in modo pericoloso.

Sulla scorta di tale distinzione, la sentenza indicata ha affermato che integra la contravvenzione di cui all'art. 699, comma secondo, cod. pen., e non quella di cui all'art. 4, comma 3, legge 18 aprile 1975, n.110, il porto ingiustificato di un tirapugni metallico, il quale, non avendo altra funzione che quella di incrementare la potenzialità lesiva dell'azione violenta perpetrata con lo stesso, costituisce un'arma propria cd. bianca.

In motivazione, la Corte ha precisato che la noccoliera, a differenza del tirapugni metallico, non ha siffatta esclusiva funzione, in quanto può essere utilizzata anche allo scopo di proteggere le nocche della mano.

Sez. 1, n. 22341 del 07/04/2021, Musoni, Rv. 281392 ha invece affermato che, in tema di reati concernenti le armi, deve escludersi che la balestra possa classificarsi tra le armi proprie, per la ragione che tale strumento, di difficile porto

e di ardua maneggevolezza, incompatibile con le esigenze ed i costumi del vivere moderno, non ha più da tempo, quale destinazione naturale, quella di recare offesa agli esseri umani, ma piuttosto funzioni ornamentali, di collezione o, talora, sportive; ne consegue che non vi è obbligo di denuncia, e il porto, fuori dell'abitazione e sue pertinenze, al pari di quello delle relative frecce, se ingiustificato è punito non ai sensi dell'art. 699 cod. pen., ma dell'art. 4, comma secondo, della legge 18 aprile 1975 n. 110.

È stata così assicurata continuità al risalente orientamento conforme espresso da Sez. 1, n. 4331 dell'11/02/1997, Bassetti, Rv. 207435; Sez. 1, n. 310 del 18/11/1996, dep. 1997, Messina, Rv. 206632.

Con un importante arresto è stata assicurata continuità all'orientamento consolidato in tema di bombolette *spray* a base di *oleoresin capsicum* (peperoncino), in relazione alle quali, più volte, la Corte ha sostenuto che è integrata la contravvenzione di cui all'art. 699 cod. pen. nel caso di porto in luogo pubblico, purchè non siano rispettate le caratteristiche stabilite dal decreto ministeriale 12 maggio 2011, n. 103.

Si tratta di orientamento espresso con Sez. 1, n. 14807 del 07/01/2016, Delmastro, Rv. 267284; Sez. 1, n. 57624 del 29/09/2017, Greco, Rv. 271901 e, sostanzialmente, ez. 1, n. 3116 del 24/10/2011, dep. 2012, Cantieri, Rv. 251825).

Nel ribadire tale principio, **Sez. 1, n. 15083 del 10/02/2021, D'Italia, Rv. 280903**, ha affermato che integra la contravvenzione di cui all'art. 699 cod. pen. il porto in luogo pubblico di una bomboletta contenente "spray" urticante a base di "oleoresin capsicum", a condizione che ne siano accertate in giudizio le caratteristiche di offensività stabilite dall'art. 1 del decreto ministeriale 12 maggio 2011, n. 103, non rilevando, a tal fine, l'inosservanza delle prescrizioni contenute nell'art. 2 del citato D.M.

La Corte ha ricondotto l'introduzione del decreto ministeriale citato alla funzione di individuare le condizioni in presenza delle quali lo strumento di autodifesa costituito dallo spray al peperoncino può costituire un pericolo per la pubblica incolumità.

Tali connotazioni di offensività sono state indicate dall'art. 1, comma 1, del decreto ministeriale che ha individuato una serie di requisiti affinché la detenzione della miscela irritante a base di *oleoresin capsicum* possa considerarsi legittima: la miscela non deve superare i 20 ml e non deve contenere sostanze infiammabili, corrosive, tossiche, cancerogene o aggressivi chimici, la percentuale di principio attivo non deve superare determinate soglie, la confezione deve essere sigillata ed avere dei limiti di gittata.

Affinchè la detenzione della bomboletta possa essere ritenuta illecita occorre accertare, in concreto, la violazione delle predette caratteristiche e, a tal fine, non

è sufficiente la mancata indicazione, sulla confezione, della quantità di principio attivo o di indicazioni in lingua italiana.

Tale orientamento è stato congruamente preso in considerazione da altro importante arresto sul tema delle bombolette *spray* con il quale, in continuità con altri precedenti (Sez. 1, n. 11753 del 28/02/2012, Cecchetti, Rv. 252261; Sez. 1, n. 44994 del 14/11/2007, Amantonico, Rv. 238704; Sez. 1, n. 21932 del 09/06/2006, Hamdi, Rv. 234697), è stato affermato che integra il reato previsto dall'art. 4 della legge 2 ottobre 1967, n. 895 e succ. modd. il porto in luogo pubblico di una bomboletta "spray" contenente gas urticante idoneo a provocare irritazione degli occhi, sia pure reversibile in un breve tempo, in quanto idonea ad arrecare offesa alla persona e, come tale, rientrante nella definizione di arma comune da sparo di cui all'art. 2 della legge 18 aprile 1975, n. 110. (**Sez. 6, n. 30140 del 07/07/2021, Petraru, Rv. 281833**).

La Corte ha evidenziato che, rispetto alle bombolette contenenti il principio attivo a base di *oleoresin capsicum* (strumento di autodifesa), quello proprio delle bombolette contenenti *spray* a base di gas urticante è costituito da una sostanza di tipo chimica e non naturale ed è consentito alle sole forze di polizia *ex art.* 12, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 1991, n. 359.

Tanto giustifica il diverso inquadramento degli oggetti indicati.

2. Armi da guerra.

In tema di armi da guerra, la Corte vi ha ricondotto le bottiglie incendiarie, anche qualora si tratti di involucri di plastica.

Ricorre la nozione di bottiglia incendiaria non per il solo fatto che il recipiente contenga del liquido infiammabile, essendo necessaria anche la presenza di uno stoppino acceso al momento del lancio che sia in grado di trasmettere la fiamma al liquido contenuto nella bottiglia al momento dell'impatto della stessa con il suolo.

In presenza di tali condizioni, a prescindere dalla potenzialità lesiva o dalla utilizzazione bellica della bottiglia, si è in presenza di arma da guerra.

In tal senso, **Sez. 1, n. 34853 del 12/05/2021, Braz, Rv. 281892**, ha ribadito il principio per cui le bottiglie incendiarie cosiddette "molotov" devono considerarsi comprese tra i "congegni micidiali" ed equiparate, agli effetti della legge penale, alle armi da guerra.

Si tratta di arresto conforme a risalenti precedenti costituiti da Sez. 1, n. 3939 del 29/10/1979, dep. 1980, Nesta, Rv. 144764 e Sez. 6, n. 2208 del 18/12/1981, dep. 1982, Scelza, Rv. 152579, oltre che dalla più recente Sez. 2, n. 1622 del 12/12/2012, dep. 2013, Zeqiri, Rv. 254451).

3. Custodia delle armi, detenzione, permanenza e concorso di persone.

Ribadendo quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza in tema di criteri di determinazione della diligenza richiesta al soggetto che non eserciti professionalmente una qualsiasi attività in materia di armi, la Corte ha affermato che, in tal caso, l'obbligo di diligenza nella custodia delle armi, previsto dall'art. 20 della legge n. 110 del 1975 deve ritenersi adempiuto alla sola condizione che risultino adottate le cautele che, nelle specifiche situazioni di fatto, possono esigersi da una persona di normale prudenza, secondo il criterio dell'"id quod plerumque accidit".

Nella fattispecie la Corte ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna di un soggetto, imputato del reato di cui all'art. 20 della legge n. 110 del 1975, che aveva denunciato il furto, da parte di ignoti, di un fucile da caccia lasciato sul tavolo della camera da letto di una tenuta di campagna con la porta non chiusa e le chiavi dimenticate nella serratura, attesa l'inutilizzabilità di detta denuncia al fine di valutare la diligenza nella custodia dell'arma e l'assenza di ulteriori accertamenti da parte della polizia giudiziaria.

In assenza di prova della mancata adozione delle cautele necessarie alla custodia del fucile, il giudice di merito non avrebbe potuto affermare la violazione delle regole di diligenza da parte dell'imputato.

Si tratta di **Sez. 1, n. 35453 del 11/05/2021, Sciortino, Rv. 281897** che ha, così, assicurato continuità a Sez. 1, n. 7154 del 14/12/1999, dep. 2000, Cariello, Rv. 214960; Sez. 1, n. 46265 del 06/10/2004, Aiello, Rv. 230153; Sez. 1, n. 8027 del 25/01/2011, Cavallaro, Rv. 249840; Sez. 1, n. 6827 del 13/12/2012, dep. 2013, Arconte, Rv. 254703.

Esaminando la fattispecie concorsuale ritenuta dai giudici di merito in relazione alla condotta di mera tolleranza e conoscenza della detenzione dell'arma da parte del coniuge con il quale vi era una condizione di coabitazione, la Corte ha escluso che da tali semplici circostanze fattuali possa evincersi l'ipotesi del concorso di persone.

Sez. 1, n. 31171 del 02/04/2021, Lisciarelli, Rv. 281645 ha, infatti, affermato che in tema di reati concernenti le armi, la mera coabitazione con l'illegittimo detentore dell'arma non è sufficiente a configurare un concorso nella detenzione abusiva.

Si tratta, anche in questo caso, di principio conforme a quanto sostenuto da risalenti arresti (Sez. 2, n. 7101 del 19/04/1988, Bellacicco, Rv. 178626; Sez. 2, n. 2714 del 06/10/1981, dep. 1982, De Matteis, Rv. 152739).

La Corte ha sostenuto che la nozione di detenzione implica un minimo apprezzabile di autonoma disponibilità del bene e non è configurabile *solo animo*.

4. Munizioni e caricatori.

In punto di rapporti tra il reato di detenzione illegale di munizioni costituenti l'ordinaria dotazione di arma comune da sparo oggetto, a sua volta, di detenzione illegale, la Corte afferma, sistematicamente (con ciò avendo superato il difforme orientamento precedente), il principio per cui il primo è assorbito nel secondo e che la fattispecie di cui all'art. 697 cod. pen. non sussiste nel caso di omessa denuncia della detenzione di munizioni che costituiscono ordinaria dotazione di arma comune da sparo legalmente detenuta (Sez. 1, n. 6139 del 16/12/2013, Shaktu, Rv. 258922; Sez. 1, n. 18376 del 28/03/2008, D'Urso, Rv. 240280; Sez. 1, n. 17498 del 05/02/2016, dep. 2017, Rv. 269888).

Tale orientamento poggia sull'interpretazione dell'art. 26 legge 18 aprile 1975, n. 110 che, si dice, essere funzionale ad evitare inutili adempimenti rispetto a quantitativi di munizioni che possono essere ritenuti «normali» per l'uso cui è destinata l'arma denunciata o suscettibile di essere denunciata.

In tali casi la detenzione delle munizioni che costituiscono dotazione delle armi va considerata unitariamente all'arma.

Per contro, nel caso di munizioni che potrebbero costituire, per calibro e numero, l'ordinaria dotazione di un'arma comune da sparo clandestina (in quanto priva del numero di matricola), non è possibile ritenere penalmente irrilevante la denuncia della detenzione delle munizioni in quanto non suscettibili di essere in alcun modo collegate ad alcuna arma comune da sparo suscettibile di detenzione legale.

Da qui l'affermazione fatta propria da **Sez. 1, n. 1898 del 17/09/2020, dep. 2021, Scalfari, Rv. 280298** secondo cui, nell'ipotesi di detenzione illegale di munizioni che, per numero e calibro, costituiscono ordinaria dotazione di un'arma clandestina detenuta dal medesimo soggetto e nel medesimo contesto, si configura l'autonomo reato di cui all'art. 697 cod. pen., con esclusione dell'assorbimento nella fattispecie di cui all'art. 23 legge 18 aprile 1975, n. 110, trattandosi di munizioni che non sono ricollegabili ad alcuna arma comune da sparo suscettibile di essere detenuta legalmente.

Sempre in tema dell'obbligo di denuncia delle munizioni, **Sez. 1, n. 22344 del 21/04/2021, Romano, Rv. 281393**, ha affermato che a seguito della modifica dell'art. 38 del Testo unico leggi di pubblica sicurezza, come novellato dall'art. 3, comma 1, lett. e), d.lgs. 26 ottobre 2010, n. 204 e dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 104, non sussiste l'obbligo di denuncia delle munizioni se non più detenute alla scadenza del termine per la presentazione della relativa denuncia, fissato in 72 ore dall'acquisizione della materiale disponibilità.

Nella fattispecie, all'imputato era stata contestata l'omessa denuncia della detenzione di due chilogrammi di polvere da sparo da caccia per la ricarica di due fucili e il cui utilizzo era avvenuto entro 72 ore dall'acquisto; termine entro il quale, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e), d.lgs. 26 ottobre 2010, n. 204 che ha modificato l'art. 38, comma 1, TULPS, deve essere effettuata la denuncia.

L'innovazione è stata interpretata dalla Corte nel senso che attraverso la previsione di una diversa disciplina del termine di presentazione della denuncia è stata sostanzialmente modificata la norma incriminatrice in termini più favorevoli al reo, conseguendone che l'obbligo non sussiste quando le munizioni non siano più detenute allo scadere del termine per il relativo adempimento.

Sempre con riferimento all'art. 38 TULPS ed alle modifiche introdotte dapprima con l'art. 3 d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito dalla legge 17 aprile 2015, n. 43 e dall'art. 3 d.lgs. 10 agosto 2018, n. 104, è stato affermato che non è configurabile il reato di cui all'art. 697 cod. pen. in caso di detenzione di un caricatore per arma comune da sparo in grado di contenere un numero di colpi inferiore a dieci per le armi lunghe, e a venti per le quelle corte, atteso che, per effetto delle modifiche apportate all'art. 38 del r.d. 18 giugno 1931, n. 773, dall'art. 3 del d.lgs. 10 agosto 2018, n. 104, in tal caso non è più obbligatoria la denuncia all'autorità di pubblica sicurezza (**Sez. 1, n. 22347 del 28/04/2021, Arenella, Rv. 281394**).

Per effetto delle modifiche progressivamente intervenute con le disposizioni menzionate, si è determinata una progressiva depenalizzazione con riguardo alla detenzione dei caricatori per armi comuni da sparo che non superano i predetti limiti, con conseguente applicazione dell'art. 2, comma secondo, cod. pen. nel caso di condotte poste in essere prima dell'entrata in vigore delle stesse norme citate.

La detenzione di un numero di munizioni superiore a quello consentito in relazione ad un'arma legittimamente detenuta è stata considerata idonea ad integrare il reato di cui all'art. 697 cod. pen.

In tal senso, è stato affermato che integra il reato previsto dall'art. 697 cod. pen. l'omissione della denuncia delle cartucce detenute in numero eccedente il normale munizionamento di un'arma già regolarmente denunciata, ossia il limite della capienza del relativo caricatore (**Sez. 1, n. 24506 del 09/06/2010, Naccarato, Rv. 247755**).

In sostanziale applicazione di tale principio, **Sez. 6, n. 21019 del 18/05/2021, P., Rv. 281508** ha affermato che integra il reato di cui all'art. 697 cod. pen. la detenzione da parte di un militare dell'Arma dei Carabinieri di un numero di munizioni 9 X 19 parabellum superiore a quello di quindici unità di cui è permessa la detenzione unitamente al caricatore della pistola di ordinanza, in quanto

l'esonero dall'obbligo di denuncia all'ufficio di pubblica sicurezza, previsto dall'art. 38, comma 2, T.U.L.P.S., non è riferibile al singolo, ma all'istituzione già autorizzata a siffatta detenzione.

5. Materie esplodenti.

In tema di rapporti tra materie esplodenti (rientranti nella disciplina sanzionatoria dell'art. 678 cod. pen.) ed esplosivi (la cui illegale detenzione ricade nell'art. 10 legge 14 ottobre 1974, n. 497), **Sez. 1, n. 12767 del 16/02/2021, Salvi, Rv. 280857** ha ribadito che nella categoria delle "materie esplodenti" indicata nell'art. 678 cod. pen. rientrano quelle sostanze prive di potenzialità micidiale sia per la struttura chimica, sia per le modalità di fabbricazione, dovendo invece essere annoverate nella diversa categoria degli "esplosivi" - la cui illegale detenzione è sanzionata dall'art. 10 della legge n. 497 del 1974 - quelle sostanze caratterizzate da elevata potenzialità, le quali, per la loro micidialità, sono idonee a provocare un'esplosione con rilevante effetto distruttivo.

Nella fattispecie, l'indagato aveva detenuto quattordici manufatti, realizzati artigianalmente, contenenti ciascuno materiale esplosivo, di uno dei quali, a seguito di prova di accensione, gli artificieri avevano accertato la micidialità, avendo provocato la creazione di un cratere di 11 centimetri.

Tale orientamento, già affermato da Sez. 1, n. 32253 del 16/06/2009, Salamone, Rv. 244630 ed altre conformi precedenti, è stato ritenuto non in contrasto con l'altro, specificamente riferito a materiale pirotecnico, per cui integra il delitto di illegale detenzione di esplosivi, e non la contravvenzione di detenzione abusiva di materie esplodenti, la condotta avente ad oggetto materiali pirotecnici, non micidiali se singolarmente considerati, che in determinate condizioni – quali l'ingente quantitativo, il precario confezionamento, la concentrazione in ambiente angusto, la prossimità a luoghi frequentati – costituiscono pericolo per persone o cose, assumendo nell'insieme la caratteristica della micidialità (Sez. 1, n. 50295 del 19/07/2018, Luongo, Rv. 274477).

L'elemento comune tra i due orientamenti è stato rinvenuto nella necessità che, per essere definito esplosivo, il manufatto deve possedere la caratteristica della micidialità in concreto, ossia la concreta capacità di «provocare un'esplosione con rilevante effetto distruttivo».

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

- Sez. 1, n. 3939 del 29/10/1979, dep. 1980, Nesta, Rv. 144764
Sez. 2, n. 2714 del 06/10/1981, dep. 1982, De Matteis, Rv. 152739
Sez. 6, n. 2208 del 18/12/1981, dep. 1982, Scelza, Rv. 152579
Sez. 2, n. 7101 del 19/04/1988, Bellacicco, Rv. 178626
Sez. 1, n. 310 del 18/11/1996, dep. 1997, Messina, Rv. 206632
Sez. 1, n. 4331 dell'11/02/1997, Bassetti, Rv. 207435
Sez. 1, n. 7154 del 14/12/1999, dep. 2000, Cariello, Rv. 214960
Sez. 1, n. 46265 del 06/10/2004, Aiello, Rv. 230153
Sez. 1, n. 21932 del 09/06/2006, Hamdi, Rv. 234697
Sez. 1, n. 44994 del 14/11/2007, Amantonico, Rv. 238704
Sez. 1, n. 18376 del 28/03/2008, D'Urso, Rv. 240280
Sez. 1, n. 32253 del 16/06/2009, Salamone, Rv. 244630
Sez. 1, n. 24506 del 09/06/2010, Naccarato, Rv. 247755
Sez. 1, n. 8027 del 25/01/2011, Cavallaro, Rv. 249840
Sez. 1, n. 3116 del 24/10/2011, dep. 2012, Cantieri, Rv. 251825
Sez. 1, n. 11753 del 28/02/2012, Cecchetti, Rv. 252261
Sez. 2, n. 1622 del 12/12/2012, dep. 2013, Zeqiri, Rv. 254451
Sez. 1, n. 6827 del 13/12/2012, dep. 2013, Arconte, Rv. 254703
Sez. 1, n. 6139 del 16/12/2013, Shaktu, Rv. 258922
Sez. 1, n. 14807 del 07/01/2016, Delmastro, Rv. 267284
Sez. 1, n. 17498 del 05/02/2016, dep. 2017, Rv. 269888
Sez. 1, n. 57624 del 29/09/2017, Greco, Rv. 271901
Sez. 1, n. 50295 del 19/07/2018, Luongo, Rv. 274477
Sez. 1, n. 1898 del 17/09/2020, dep. 2021, Scalfari, Rv. 280298
Sez. 1, n. 12767 del 16/02/2021, Salvi, Rv. 280857
Sez. 1, n. 15083 del 10/02/2021, D'Italia, Rv. 280903
Sez. 1, n. 17539 del 12/01/2021, Caruana, Rv. 281387
Sez. 6, n. 21019 del 18/05/2021, P., Rv. 281508
Sez. 1, n. 22341 del 07/04/2021, Musoni, Rv. 281392
Sez. 1, n. 22344 del 21/04/2021, Romano, Rv. 281393
Sez. 1, n. 22347 del 28/04/2021, Arenella, Rv. 281394
Sez. 1, n. 23840 del 13/01/2021, Brassi, Rv. 281398
Sez. 1, n. 27343 del 04/03/2021, Amato, Rv. 281668
Sez. 6, n. 30140 del 07/07/2021, Petraru, Rv. 281833
Sez. 1, n. 31171 del 02/04/2021, Lisciarelli, Rv. 281645
Sez. 1, n. 34853 del 12/05/2021, Braz, Rv. 281892

Sez. 1, n. 35453 del 11/05/2021, Sciortino, Rv. 281897

Sez. 1, n. 38343 del 10/09/2021, Gullo, Rv. 282046

REATI MILITARI

CAPITOLO V

RECENTI ORIENTAMENTI IN TEMA DI REATI MILITARI E REATI COMMESSI DA MILITARI IN MISSIONI DI PACE

(ANDREA VENEGONI)

Sommario: 1. Introduzione - 2. Reati comuni – 3. Reati contro l'amministrazione militare – 4. Conflitti di giurisdizione – 5. Reati rientranti nella giurisdizione militare - 6. Reati commessi da militari italiani all'estero in missioni di pace.

1. Introduzione.

Nel corso dell'anno varie sono state le pronunce della Corte in materia di reati militari.

Al riguardo va ricordato che non tutti i reati militari ricadono all'interno della giurisdizione militare.

Dopo che l'art. 103, comma 3, Cost. ha, infatti, stabilito, riguardo alla giurisdizione militare in tempo di pace, che “i tribunali militari in tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate”, la giurisdizione militare di pace si esercita soltanto sui reati militari espressamente previsti nella parte speciale del codice penale militare, o in altre particolari disposizioni, quali l'art. 3, l. 9 dicembre 1941, n. 1383 (Collusione in contrabbando del militare della Guardia di Finanza) e l'art. 8, l. 24 dicembre 1974, n. 695, sull'obiezione di coscienza.

Per gli altri reati, sussiste la giurisdizione ordinaria.

In caso, poi, di connessione tra reati militari e reati ordinari, con l'entrata in vigore, con il codice di procedura penale del 1988, dell'art. 13, comma 2, si è stabilito che la connessione di procedimenti operi soltanto quando il reato comune è più grave di quello militare, avuto riguardo ai criteri previsti dall'articolo 16 comma 3, ed, in tale caso, la competenza per tutti i reati è del giudice ordinario. Si è, di fatto, così superato il criterio dell'art. 264 cod. pen. mil. Pace.

Le Sezioni Unite di questa Corte con sentenza di cui è nota la decisione ma non ancora le motivazioni (**Sez. U, 25/11/2021, Blonda**) hanno, al riguardo, stabilito che le questioni sull'individuazione dell'autorità giudiziaria addetta a trattare i casi di reati connessi attengono alla giurisdizione, e non alla competenza. Di conseguenza, le violazioni dei relativi principi sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ai sensi dell'art. 20 cod. proc. pen.

La giurisprudenza della Corte riguarda così reati comuni, commessi da militari, oppure dove l'amministrazione militare è parte offesa, e, per contro, veri e propri reati militari, per i quali il procedimento si è svolto all'interno della giurisdizione militare.

2. Reati comuni.

Sez. 6, n. 21019 del 18/05/2021, Imp. P., Rv. 281508 – 01, ha affermato che integra il reato di cui all'art. 697 cod. pen. la detenzione da parte di un militare dell'Arma dei Carabinieri di un numero di munizioni 9 X 19 parabellum superiore a quello di quindici unità di cui è permessa la detenzione unitamente al caricatore della pistola di ordinanza, in quanto l'esonero dall'obbligo di denuncia all'ufficio di pubblica sicurezza, previsto dall'art. 38, comma 2, T.U.L.P.S., non è riferibile al singolo, ma all'istituzione già autorizzata a siffatta detenzione.

3. Reati contro l'amministrazione militare.

Sez. 6, n. 19676 del 13/04/2021, Vaccaro, Rv. 281348 - 01, sempre nell'ambito della giurisdizione ordinaria, si è occupata del reato di ingresso arbitrario in luoghi di interesse militare, affermando che il reato presuppone esclusivamente che il divieto sia stato posto con un legittimo provvedimento dell'autorità e che sia reso conoscibile con idonei mezzi di pubblicità, mentre è irrilevante che l'accesso sia avvenuto in una base militare statunitense ubicata sul territorio nazionale, trattandosi di sito concesso ad uno Stato estero in forza di accordi internazionali, conclusi nel perseguimento di interessi militari dello Stato italiano.

Sez. 1, n. 35595 del 24/03/2021, Belculfinè, a proposito del reato di sabotaggio di opere militari di cui all'art. 167, comma primo, cod. pen. mil. pace, ha ritenuto che, ai fini del perfezionamento del reato, non è necessario il danneggiamento materiale del bene, essendo sufficiente che se ne determini l'inservibilità economico - funzionale idonea ad incidere sul suo impiego.

La medesima sentenza **sez. 1, “Belculfinè”** ha poi dichiarato non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 167 cod. pen. mil. pace nella parte in cui non prevede l'ipotesi attenuata per fatti di lieve entità, atteso che non è giustificata la differente disciplina prevista per il sabotaggio di opere militari di cui all'art. 253 cod. pen. per la quale trova, invece, applicazione l'attenuante di cui all'art. 311 cod. pen. e che la previsione di un trattamento sanzionatorio non mitigabile integra la violazione del principio rieducativo della sanzione penale, consolidandone la sola funzione retributiva.

4. Conflitti di giurisdizione.

Va premesso al riguardo che, come già accennato, nell'anno in corso le Sezioni Unite della Corte si sono pronunciate su un'importante questione, che sarà oggetto di separato contributo all'interno della presente rassegna.

Essa riguardava il problema se, in caso di connessione tra un reato militare ed un reato ordinario più grave, la cognizione appartenga alle regole di giurisdizione o competenza e, conseguentemente, se l'eventuale difetto soggiaccia alla disciplina di cui all'art. 21, comma 3, cod. proc. pen., ossia alla regola della rilevanza – o eccepibilità – a pena di decadenza soltanto prima della conclusione dell'udienza preliminare o, se questa manchi, entro il termine di cui all'art. 491, comma 1, cod. proc. pen., oppure in ogni stato e grado del giudizio.

In senso più ampio, quindi, la questione coinvolgeva anche il tema se il riparto tra giustizia ordinaria e militare attenga alla competenza o alla giurisdizione.

Sez. 1, n. 17091 del 23/02/2021, Gip Trib. Mil. Roma, Rv. 281197 – 01, ha dichiarato la giurisdizione ordinaria a proposito dei comportamenti violenti che avvengono in ambito militare connessi al fenomeno del cosiddetto "nonnismo", affermando che non sono costitutivi del reato di cui all'art. 195 cod. pen. mil. Pace (violenza contro un inferiore) in quanto non sono posti in essere per motivazioni inerenti al servizio e alla disciplina militari, ma possono essere perseguiti ai sensi di altre disposizioni del codice penale ordinario o anche del codice penale militare di pace, senza però poter essere sussunti sotto una delle figure di reato di cui ai Capi terzo e quarto del Titolo terzo del Libro secondo di quest'ultimo, non incidendo sull'oggetto giuridico protetto dalle corrispondenti norme incriminatrici.

Nella fattispecie, la Corte ha ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario, e non di quello militare, in relazione alla condotta degli imputati che, in caserma, quali militari con il grado di caporale, destinatari di una licenza breve ed in abiti civili, avevano costretto un allievo paracadutista, appena rientrato dalla libera uscita e parimenti in abiti civili, in assenza di relazioni funzionali dirette, a salire la scala della torre di prosciugamento dei paracadute sino a fiaccarne la resistenza ed a provocarne la caduta al suolo, dove lo avevano lasciato agonizzante.

5. Reati rientranti nella giurisdizione militare.

Abbondante giurisprudenza della Corte riguarda, poi, questioni varie nell'ambito della giurisdizione militare.

Così, **Sez. 1, n. 27848 del 02/12/2020, Romagnino, Rv. 281621 - 01**, decidendo sull'impugnazione contro una sentenza della Corte di Appello militare in tema di condizioni di procedibilità, ha affermato che, al fine di accertare la

necessità della richiesta di procedimento del comandante del corpo di cui all'art. 260 cod. pen. mil. pace per i reati militari punibili con pena non superiore a sei mesi, occorre aver riguardo al massimo della pena edittale, dovendosi tenere conto, ai fini del computo, anche della eventuale concorrenza di circostanze aggravanti ad effetto speciale.

In senso analogo anche Sez. 1, n. 460 del 02/12/2020, dep. 2021, Macrì, Rv. 280227 – 01.

Sez. 1, n. 459 del 02/12/2020, dep. 2021, De Venuto, Rv. 280226 – 01, in tema di reato militare ed applicazione dell'art. 131-bis cod. pen., ha affermato che sussiste l'interesse dell'imputato ad impugnare la sentenza che esclude la punibilità di un reato militare in applicazione della suddetta norma, trattandosi di pronuncia che ha efficacia di giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso; è soggetta ad iscrizione nel casellario giudiziale e può ostare alla futura applicazione della medesima causa di non punibilità ai sensi del comma terzo della medesima disposizione.

Sez. 1, n. 454 del 02/12/2020, dep. 2021, Millunzi, Rv. 280317 – 02, ha, invece, ritenuto che il delitto di malversazione a danno di militari, previsto dall'art. 216 cod. pen. mil. pace, ha natura istantanea, perfezionandosi nel momento in cui le somme ricevute sono distratte dall'agente rispetto alla destinazione alla quale la loro consegna era preordinata; ne consegue che il dolo generico, integrante l'elemento soggettivo del reato, consiste nella consapevole volontà dell'agente di conferire a tali somme una destinazione diversa da quella prevista.

Altro reato militare preso in considerazione dalla giurisprudenza della Corte è quello di violata consegna previsto dall'art. 120 cod. pen. mil. Pace, per la cui configurabilità si è affermato che è sufficiente la violazione delle prescrizioni della consegna, la cui tassatività ne esige l'osservanza incondizionata, senza che sia necessario il verificarsi di un ulteriore evento come conseguenza di tale violazione, trattandosi di reato di pericolo presunto volto a tutelare la funzionalità e l'efficienza di determinati servizi militari. (**Sez. 1, n. 458 del 02/12/2020, dep. 2021, Di Reda, Rv. 280212 – 01**).

Sez. 1, n. 454 del 02/12/2020, dep. 2021, Millunzi, Rv. 280317 – 01, si è poi occupata di peculato militare, qualificandolo come reato istantaneo che si consuma nel momento in cui l'agente si appropria della cosa mobile (o del denaro) della pubblica amministrazione di cui ha il possesso per ragione del suo ufficio, o dà ad essi una diversa destinazione.

Ancora, nel reato militare di minaccia o ingiuria ad inferiore l'aggravante dell'essere l'agente rivestito di un grado o investito di un comando è inapplicabile,

trattandosi di elemento costitutivo del delitto stesso di cui all'art. 196, comma secondo, cod. pen. mil. guerra., il quale, nel punire il militare che offende l'onore, il prestigio o la dignità di un inferiore in sua presenza, sottende l'esistenza di un rapporto di superiorità gerarchica tra il soggetto attivo ed il soggetto passivo. (Sez. 1, n. 8268 del 13/10/2020, dep. 2021, Imp. V., Rv. 280531 – 01).

6. Reati commessi da militari italiani all'estero in missioni di pace.

Avendo, poi, nel corso degli anni, l'Italia partecipato sempre più spesso a missioni militari di pace in Paesi stranieri, la giurisprudenza si è dovuta confrontare con i problemi relativi ai reati commessi dai militari italiani all'estero nell'ambito delle suddette missioni.

La materia è stata di recente regolata da specifica normativa, la legge 21 luglio 2016, n. 145, contenente disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali, il cui art. 19 è dedicato, in particolare, alla responsabilità penale.

Si tratta di una norma complessa, composta di numerosi commi, in cui si affrontano tutti i principali aspetti connessi alle condotte integranti reato poste in essere in tali contesti.

La disposizione prevede, ai primi due commi, che al personale che partecipa alle missioni internazionali, nonché al personale inviato in supporto alle medesime missioni si applica il codice penale militare di pace, e stabilisce la competenza del tribunale militare di Roma; tuttavia, è fatta salva la facoltà del Governo di deliberare l'applicazione delle norme del codice penale militare di guerra.

Il comma 3 prevede la non punibilità del personale di cui al comma 1 che, nel corso delle missioni internazionali, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari. Stabilisce, però, che quando, nel commettere uno dei fatti previsti dal primo periodo, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge, dalle direttive, dalle regole di ingaggio o dagli ordini legittimamente impartiti, ovvero imposti dalla necessità delle operazioni militari, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo.

Il comma 3 non si applica ai crimini previsti dagli articoli 5 e seguenti dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato a Roma il 17 luglio 1998, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232.

I commi 5, 6 e 7 disciplinano, poi, l'arresto e le misure cautelari per fatti avvenuti nel corso delle suddette missioni.

Secondo il comma 5, nel corso delle missioni internazionali gli ufficiali di polizia giudiziaria militare procedono all'arresto, oltre che negli altri casi previsti dalla legge, di chiunque è colto in flagranza dei reati militari di cui agli articoli 173, secondo comma, 174, 186 e 195, secondo comma, del codice penale militare di pace.

Nei casi di arresto in flagranza o di fermo compiuti nel corso delle missioni internazionali, qualora le esigenze operative non consentano che l'arrestato o il fermato sia posto tempestivamente a disposizione dell'autorità giudiziaria militare, l'arresto o il fermo mantiene comunque la sua efficacia purché il relativo verbale pervenga, anche con mezzi telematici, entro quarantotto ore al pubblico ministero e l'udienza di convalida si svolga, con la partecipazione necessaria del difensore, nelle successive quarantotto ore. In tali casi gli avvisi al difensore dell'arrestato o del fermato sono effettuati da parte del pubblico ministero e, fatto salvo il caso in cui le oggettive circostanze operative non lo consentano, si procede all'interrogatorio, ai sensi dell'articolo 388 del codice di procedura penale, e all'udienza di convalida, ai sensi dell'articolo 391 del medesimo codice di procedura penale, a distanza mediante un collegamento video-telematico o audiovisivo, realizzabile anche con postazioni provvisorie, tra l'ufficio del pubblico ministero ovvero l'aula ove si svolge l'udienza di convalida e il luogo della temporanea custodia, con modalità tali da assicurare la contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti in entrambi i luoghi e la possibilità di udire quanto viene detto e senza aggravio di spese processuali per la copia degli atti. Il difensore o il suo sostituto e l'imputato possono consultarsi riservatamente, per mezzo di strumenti tecnici idonei. Un ufficiale di polizia giudiziaria è presente nel luogo in cui si trova la persona arrestata o fermata, ne attesta l'identità dando atto che non sono posti impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa spettanti e redige verbale delle operazioni svolte. Senza pregiudizio per la tempestività dell'interrogatorio, l'imputato ha altresì diritto di essere assistito, nel luogo dove si trova, da un altro difensore di fiducia ovvero da un ufficiale presente nel luogo. Senza pregiudizio per i provvedimenti conseguenti all'interrogatorio medesimo, dopo il rientro nel territorio nazionale, l'imputato ha diritto di essere ulteriormente interrogato nelle forme ordinarie.

Secondo il comma 7, poi, con le stesse modalità di cui al comma 6 si procede all'interrogatorio della persona sottoposta a custodia cautelare in carcere, quando questa non possa essere condotta, nei termini previsti dall'articolo 294 del codice

di procedura penale, in uno stabilimento militare di pena per rimanervi a disposizione dell'autorità giudiziaria militare.

Il comma 8 si occupa dei reati commessi dallo straniero nei territori o nell'alto mare in cui si svolgono le missioni internazionali, in danno dello Stato o di cittadini italiani che partecipano alle missioni stesse, affermando che sono puniti sempre a richiesta del Ministro della giustizia e sentito il Ministro della difesa per i reati commessi in danno di appartenenti alle Forze armate dello Stato.

I reati previsti dagli articoli 1135 e 1136 del codice della navigazione e quelli ad essi connessi ai sensi dell'articolo 12 del codice di procedura penale, poi, se commessi in danno dello Stato o di cittadini o beni italiani, in alto mare o in acque territoriali altrui e accertati nelle aree in cui si svolge una missione internazionale, sono puniti ai sensi dell'articolo 7 del codice penale. Nei casi di arresto in flagranza, fermo o interrogatorio di persona sottoposta a custodia cautelare in carcere si applicano le disposizioni dei commi 6 e 7 del presente articolo. In tali casi, l'arrestato, il fermato o la persona sottoposta a custodia cautelare possono essere ristretti in appositi locali del vettore militare. Si prevede, poi, che l'autorità giudiziaria può disporre l'affidamento in custodia all'armatore, all'esercente ovvero al proprietario della nave o aeromobile sottoposti a sequestro ai sensi dell'articolo 105 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata ai sensi della legge 2 dicembre 1994, n. 689. Fuori dei casi di cui al primo periodo dello stesso comma, per l'esercizio della giurisdizione si applicano le disposizioni contenute negli accordi internazionali di cui l'Italia è parte ovvero conclusi da organizzazioni internazionali di cui l'Italia è parte.

Infine, per i reati di cui ai commi 8 e 9 e per i reati attribuiti alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria commessi dal cittadino che partecipa a missioni internazionali, nel territorio e per il periodo in cui esse si svolgono, la competenza è del tribunale di Roma.

Infatti, **Sez. 1, n. 459 del 02/12/2020, dep. 2021, De Venuto, Rv. 280226 – 02**, ha stabilito che, in caso di reati militari commessi da militari italiani all'estero nel corso di missioni di pace svolte dall'Esercito Italiano, spetta al Tribunale militare di Roma la competenza a procedere nei confronti degli autori degli stessi - fatti salvi i casi in cui i comportamenti criminosi siano potenzialmente idonei a pregiudicare gli interessi dello Stato straniero - ed alla polizia giudiziaria militare italiana la competenza a svolgere nel territorio dello Stato straniero le preliminari attività di indagine. La fattispecie era relativa a militare che aveva aggredito un commilitone all'interno della base militare italiana di Al Mansouri, in Libano, dove il loro reggimento era impegnato nella relativa missione internazionale di pace.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

- Sez. 1, n. 27848 del 02/12/2020, Romagnino, Rv. 281621 - 01
Sez. 1, n. 8268 del 13/10/2020, dep. 2021, Imp. V., Rv. 280531 – 01
Sez. 1, n. 454 del 02/12/2020, dep. 2021, Millunzi, Rv. 280317 – 01
Sez. 1, n. 454 del 02/12/2020, dep. 2021, Millunzi, Rv. 280317 – 02
Sez. 1, n. 458 del 02/12/2020, dep. 2021, Di Reda, Rv. 280212 – 01
Sez. 1, n. 459 del 02/12/2020, dep. 2021, De Venuto, Rv. 280226 – 01
sez. 1, n. 459 del 02/12/2020, dep. 2021, De Venuto, Rv. 280226 – 02
Sez. 1, n. 460 del 02/12/2020, dep. 2021, Macrì, Rv. 280227 – 01
Sez. 1, n. 17091 del 23/02/2021, Gip Trib. Mil. Roma, Rv. 281197 – 01
Sez. 1, n. 35595 del 24/03/2021, Belculfinè
Sez. 6, n. 19676 del 13/04/2021, Vaccaro, Rv. 281348 – 01
Sez. 6, n. 21019 del 18/05/2021, Imp. P., Rv. 281508 – 01

PARTE SECONDA

IL CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ DEL PROFITTO

CAPITOLO I

GLI EFFETTI DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 24 DEL 2019 SUI PROVVEDIMENTI DI CONFISCA IN PREVENZIONE DEFINITIVI

(VINCENZO GALATI)

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La questione controversa. - 3. L'origine della questione e la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019. - 4. L'orientamento secondo cui, nel caso di misure patrimoniali, è ammessa la revocazione ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011. - 5. L'orientamento secondo cui trova applicazione il procedimento di incidente di esecuzione - 6. La seconda parte della questione devoluta alle Sezioni Unite. Il giudizio della Corte di cassazione. - 7. Considerazioni finali.

1. Premessa.

Con sentenza resa all'udienza del 16/12/2021, non ancora depositata, le Sezioni Unite hanno deciso le questioni sollevate con ordinanza della Prima Sezione n. n. 23547 del 04/06/2021 articolate sui seguenti punti:

1) se, in tema di misure di prevenzione patrimoniale, il rimedio esperibile avverso il provvedimento definitivo di confisca, fondato sulla pericolosità generica *ex art. 1, comma 1, lett. a)*, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, sia, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 - che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 16 del citato d. lgs. in relazione all'art. 1, comma 1, lett. a), del medesimo decreto - la revocazione *ex art. 28 del d.lgs. n. 159 del 2011*, ovvero l'incidente di esecuzione;

2) se la Corte di cassazione, investita del ricorso in materia di confisca di prevenzione definitiva, adottata in relazione alle ipotesi di pericolosità generica ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a) e lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, sia tenuta in ogni caso all'annullamento integrale del decreto per richiedere nuova verifica dei criteri adottati.

Le Sezioni Unite hanno dato soluzione alle questioni affermando che:

1) il rimedio esperibile avverso il provvedimento definitivo di confisca fondato sulla pericolosità generica, ex art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, al fine di far valere il difetto originario dei presupposti della misura, a seguito della sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019, è la richiesta di revocazione, di cui all'art. 28,

comma 2, del d.lgs. citato;

2) la Corte di cassazione, investita del ricorso in materia di confisca di prevenzione definitiva, adottata in relazione alle ipotesi di pericolosità generica ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. a) e lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, per far valere gli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale pronunciata con sentenza n. 24 del 2019, è tenuta all'annullamento senza rinvio della sola misura fondata, in via esclusiva, sull'ipotesi di cui all'art. 1, comma 1, lett. a).

2. La questione controversa.

La questione è originata dal decreto del 18/02/2013 (definitivo il 28/10/2014) con il quale il Tribunale di Monza ha disposto nei confronti del proposto la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno nel Comune di residenza o abituale dimora per la durata di tre anni e la confisca di un compendio patrimoniale costituito da beni immobili, mobili registrati, saldi di conti correnti, polizze assicurative e beni mobili.

L'istanza di revocazione avanzata avverso il predetto provvedimento, dinanzi alla Corte di appello di Brescia, ai sensi dell'art. 28 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, ha introdotto, quale elemento di novità, la pronuncia della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 27/02/2019 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 d.lgs. n. 159 del 2011 cit. nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli artt. 20 e 24, si applicano anche ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lett. a) del predetto d.lgs.

Per quanto di interesse, la decisività della predetta sentenza risiederebbe, secondo il proposto, nel fatto che le misure di prevenzione personale e patrimoniale hanno trovato giustificazione, nel caso specifico, per la ritenuta sussistenza i requisiti soggettivi di cui alla lett. a) ed alla lett. b) dell'art. 1 citato e che la dichiarazione di illegittimità costituzionale impone una rivalutazione della pericolosità in funzione dell'applicazione della misura di prevenzione, come da precedenti giurisprudenziali richiamati.

La Corte di appello di Brescia con decreto del 18/11/2019 ha dichiarato l'inammissibilità dell'istanza evidenziando, preliminarmente, come la stessa fosse fondata sull'art. 28, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 159 del 2011 e, dunque, sulla affermata sopravvenienza, rispetto alla conclusione del procedimento, di nuove prove decisive, fra le quali non rientra la pronuncia della Corte costituzionale.

La richiesta di revocazione non poteva altresì essere supportata con il riferimento al secondo comma dell'art. 28 (pure contenuto nell'istanza originaria) in quanto tale disposizione non contempla un ulteriore e generale caso in cui

sarebbe possibile proporre l'istanza di revocazione da ritenersi consentita nei soli tre casi tassativi di cui all'art. 28, comma 1, lett. *a*), *b*) e *c*) d.lgs. n. 159 del 2011.

Per tali ragioni la richiesta di revocazione è stata giudicata inammissibile.

Con ricorso per cassazione il proposto ha dedotto un unico motivo eccependo «erronea applicazione dell'art. 28 d.lgs. 159/2011 – motivazione mancante in punto di ammissibilità dell'istanza di revocazione – annullamento con rinvio ex art. 606, co.1, lett. *b*) ed *e*) c.p.p.».

Secondo la ricostruzione del ricorrente, mentre nel processo penale lo strumento per far valere la declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna è l'incidente di esecuzione, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., nell'ambito della disciplina delle misure di prevenzione l'illegittimità costituzionale della disposizione posta a fondamento dell'applicazione della misura non può che essere fatta valere con la revocazione di cui all'art. 28 citato.

A tale proposito ha ricordato come, in diverse occasioni, la Corte ha disposto l'annullamento con rinvio di provvedimenti con i quali è stata rigettata la richiesta di revocazione di decreti applicativi della confisca fondati sulla pericolosità sociale del prevenuto ai sensi delle lett. *a*) e *b*) dell'art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 159 del 2011 (proprio il caso che ricorre nella fattispecie) a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale di cui alla sentenza n. 24 del 2019 imponendo la rivalutazione della pericolosità alla luce dei criteri richiamati dalla Corte costituzionale.

Qualora si seguisse il percorso argomentativo dei giudici di merito, l'illegittimità *ab origine* del provvedimento applicativo della confisca derivante dall'applicazione di una norma oggetto di declaratoria di illegittimità costituzionale non potrebbe essere fatta valere con alcun rimedio, contrariamente a quanto ritenuto dalla giurisprudenza consolidata delle Sezioni Unite (sul punto è stata citata Sez. U., n. 33040 del 26/02/2017, “Jazouli”) e dalle stesse sezioni semplici in punto di confisca per equivalente (Sez. 3, n. 8421 del 12/01/2018).

Con memoria del 27/01/2021 la difesa ha richiamato Sez. 2, n. 33641 del 13/10/2020 con la quale è stata ribadita l'applicabilità, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019, del rimedio della revocazione ex art. 28 cit. avverso il provvedimento definitivo di confisca.

Con l'ordinanza sopra citata la Prima sezione della Corte di cassazione, cui è stato assegnato il ricorso, ha rimesso la sua decisione alle Sezioni Unite sulle questioni sopra descritte.

Operata una premessa generale sull'ammissibilità del ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione la Corte ha esaminato il contenuto della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 che ha dichiarato l'illegittimità

della categoria della pericolosità sociale disciplinata dall'art. 1, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 159 del 2011 (ove si rinviene il riferimento ai soggetti dediti ai «traffici delittuosi») in ragione della carenza di tassatività della fattispecie ivi descritta, sia tenuto conto dell'art. 13 Cost. che dell'art. 2 CEDU.

La Corte costituzionale ha dunque affermato l'inidoneità della descrizione normativa a disciplinare tanto le misure di prevenzione personali che quelle patrimoniali (con riguardo, per le seconde, agli artt. 42 e 117 Cost. ed all'art. 1 Prot. addiz. CEDU).

Con riferimento, invece, alla pericolosità di cui all'art. 1, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 159 del 2011 il Giudice delle leggi ha individuato il triplice requisito per la relativa ammissibilità evidenziando che deve trattarsi di delitti: a) commessi abitualmente dal soggetto; b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo allo stesso, c) che costituiscano l'unico reddito del soggetto o, comunque, una componente significativa dello stesso.

La Corte è poi passata ad esaminare il tema della individuazione del rimedio esperibile quando sui presupposti applicativi della misura di prevenzione abbia inciso la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 «che ha rivisitato le categorie della pericolosità sociale previste dall'art. 1, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. n. 159 del 2011».

In tal caso è stata segnalata l'esigenza di «bilanciare il valore costituzionale del giudicato e quello della libertà personale, a fronte di una sanzione penale dichiarata illegittima»; esigenza che vale anche nella materia delle misure di prevenzione personali e patrimoniali.

Proprio sulle modalità con le quali attivare la predetta rivalutazione si riscontra il contrasto tra due orientamenti della Corte di cassazione.

L'opinione minoritaria ritiene esperibile, nel caso di specie, lo strumento dell'incidente di esecuzione ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 666 e 673 cod. proc. pen.

A tale orientamento si contrappone quello maggioritario secondo cui, invece, «in tema di misure di prevenzione, non sussiste la competenza del giudice dell'esecuzione a decidere sulla domanda di revoca del decreto definitivo con la quale si solleciti la verifica della permanenza della sua “base legale” in relazione all'inquadramento del sottoposto alla categoria di pericolosità generica di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 24 del 2019, trattandosi di domanda qualificabile come richiesta di revoca della misura, disciplinata, anche con riferimento alla competenza, dagli artt. 11, quanto alle misure di prevenzione personali, e 28, quanto a quelle patrimoniali, del citato d.lgs.».

La Sezione rimettente ha altresì segnalato come, qualora le Sezioni Unite intendessero aderire alla seconda tesi, dovrebbero comunque chiarire un ulteriore profilo di contrasto che pare emergere all'interno dell'orientamento che quella tesi esprime.

In base a quanto riportato nel provvedimento interlocutorio, secondo l'opzione accolta in alcuni arresti, infatti, la Corte di cassazione non potrebbe pronunciarsi nel merito nel caso di provvedimento di confisca nei confronti di un soggetto pericoloso ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *a*) e lett. *b*) del d.lgs. n. 159 del 2011 e da ciò conseguirebbe l'annullamento con rinvio del decreto impugnato, competendo al solo giudice del merito rinnovare la valutazione della pericolosità sociale già effettuata in contrasto con i principi di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019.

Secondo altro orientamento, invece, seguendo la traccia dell'ordinanza, in presenza di un provvedimento applicativo della misura giustificato con riferimento all'art. 1, comma 1, lett. *a*) e *b*) del d.lgs. n. 159 del 2011, all'esito del giudizio introdotto con istanza di revocazione, il giudice non deve necessariamente annullare con rinvio, in quanto il materiale probatorio è stato già esaminato nel contraddittorio tra le parti e ritenuto sufficiente a ricavare la ricorrenza dei presupposti delle misure di prevenzione essendo il proposto inquadrabile anche nella categoria criminologica di cui all'art. 1, comma 1, lett. *b*) del d.lgs. n. 159 del 2011.

3. L'origine della questione e la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019.

I temi oggetto della rimessione alle Sezioni Unite traggono origine dalla sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 con la quale è stata, fra l'altro, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lett. *c*), del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal capo II si applicano anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lett. *a*) e dell'art. 16 del medesimo d.lgs. n. 159, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli articoli 20 e 24, si applicano anche ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lett. *a*) (relativamente, dunque, ai destinatari che debbano ritenersi «sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»).

La sentenza ha reso una pronuncia interpretativa di rigetto con riferimento, invece, al presupposto per l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali nei confronti di «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte,

con i proventi di attività delittuose» (art. 1, comma 1, lett. *b*), del d.lgs. n. 159 del 2011).

La Corte costituzionale ha chiaramente preso posizione in ordine alla qualificazione delle misure delle quali ha escluso la riconducibilità al settore penale.

Ha, tuttavia, evidenziato l'esigenza della necessaria sottoposizione delle misure personali alla riserva assoluta di legge ed a quella di giurisdizione a norma dell'art. 13 Cost.

Quanto a quelle patrimoniali ha sottolineato la necessità della previsione attraverso una legge che possa consentire di prevederne la futura possibile applicazione, l'esigenza che la restrizione sia proporzionale rispetto allo scopo della sua applicazione che (ulteriore requisito) deve avvenire all'esito di un giusto processo garantito dalla legge ed assicurando la piena tutela del diritto di difesa.

Si è soffermata sulle fattispecie di c.d. pericolosità generica oggetto delle questioni di legittimità sollevate in punto di «garanzia della previsione di legge», avendo dubitato i giudici rimettenti che le fattispecie normative sopra indicate fossero in grado di «indicare con sufficiente precisione i presupposti delle misure in questione, sì da non consentire ai loro destinatari di poterne ragionevolmente prevedere l'applicazione».

In ordine alla legittimità delle ridette previsioni, ha segnalato la sentenza della CEDU sul caso *De Tommaso c. Italia* del 23 febbraio 2017 che, pur avendo escluso che le misure di prevenzione costituiscano sanzioni di natura punitiva soggette ai vincoli della Convenzione in materia penale, ha ritenuto le disposizioni non idonee a soddisfare gli standard qualitativi in punto di precisione, determinatezza e prevedibilità che deve «possedere ogni norma che costituisca la base legale di un'interferenza nei diritti della persona riconosciuti dalla CEDU e dai suoi protocolli».

Il contenuto della sentenza della CEDU ha costituito lo spunto per le questioni di legittimità costituzionale con le quali è stata denunciata la contrarietà delle disposizioni sopra citate all'art. 117 Cost., in riferimento all'art. 2 Prot. n. 4 CEDU e, quanto alle misure patrimoniali, la violazione della garanzia di cui all'art. 1 Prot. addiz. CEDU che tutela il diritto di proprietà con conseguente contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost.

Prima di pervenire alla soluzione delle questioni poste, la Corte costituzionale ha evidenziato la progressiva opera di «tassativizzazione» (o quanto meno il tentativo di pervenire alla stessa) operato dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento alle fattispecie di pericolosità sottoposte al suo esame giungendo ad esaminare, quindi, le norme «nella lettura fornite dalla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, al fine di verificare se tale

interpretazione – sviluppatasi in epoca in larga misura successiva alla sentenza della Corte EDU De Tommaso – ne garantisca ora un’applicazione prevedibile da parte dei consociati».

Proprio tenuto conto dell’evoluzione giurisprudenziale puntualmente esaminata, la Corte ha ritenuto possibile «assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dall’art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell’art. 1, lettera *b*), del d.lgs. n. 159 del 2011, sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali “casi” – oltre che in quali “modi” – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca. La locuzione “coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose” è oggi suscettibile, infatti, di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli “titoli” di reato, quanto di specifiche “categorie” di reato».

Ha dunque specificato che queste ultime, per essere assunte a presupposto della misura, possono trovare concretizzazione purchè ricorra il triplice requisito «da provarsi sulla base di precisi “elementi di fatto”, di cui il tribunale dovrà dare conto puntualmente nella motivazione (art. 13, secondo comma, Cost.) – per cui deve trattarsi di a) delitti commessi abitualmente (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto, b) che abbiano effettivamente generato profitti in capo a costui, c) i quali a loro volta costituiscano – o abbiano costituito in una determinata epoca – l’unico reddito del soggetto, o quanto meno una componente significativa di tale reddito».

In relazione alla fattispecie di cui all’art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956 confluita nell’art. 1, comma 1, lett. *a*), del d.lgs. n. 159 del 2011 la originaria «radicale imprecisione» è stata giudicata non «emendata» dalla giurisprudenza successiva alla sentenza *De Tommaso* non essendo stato possibile «riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile *ex ante* per l’interessato» la relativa normativa.

Sul concetto di «traffici delittuosi», ha evidenziato la Corte costituzionale, convivono due diversi orientamenti della giurisprudenza di legittimità che non soddisfano i requisiti indicati dalla giurisprudenza sovranazionale e che quindi rendono priva di «base legale» la misura di prevenzione personale e quella patrimoniale.

4. L'orientamento secondo cui, nel caso di misure patrimoniali, è ammessa la revocazione ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011.

L'orientamento secondo cui, l'espunzione dall'ordinamento per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 della fattispecie di pericolosità c.d. generica di cui all'art. 1, comma 1, lett. *a*) del d.lgs. n. 159 del 2011 (oltre che l'interpretazione della fattispecie di cui alla lett. *b*) della medesima norma), può essere fatta valere con la revocazione *ex* art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011, è espresso in sentenze che, prevalentemente, hanno rilevato d'ufficio l'incompetenza funzionale dei giudici aditi, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., per le revoca dei decreti applicativi delle misure di prevenzione patrimoniali.

Il primo esplicito arresto con il quale è stato affermato il, già ricordato, principio di diritto per cui «in tema di misure di prevenzione, non sussiste la competenza del giudice dell'esecuzione a decidere sulla domanda di revoca del decreto definitivo con la quale si solleciti la verifica della permanenza della sua "base legale" in relazione all'inquadramento del sottoposto nella categoria di pericolosità generica di cui all'art. 1, comma 1, lett. *b*)», d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 24 del 2019, trattandosi di domanda qualificabile come richiesta di revoca della misura, disciplinata, anche con riferimento alla competenza, dagli artt. 11, quanto alle misure di prevenzione personali, e 28, quanto a quelle patrimoniali, del citato d.lgs.» è ascrivibile a Sez. 1, n. 34027 del 01/10/2020, Falaschi, Rv. 279997.

Nella fattispecie era stata introdotta, ai sensi dell'art. 673 cod. proc. pen., una domanda di revoca di decreto applicativo di misure di prevenzione personali e patrimoniali (fondate sulla pericolosità sociale ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *a*) e *b*) del d.lgs. n. 159 del 2011) alla Corte di appello quale giudice dell'esecuzione proprio in ragione della decisione della Corte costituzionale n. 24 del 2019.

La Corte ha preliminarmente evidenziato come il riferimento contenuto nel d.lgs. n. 159 del 2011 alle disposizioni di cui agli artt. 666 e seguenti cod. proc. pen. trovi la sua ragione di essere nella integrazione delle norme in materia di procedimento applicativo delle misure, senza che sia stato trasposto il procedimento di esecuzione disciplinato dal codice di procedura penale nel codice antimafia.

La disciplina processuale delle misure di prevenzione non contempla un procedimento strutturato organicamente sulla scorta dell'incidente di esecuzione contenendo, piuttosto, la descrizione di una pluralità di procedimenti tipizzati successivi al giudicato «nel cui ambito – peraltro – l'organo esecutivo è identificato, in prima battuta, nel Questore, ai sensi dell'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011,

per le misure personali» (Sez. 1, n. 40765 del 13/06/2018, Balducci, Rv. 273968 richiamata in Sez. 1, n. 34027/2020 cit. ed altre successive).

E' stato quindi precisato che ogni esigenza di rivalutazione di una decisione definitiva emessa in sede di prevenzione (sia essa determinata da elementi di fatto ovvero di natura normativa) trova la sede «naturale» di scrutinio nei «procedimenti con vocazione revocatoria disciplinati nel (...) d.lgs. n. 159 del 2011, rappresentati dalle procedure di cui all'art. 11 (nella ipotesi di misura esclusivamente personale) e art. 28 (lì dove venga in rilievo, anche in rapporto alla valutazione di pericolosità soggettiva operata in cognizione, la revocazione della confisca).

In particolare, secondo l'orientamento in esame, la procedura tipizzata nell'art. 28 cit. integra lo strumento funzionale all'apprezzamento della carenza originaria dei presupposti per l'adozione del provvedimento definitivo e «pur a fronte di una tipizzazione dei casi mutuata dalla disciplina generale della revisione, consente di realizzare, in via interpretativa, il necessario adeguamento del sistema della prevenzione alle particolari sopravvenienze (...) rappresentate dalle conseguenze di una decisione (n. 24 del 2019 Corte cost.) in parte dichiarativa di illegittimità costituzionale ed in parte “interpretativa di rigetto”».

Infine, la Corte si è posta il problema della tipizzazione delle cause di revocazione di cui all'art. 28 cit. segnalando come l'esigenza di rivedibilità del provvedimento definitivo costituisca un dato acquisito nella giurisprudenza dovendo trovare applicazione anche nel settore delle misure di prevenzione l'ipotesi della c.d. revisione europea per come già deciso da Sez. I, n. 50919 del 13/07/2018, Frascati, Rv. 274878.

Data la peculiarità della fattispecie (rilievo d'ufficio dell'incompetenza funzionale della Corte di appello adita quale giudice dell'esecuzione), la Corte ha annullato senza rinvio il provvedimento impugnato disponendo la trasmissione degli atti alla Corte di appello competente ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011.

Pressoché contemporaneamente è stato affermato, sostanzialmente, il medesimo principio nel senso che «in tema di confisca di prevenzione, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 24 del 2019 è esperibile il rimedio della revocazione ex art. 28 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 avverso il provvedimento definitivo di applicazione della misura fondato sulla pericolosità generica ex art. 1, comma 1, lett. a) e b), al fine di far valere l'illegittimità della previsione di cui alla lettera a), ovvero la non ricorrenza dei presupposti legittimanti la misura nell'ipotesi di cui alla lettera b), secondo i criteri interpretativi indicati dalla Corte costituzionale. (Nella fattispecie, la Corte ha annullato con rinvio la pronuncia di inammissibilità della richiesta di revocazione della confisca applicata ad un soggetto ritenuto rientrare in entrambe le categorie di cui alle lett.

a) e b), senza che fosse accertata la ricorrenza dei requisiti legittimanti la misura ai sensi della lett. b)» (Sez. 2, n. 33641 del 2020 cit.).

In punto di procedimento utilizzabile per far valere dopo il passaggio in giudicato del provvedimento applicativo, le ragioni esposte dalla Corte costituzionale, la Corte di legittimità ha richiamato quanto già deciso da Sez. 1, n. 11661 del 10/01/2020, Pilato, Rv. 278738 in punto di misure di prevenzione personali.

E' stato così ribadito che l'istituto che consente «la rivalutazione ai fini dell'accertamento della idonea base legale pur in presenza di giudicato è il rimedio della revocazione; invero detto istituto è proprio diretto alla elisione *ex tunc* del provvedimento ablativo nel caso di successivo accertamento del difetto dei presupposti come si ricava dalla lettura del secondo comma dell'art. 28 D.Lvo 159/2011 secondo cui “in ogni caso la revocazione può essere richiesta al solo fine di dimostrare il difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura”».

Ripercorrendo la genesi dell'istituto (funzionale, a fronte della emersione di un vizio genetico del provvedimento di confisca, alla riparazione dell'errore giudiziario) la Corte ha ricordato quanto deciso già da Sez. 1, n. 40765 del 13/06/2018, riportandone un passaggio motivazionale particolarmente incisivo.

In particolare, s'intende fare riferimento al punto in cui è stato affermato che «la disciplina vigente in tema di misure patrimoniali prevede, come è noto, l'istituto della revocazione della confisca (art. 28), nel cui ambito - nonostante la mancata previsione di un caso *ad hoc* - è da ritenersi possibile collocare il potere di valutare le ricadute di una decisione emessa dalla Corte Edu che abbia accertato una rilevante violazione di uno dei principi della Convenzione Edu (v. Corte Cost. 113 del 2011, sentenza additiva rispetto alla disciplina della revisione comune su cui è modellato l'istituto). Pur in assenza di un richiamo espresso, in tale ambito andrebbe - inoltre - riconosciuta al giudice della revocazione la possibilità di adottare un provvedimento di sospensione degli effetti della confisca, sulla falsariga dei contenuti dell'art. 635 co.1 cod. proc. pen. ed in presenza di una valutazione positiva circa la fondatezza della domanda di revisione».

L'orientamento è stato ribadito con successivi arresti (**Sez. 1, n. 20156 del 22/04/2021, Ascione, Rv. 281367** e **Sez. 1, n. 20827 del 08/04/2021, Spinelli, Rv. 281544**) che hanno sviluppato ulteriormente gli argomenti a sostegno della tesi affermata dalla sentenza ora citata, prendendo posizione su quella diversa secondo cui lo strumento per definire le ricadute della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 sui procedimenti di prevenzione patrimoniale definiti dovrebbe essere quello dell'incidente di esecuzione.

La Corte ha ribadito l'utilizzabilità del procedimento di revocazione di cui all'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 precisando che lo stesso è pienamente coerente con la necessità della rivalutazione, successiva al giudicato, della decisione assunta in sede di cognizione rispetto alla «base legale» del giudizio di pericolosità soggettiva di cui alla sentenza della Corte costituzionale funzionale all'allineamento del sistema interno all'accertata violazione dell'art. 2 Prot. 4 Conv. Edu richiesto dalla sentenza *De Tommaso contro Italia* emessa dalla GC Corte Edu il 23 febbraio 2017.

Poiché la sentenza n. 24 del 2019 ha rilevato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 159 del 2011 e prescritto una lettura tassativa dei contenuti precettivi dell'art. 1, comma 1, lett. b) d.lgs. cit., l'incidente di esecuzione, che si risolve, ordinariamente, in una mera «presa d'atto» (nel caso specifico, dell'abolizione della norma), non sarebbe lo strumento idoneo allo scopo, anche se la Corte si è mostrata possibilista rispetto al ricorso all'incidente di esecuzione nell'ipotesi in cui la disposizione posta a fondamento della condizione di pericolosità sia stata individuata nell'art. 1, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 159 del 2011.

Quanto all'obiezione circa l'ostacolo costituito dall'esistenza del termine di decadenza di cui all'art. 28, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011, la Corte ha segnalato che, non essendo tipizzata la fattispecie della sopravvenienza di una sentenza della Corte costituzionale che impone la rivalutazione della «base legale» di applicazione della normativa di prevenzione, non potrebbe porsi un problema di decadenza applicandosi, quest'ultima, alle sole ipotesi di revocazione nominate di cui all'art. 28, comma 1 d.lgs. n. 159 del 2011.

Può farsi rientrare nell'ambito di tale orientamento, sebbene riferita a fattispecie in materia di misura di prevenzione personale, Sez. 1, n. 11661 del 2020 massimata nei seguenti termini: «In tema di misure di prevenzione è "sostanzialmente illegittimo", e dunque suscettibile di revoca in sede di esecuzione, il provvedimento di applicazione di una misura fondata sul giudizio di cd. pericolosità generica, ai sensi dell'art. 1, lett. b), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, che sia privo di adeguata motivazione circa la sussistenza del triplice requisito - delitti commessi abitualmente dal proposto che abbiano effettivamente generato profitti per il predetto, costituenti l'unico suo reddito o, quantomeno, una componente significativa dello stesso - necessario, alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019, affinché le condotte sintomatiche di pericolosità possano rientrare in via esclusiva nella lettera b) dell'articolo 1 del detto decreto».

La Corte, con tale arresto, ha ritenuto ammissibile proprio il rimedio della revoca di cui all'art. 11 d.lgs. n. 159 del 2011 previsto per le misure di prevenzione

personali nell'ipotesi di decreto applicativo fondato sulla pericolosità ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *a*) e *b*) del predetto d.lgs. (per come si desume dalla motivazione della sentenza).

Si tratta di istituto omologo alla revocazione di cui all'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 prevista per le misure di prevenzione patrimoniali ed il procedimento è stato ritenuto attivabile ogni volta in cui il giudicato in materia di misure di prevenzione si sia formato sulla scorta di una non «idonea base legale».

Nel filone giurisprudenziale in commento si inserisce anche Sez. 6, n. 33146 del 08/10/2020, Corvino, Rv. 279843 dalla quale è stato tratto il principio di diritto massimato nel senso che «in tema di prevenzione reale, il proposto ed il terzo che abbiano partecipato al procedimento, qualora intendano ottenere la revoca, anche parziale, del provvedimento definitivo di confisca, sono tenuti a presentare istanza di revocazione nei limiti ed alle condizioni di cui all'art. 28 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, essendo invece loro preclusa l'instaurazione di un incidente di esecuzione *ex* art. 666 cod. proc. pen., rimedio generale di cui può giovare unicamente il terzo che non abbia partecipato al procedimento per non essere stato messo nelle condizioni di farlo».

È evidente che l'avere limitato il ricorso all'incidente di esecuzione al solo caso del terzo che non abbia partecipato al procedimento perché non messo in condizione di farlo si pone in termini coerenti con l'orientamento che individua nello strumento di cui all'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 l'unico a disposizione del proposto e di coloro che al procedimento hanno preso parte.

Esattamente in termini Sez. 6, n. 23839 del 26/04/2019, Mammoliti, Rv. 275987.

Nel solco di tale orientamento si pone, inoltre **Sez. 2, n. 36403 del 16/06/2021, Schiraldi** con la quale la Corte ha motivatamente aderito alla tesi sin qui illustrata richiamando ampiamente il principio per cui «nella giurisdizione di “prevenzione” le contestazioni post giudicato in ordine alla persistenza della condizione di pericolosità dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 devono essere proposte con lo strumento della revocazione previsto dall'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 e non l'incidente di esecuzione, previsto per il procedimento “penale”».

Riprendendo ampi stralci di Sez. 1, n. 34027 del 2020 cit., ha ritenuto non percorribile la tesi secondo cui sarebbe utilizzabile l'incidente di esecuzione quale rimedio successivo al giudicato “ordinario” soprattutto in ragione del fatto che «non si ritiene che il giudizio in ordine alla eventuale persistenza della condizione di pericolosità (successivamente alla dichiarazione di incostituzionalità) si risolva in una mera “presa d'atto” della amputazione dell'art. 1 d.lgs. n. 159 del 2011 con la dichiarazione di illegittimità costituzionale della lett. a)».

Un passaggio particolarmente significativo della motivazione della sentenza è quello in cui la Corte ha definito «complesso» il giudizio imposto dalla sentenza della Corte costituzionale al giudice della revisione.

Esso, infatti, implica «una analitica rivalutazione delle prove funzionale alla verifica della possibile classificazione della pericolosità generica nell’archetipo dell’art. 1 lett. b) del d.lgs. n. 159 del 2011. Ovvero alla verifica della sussistenza di una condizione di pericolosità correlata alla commissione di delitti in un significativo arco temporale, che abbiano generato profitti che costituiscano quantomeno una rilevante fonte di reddito».

La Corte ha messo in rilievo la natura complessa del giudizio che, quindi, esige il «massimo delle garanzie processuali: sicché, anche valutando questo aspetto “sostanziale”, si presenta come maggiormente adeguato l’istituto della revocazione che consente la “riapertura” del processo».

5. L’orientamento secondo cui trova applicazione il procedimento di incidente di esecuzione.

La decisione che ha inaugurato l’orientamento secondo cui le ragioni derivanti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 possono essere fatte valere con l’incidente di esecuzione è costituita da Sez. 6, n. 36582 del 28/10/2020, Iannuzzi, Rv. 280183 che ha affermato il principio di diritto secondo cui «in tema di misure di prevenzione patrimoniale, il rimedio esperibile avverso il provvedimento definitivo di confisca fondato sulla pericolosità generica ai sensi dell’art. 1, comma 1, lett. a) e b), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è l’incidente di esecuzione nel caso in cui si faccia valere il difetto originario dei presupposti per effetto della sopravvenuta sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019».

Nel pervenire a tale conclusione, la Corte ha evidenziato come l’ipotesi della mancanza di base legale del provvedimento applicativo della misura di prevenzione patrimoniale, per effetto della declaratoria di illegittimità costituzionale in esame, non rientra tra le ipotesi «tipizzate» di cui al primo comma dell’art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011, né nell’ambito del secondo comma della predetta disposizione.

Valorizzata anche la previsione dell’art. 28, comma 3, d.lgs. n. 159 del 2011 in base al quale l’operatività generale della revocazione è condizionata alla presentazione della relativa istanza entro il termine di sei mesi dal verificarsi del presupposto che la giustifica.

Il che, nel caso di declaratoria di illegittimità costituzionale, costituirebbe una conclusione illogica e priva di alcuna base normativa.

La Corte ha ulteriormente segnalato come sia rilevante la circostanza che la revocazione, mirando alla «riapertura del procedimento di prevenzione», non costituisca un rimedio adatto alla fattispecie in esame che si sostanzia in una «mera presa d'atto della esistenza di accadimenti successivi al giudicato che ne travolgano la validità».

Ha dunque evidenziato il diverso ambito in cui si muove l'ipotesi in considerazione rispetto, ad esempio, alla fattispecie della revisione c.d. europea (per la quale la Corte ha individuato nella revoca ex artt. 11 e 28 d.lgs. n. 159 del 2011 lo strumento esperibile) sottolineando come, «alla stessa stregua di quanto accade nel sistema penale, laddove la dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice intervenuta dopo il giudicato legittima la revoca della sentenza di condanna da parte del giudice dell'esecuzione, anche per le misure di prevenzione deve ritenersi che l'intervento sulla misura deve spettare al giudice che ne cura l'esecuzione, recuperando dal codice di rito la normativa di riferimento e dunque adattando a tale procedimento l'incidente di esecuzione».

Secondo la Corte i casi sarebbero assimilabili in quanto, in entrambi, si tratta solo di prendere atto della sopravvenienza di accadimenti successivi che travolgono *ab origine* la base legale del provvedimento.

D'altra parte, depone nel senso indicato, secondo la Corte, anche il fatto che l'art. 7, comma 9, d.lgs. n. 159 del 2011 (applicabile anche alle misure patrimoniali in virtù dell'art. 23, comma 1, d.lgs. cit.) richiama le norme sul processo di esecuzione.

Infine, altro argomento a supporto della tesi esposta è costituito dal fatto che quella contraria comporterebbe una «irragionevolezza sistematica» nel caso in cui la stessa norma dichiarata incostituzionale incidesse sia sulla misura personale che su quella patrimoniale.

Diversi sarebbero i percorsi processuali poiché lo strumento descritto dall'art. 11 d.lgs. n. 159 del 2011 in punto di revoca delle misure personali presenta una disciplina affatto difforme da quella di cui all'art. 28 medesimo d.lgs. in punto di misure patrimoniali.

Il principio della inapplicabilità della revocazione *ex art.* 28 è stato espressamente richiamato dal successivo arresto di cui a **Sez. 6, n. 27689 del 18/05/2021, Mollica, Rv. 281692** con il quale è stato anche affermato che: 1) nel caso di richiesta di misura di prevenzione personale e patrimoniale applicata ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. *a)* e *b)* d.lgs. n. 159 del 2011 la forma del procedimento da seguire per ottenere la verifica della tenuta del provvedimento definitivo alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 è quella delineata dall'art. 11 del medesimo d.lgs.; 2) avuto riguardo al disposto della lett.

b), la sentenza n. 24 del 2019 non ha prodotto alcun «effetto demolitorio» avendo la Corte rigettato la relativa questione di legittimità costituzionale.

La Corte di cassazione, pertanto, con la sentenza in esame, ha «ancora più radicalmente» individuato una causa di inammissibilità della richiesta di revocazione *ex* art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 (ma l'esito non sarebbe stato diverso nel caso di proposizione di un incidente di esecuzione) in quanto la Corte costituzionale ha convalidato la lettura della norma sottoposta al suo esame sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata, garantendone, così, «la perdurante sussistenza nel sistema».

Il giudice di legittimità, quindi, con l'arresto in esame, ha non solo ribadito (richiamandolo) il precedente di cui a Sez. 6, n. 26582 del 2020 in punto di inutilizzabilità dell'istituto della revocazione, ma ha anche compiuto il passaggio ulteriore riferito all'inammissibilità relativa alle misure personali e patrimoniali applicate (anche) ai sensi della lett. b) dell'art. 1 più volte citato in punto di sostanziale *irrilevanza* della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019.

Nel solco della giurisprudenza che ritiene esperibile l'incidente di esecuzione e non la revocazione si inserisce anche **Sez. 6, n. 29840 del 22/04/2021, Carnovale, Rv. 281751** che ha diffusamente argomentato sulla generale applicabilità dell'incidente di esecuzione alla materia delle misure di prevenzione, laddove non sia diversamente disposto.

A tale conclusione la Corte è pervenuta, dapprima, richiamando i precedenti con i quali è stata sostenuta la certa esperibilità dell'incidente di esecuzione nel caso di tutela richiesta dal terzo pretermesso nel procedimento di cognizione e ricordando come anche nella materia della prevenzione possa essere individuato un titolo esecutivo (il provvedimento applicativo) ed un giudice che garantisca il rispetto dei presupposti e delle condizioni che ne legittimano l'attuazione, a prescindere dalla previsione di un termine.

Proprio la circostanza che l'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 preveda, invece, una scansione temporale per l'attivazione del rimedio ne escluderebbe l'applicabilità al caso di specie che non sarebbe suscettibile di *rientrare* neppure tra gli «altri casi» di cui al secondo comma della norma citata.

Pur riconoscendo che la fattispecie della declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma sulla base della quale è stata applicata una misura di prevenzione differisce da quella della declaratoria di illegittimità della norma incriminatrice (con conseguente inapplicabilità diretta dell'art. 673 cod. proc. pen.) la disposizione rilevante è stata individuata, pur sempre, in quella di cui all'art. 30 legge n. 87 del 1953 dal quale deriva che la disposizione illegittima non può trovare applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione

così come avviene nel caso di declaratoria di illegittimità costituzionale incidente sulla pena e non direttamente sulla punibilità del fatto.

Alla questione sul se e come possa essere valutata l'applicabilità della misura di prevenzione, nel caso in cui la stessa abbia come presupposto sia la lett. *a)* dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011, sia la lett. *b)* della medesima disposizione, la Corte ha ritenuto praticabile la via dell'incidente di esecuzione che, in generale, risulta utilizzabile anche per valutazioni che non si limitano ad una semplice «presa d'atto», coma accade, ad esempio, nel caso di riconoscimento della continuazione, di rideterminazione della pena o, ancora, di applicazione di un beneficio rispetto al quale era ostativa una condanna comunque venuta meno.

Tale operazione dovrebbe essere compiuta verificando la coerenza del decreto applicativo rispetto ai presupposti ai quali, tenuto conto della sentenza della Corte costituzionale, è subordinata la possibilità di applicare la misura di prevenzione con la conseguente esigenza di recuperare «ora per allora» l'interpretazione «tassativizzante» della Corte costituzionale.

Nel caso di specie la Corte ha segnalato come il provvedimento applicativo della misura di prevenzione abbia aderito alla lettura restrittiva della Corte costituzionale ed alla luce della coerenza del decreto rispetto all'interpretazione costituzionalmente ritenuta corretta della norma di cui all'art. 1, comma 1, lett. *b)* d.lgs. n. 159 del 2011, ha ritenuto il ricorso generico e manifestamente infondato.

In sostanza ha, per un verso, ritenuto inammissibile lo strumento azionato (richiesta di revocazione ex art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011), dall'altro operato, comunque, una valutazione di conformità del decreto applicativo rispetto alla lettura costituzionalmente corretta della norma posta a fondamento della misura di prevenzione (con specifico riferimento alla lett. *b)*).

6. La seconda parte della questione devoluta alle Sezioni Unite. Il giudizio della Corte di cassazione.

La seconda parte della questione devoluta alla cognizione delle Sezioni Unite ha riguardato il tipo di provvedimento che la Corte di cassazione è chiamata ad emettere nel caso in cui si renda necessaria una nuova valutazione del materiale probatorio in atti.

È dato ravvisare alcune significative divergenze nei diversi arresti giurisprudenziali di legittimità in relazione agli effetti della sentenza della Corte costituzionale sui provvedimenti di confisca disposti per i soggetti ritenuti pericolosi sia ai sensi della lett. *a)* che della lett. *b)* dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011.

Si tratta di difformità che si sono andate formando, inizialmente, in occasione, anche questa volta, di sentenze pronunciate (prevalentemente) non già in sede di richiesta di revocazione o incidente di esecuzione, ma nell'ambito di procedimenti di cognizione nel corso dei quali è sopravvenuta la pronuncia della sentenza della Corte costituzionale.

Le difformi interpretazioni, di cui sono espressione le due diverse sentenze rese dalla Seconda (n. 33641 del 2020) e dalla Sesta Sezione (n. 29551 del 2020) si sono manifestate in termini più netti proprio quando si è trattato di analizzare (verifica che è richiesta anche nel caso in esame) le ricadute effettive della sentenza della Consulta sui provvedimenti ormai coperti da giudicato.

Si tratta di un contrasto che origina da visioni diverse in ordine alla vincolatività delle sentenze interpretative di rigetto ed alla stessa natura (penalistica in senso stretto o no) delle misure di prevenzione.

Secondo un primo orientamento «in tema di misure di prevenzione, la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della fattispecie di pericolosità generica prevista dall'art. 1, co. 1, lett. a), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, assume, in rapporto alla fattispecie di cui all'art. 1, lett. b), del citato d.lgs., che ha superato indenne il vaglio della Corte, la valenza di sentenza interpretativa di rigetto, con la conseguenza che, in sede di applicazione di tale ultima norma, deve prestarsi osservanza all'esegesi offertane dalla sentenza stessa, salvo che emergano validi motivi contrari, da illustrarsi compiutamente alla stregua di una puntuale e rafforzata motivazione» (Sez. 1, n. 27696 dell'01/04/2019, Immobiliare s.r.l., Rv. 275888, conforme a Sez. 1, n. 14629 del 05/03/2019, Calabretto, n.m.).

In motivazione la Corte ha riportato ampi stralci della sentenza della Corte costituzionale segnalandone la diversa portata in relazione alle differenti ipotesi di cui alle lett. *a)* e *b)* dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011.

In particolare, ha valorizzato il passaggio nel quale, dopo aver dato atto che si versa, nella materia di interesse, «al di fuori della materia penale», non si può escludere che «l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione» reputando essenziale, in ogni caso, che l'interpretazione giurisprudenziale sia in grado di porre il destinatario della misura in condizione di prevederne ragionevolmente l'applicazione.

Dopo avere segnalato tale fondamentale premessa, la Corte di legittimità ha riportato le argomentazioni utilizzate dal Giudice delle leggi per affermare la legittimità dell'ipotesi di cui alla lett. *b*) con sentenza che, sul punto, deve essere intesa quale interpretativa di rigetto.

È stato quindi affrontato il tema del valore delle sentenze interpretative di rigetto evidenziando sul punto la necessità di adeguarsi a quanto deciso dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 25 del 16/12/1998, dep. 1999, Alagni, Rv. 212074 – 21207 che ha evidenziato l'esistenza di vincoli positivi della sentenza di rigetto limitatamente al procedimento che ha dato luogo al giudizio di legittimità.

Quanto agli altri giudizi è stato negato un effetto vincolante, riconoscendo, tuttavia, l'esistenza di un valore persuasivo in ragione dell'autorevolezza del precedente e del «risultato di una interpretazione sistematica in funzione adeguatrice proveniente dall'organo più qualificato in tema di interpretazione costituzionale».

La Corte di cassazione ha segnalato con la sentenza n. 27696 del 2019 come l'interpretazione fatta propria dalla Corte costituzionale sia l'unica compatibile con i valori costituzionali e, inoltre, come il «vincolo interpretativo che ne deriva è rafforzato» dalla circostanza che la sentenza «tende a realizzare un delicato equilibrio “di sistema” non soltanto rispetto a valori costituzionali ma anche in rapporto ai contenuti della giurisprudenza di Strasburgo, in tema di accessibilità e prevedibilità della legge».

Pertanto, potendo residuare, in casi in cui sia stata ipotizzata una pericolosità *mista* ai sensi delle lett. *a*) e *b*), la possibilità di un inquadramento soggettivo della pericolosità ai soli sensi della lett. *b*) secondo i parametri delineati dalla Corte costituzionale, la via obbligata è quella dell'annullamento con rinvio per nuovo giudizio di merito nel pieno contraddittorio tra le parti.

In senso sostanzialmente conforme si è pronunciata anche Sez. 2, n. 11445 del 08/03/2019, Lauri, Rv. 276061 che ha affermato il principio secondo cui «in tema di misure di prevenzione personali, deve essere annullato con rinvio il provvedimento che abbia confermato la misura della sorveglianza speciale, disposta in epoca antecedente alla sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 che ha espunto dall'ordinamento l'ipotesi di c.d. pericolosità generica riferita ai soggetti "abituamente dediti a traffici delittuosi" - già prevista dall'art. 1, n. 1), della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 e, successivamente, dall'art. 1, comma 1, lett. a), del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 -, senza precisare in quale specifica categoria di pericolosità si iscrive il prevenuto, al fine di verificare se gli elementi di fatto rappresentati ne consentano l'inquadramento nell'ipotesi di cui alla lett. *b*) dell'art. 1 del d.lgs. citato, unica ancora legittimante l'adozione della misura».

Ci si è chiesti se sia possibile estensione di tali argomentazioni anche all'ipotesi in cui si pretenda di superare la definitività del provvedimento di prevenzione e, quindi, l'eventuale incidenza della sentenza sui provvedimenti coperti da giudicato.

In senso difforme si è espressa Sez. 6, n. 38077 del 09/05/2019, Falasca, Rv. 276711 (confermata da Sez. 5, n. 49480 del 13/11/2019, Pulpito, Rv. 277752).

Con la prima è stato deciso che «in materia di misure di prevenzione, la Corte di cassazione, qualora sia investita del ricorso avverso un provvedimento applicativo di misura che, prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. a), del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, ad opera della sentenza della Corte cost. n. 24 del 2019, abbia inquadrato la pericolosità sociale del proposto nelle fattispecie di cui alle lett. a) e b) del citato art. 1, non è tenuta a disporre l'annullamento con rinvio di tale provvedimento per una nuova valutazione del materiale probatorio, in quanto lo stesso è già stato deliberato nel contraddittorio delle parti e ritenuto sufficiente a ricavarne la ricorrenza dei presupposti delle misure di prevenzione, per essere il proposto annoverabile anche nella categoria criminologica di cui alla citata lett. b) dell'art. 1».

Con entrambi gli arresti la Corte ha espressamente preso le distanze da quanto statuito da Sez. 1, n. 27696 del 2019 cit. affermando (si tratta di un passaggio della prima delle due sentenze) che «laddove il compendio istruttorio valorizzato dal provvedimento impugnato permetta di ritenere la sussistenza di condotte delittuose corrispondenti al tipo criminologico dell'art. 1, lett. b), cit., e di inferirne l'attualità della pericolosità sociale di tal specie da parte del proposto, nonché di stabilire, relativamente alla misura patrimoniale, il momento in cui quelle condotte abbiano raggiunto consistenza e abitudine tali da poter ravvisare una correlazione tra l'acquisto dei beni e la manifestazione di siffatta pericolosità, non vi sia ragione per rimettere gli atti al giudice di merito, e quindi per disporre un annullamento con rinvio, affinché si proceda ad una nuova valutazione complessiva del materiale probatorio, essendo stato quest'ultimo già deliberato nel contraddittorio delle parti e ritenuto sufficiente a ricavarne la ricorrenza dei presupposti delle misure di prevenzione, per essere il proposto annoverabile – anche – nella categoria criminologica di cui alla citata lett. b) dell'art. 1».

A ben vedere, tuttavia, non si tratta di un vero e proprio contrasto sul punto, in quanto ciò che ha ritenuto precluso la sentenza n. 27696 del 2019 è l'accertamento in sede di legittimità della pericolosità del soggetto ai sensi della lett. b) secondo i parametri costituzionalmente legittimi, mentre non ha espressamente negato che in sede di legittimità possa verificarsi che il giudice della cognizione si sia attenuto a quegli stessi criteri per affermare la pericolosità del proposto effettuando una sorta di *prova di resistenza*.

In termini ancora più netti, Sez. 5, n. 38737 del 10/07/2019, Giorgitto, Rv. 276648 ha espresso il principio così massimato: «in tema di misure di prevenzione, la confisca disposta sui beni di un soggetto qualificato come pericoloso sia ai sensi della lett. a) che ai sensi della lett. b) dell'art. 1 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, conserva validità a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019, che ha dichiarato l'illegittimità della sola previsione di cui alla lett. a), relativa ai soggetti "che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi", rigettando invece la questione sollevata in relazione alla lett. b), concernente "coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose". In particolare, la Corte ha precisato che tale conclusione, nella fattispecie, si giustificava in quanto la misura di prevenzione patrimoniale era stata applicata sia sulla base dell'ipotesi ritenuta incostituzionale (lett. a)), sia di quella la cui compatibilità con i principi della Costituzione è stata positivamente accertata, così da non consentire al giudice di legittimità «di scindere i due profili, dato che la superstita ragione della misura la giustifica, comunque, nella sua totalità ed integralità».

In termini pienamente conformi Sez. 2, Sentenza n. 12001 del 15/01/2020, Leuzzi, Rv. 278681 secondo cui le misure di prevenzione disposte nei confronti dei soggetti c.d. pericolosi generici che rientrano in entrambe le categorie di cui alle lett. a) e b) dell'art. 1 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, non perdono la loro validità a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 24 del 2019, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della sola prima categoria di soggetti, a condizione che nella proposta e nel provvedimento applicativo non solo sia stata richiamata anche la categoria di cui alla lett. b) della norma citata, ma, altresì, che il giudice della misura abbia accertato, sulla base di specifiche circostanze di fatto, che il proposto si sia reso autore di delitti commessi abitualmente in un significativo arco temporale, da cui abbia tratto un profitto che costituisca - ovvero abbia costituito in una determinata epoca - il suo unico reddito o, quanto meno, una componente significativa del medesimo».

In particolare, nella fattispecie, la Corte ha ritenuto esente da censure il provvedimento di confisca di beni disposto nei confronti di un soggetto che, dedito all'attività di usura e riscossione violenta dei crediti per un lasso temporale di circa quindici anni, aveva ricavato da tali attività introiti di rilevante importo che, unitamente alla attività di evasore fiscale seriale, risultavano costituire l'ammontare prevalente del suo reddito.

Ha quindi operato un'autonoma valutazione di conformità del provvedimento applicativo della misura ai parametri fissati dalla Corte

costituzionale con la sentenza n. 24 del 2019 che ha, implicitamente, ritenuto applicabili ai procedimenti in corso.

Senz'altro più vicino a tale orientamento appare l'arresto che ha escluso l'incidenza della sentenza della Corte costituzionale sui provvedimenti aventi ad oggetto misure di prevenzione patrimoniali coperti da giudicato e fondati sulla pericolosità ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 159 del 2011.

Si tratta di Sez. 6, n. 29551 del 07/10/2020, Terenzio, Rv. 279845-02 con la quale è stato deciso che «le sentenze della Corte costituzionale, nella parte in cui dichiarino l'infondatezza della questione sollevata fornendo indicazioni interpretative che escludano il vizio di incostituzionalità, non consentono la revoca dei provvedimenti definitivi, tenuto conto che l'art.30, comma 4, legge 11 marzo 1957, n.87, prevede il superamento del giudicato solo nel caso di sentenza che dichiari l'incostituzionalità di una norma penale o processuale che incida sul trattamento sanzionatorio».

Il principio è stato affermato in fattispecie relativa a confisca disposta in relazione alla riconosciuta pericolosità del proposto *ex* art. 1, comma 1, lett. b), del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, in cui la Corte ha precisato che, essendo il procedimento definito con decreto irrevocabile, il provvedimento ablatorio non poteva essere revocato sulla base delle indicazioni interpretative fornite dalla sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019 nella parte in cui non ha dichiarato l'incostituzionalità della norma.

Non prendendo posizione sull'alternativa revocazione/incidente di esecuzione, vertendo il caso concreto su fattispecie per la quale era applicabile, *ratione temporis*, l'art. 7 legge n. 1423 del 1956, la Corte ha enunciato il principio riportato ritenendo «del tutto priva di pregio» la pretesa di rivisitazione delle decisioni assunte in punto di pericolosità generica a norma del solo art. 1, comma 1, lett. b) del predetto d.lgs. a seguito della pronuncia della Corte costituzionale n. 24 del 2019.

Da un lato quest'ultima sentenza è stata esclusa dal novero delle «prove nuove», dall'altro è stato affermato che la motivazione della sentenza «può costituire solamente un autorevole punto di riferimento per l'interpretazione della disciplina in questione nei procedimenti pendenti, non anche svolgere una valenza “demolitoria” rispetto alle decisioni che hanno acquisito carattere di definitività procedimentale».

L'art. 30, comma 4, legge n. 87 del 1953, secondo la lettura alla quale la Corte ha aderito, trova applicazione nel caso in cui la declaratoria di incostituzionalità riguardi una norma incriminatrice sostanziale o processuale incidente sul trattamento sanzionatorio, non anche, pur se nell'ipotesi di accoglimento della questione di legittimità costituzionale, laddove si verta in casi di situazioni

giuridiche esaurite e quindi non più suscettibili di essere rimosse o modificate per effetto del formarsi di preclusioni processuali, giudicato o decadenza.

7. Considerazioni finali.

In base alle informazioni disponibili, può desumersi che la decisione delle Sezioni Unite sia stata nel senso di ritenere praticabile, nella fattispecie, lo strumento processuale della revocazione quale unico istituto azionabile per ricondurre, nella materia di interesse, l'applicazione della misura di prevenzione al principio di legalità sostanziale.

Non hanno trovato conferma, quindi, né le argomentazioni della giurisprudenza che esclude in radice l'incidenza della sentenza della Corte costituzionale in relazione ai provvedimenti fondati sulla pericolosità di cui alle lett. *a)* e *b)* dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011, né quelle proprie dell'orientamento che ritiene esperibile l'incidente di esecuzione.

La decisione appare totalmente allineata ai principi ormai costantemente affermati in relazione all'esigenza di conformare il provvedimento (comunque) sanzionatorio al quadro costituzionale di riferimento e l'impossibilità di mantenere misure prive di base legale.

Lo strumento per far valere successivamente al formarsi del (sia pure precario) giudicato prevenzionale è stato individuato in quello che assicura maggiori garanzie di contraddittorio comportando, in sostanza, lo strumento di cui all'art. 28 d.lgs. n. 159 del 2011 una sorta di ripristino del procedimento volto a verificare la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge, come risultante dall'intervento della Corte costituzionale, per l'applicazione della misura.

Una verifica che non sarebbe ugualmente assistita nel caso si ritenesse attivabile l'incidente di esecuzione.

Del tutto coerente con tale meccanismo la conclusione relativa alla seconda questione devoluta dalla quale si evince che laddove la sentenza della Corte costituzionale non ha pronunciato l'illegittimità della norma sulla base della quale può trovare applicazione la misura di prevenzione, imponendone, piuttosto, una verifica sulla base della giurisprudenza di legittimità, la Corte di cassazione non può pronunciare un annullamento senza rinvio.

Resta da chiarire se, in tal caso, la Corte possa autonomamente effettuare una prova di resistenza o se ciò possa fare solo l'eventuale giudice del rinvio rispetto al quale andrebbe ulteriormente precisato se sia dotato del potere di riqualificare la pericolosità del proposto, eventualmente, anche ai sensi della lett. *a)* dell'art. 1 cit.

Indice delle sentenze citate

Sentenze dalla Corte di cassazione

Sez. U, n. 25 del 16/12/1998, dep. 1999, Alagni, Rv. 212074 - 01
Sez. 2, n. 28638 del 06/03/2008, Bardellino, Rv. 240611
Sez. 1, n. 40765 del 13/06/2018, Balducci, Rv. 273968-01
Sez. 1, n. 50919 del 13/07/2018, Frascati, Rv. 274878-01
Sez. 2, n. 11445 del 08/03/2019, Lauri, Rv. 276061
Sez. 1, n. 27696 dell'01/04/2019, Immobiliare s.r.l., Rv. 275888
Sez. 6, n. 23839 del 26/04/2019, Mammoliti, Rv. 275987
Sez. 6, n. 38077 del 09/05/2019, Falasca, Rv. 276711-01
Sez. 5, n. 38737 del 10/07/2019, Giorgitto, Rv. 276648 – 01
Sez. 5, n. 49480 del 13/11/2019, Pulpito, Rv. 277752
Sez. 1, n. 11661 del 10/01/2020, Pilato, Rv. 278738
Sez. 2, n. 12001 del 15/01/2020, Leuzzi, Rv. 278681
Sez. 1, n. 34027 del 01/10/2020, Falaschi, Rv. 279997
Sez. 6, n. 29551 del 07/10/2020, Terenzio, Rv. 279845 – 02
Sez. 6, n. 33146 del 08/10/2020, Corvino, Rv. 279843-01
Sez. 2, n. 33641 del 13/10/2020, Sabatelli, Rv. 279970
Sez. 6, n. 36582 del 28/10/2020, Iannuzzi, Rv. 280183
Sez. 6, n. 29840 del 22/04/2021, Carnovale, Rv. 281751
Sez. 1, n. 20827 del 08/04/2021, Spinelli, Rv. 281544
Sez. 1, n. 20156 del 22/04/2021, Ascione, Rv. 281367
Sez. 6, n. 27689 del 18/05/2021, Mollica, Rv. 281692-02 (in motivazione)
Sez. 2, n. 36403 del 16/06/2021, Schiraldi

Sentenze dalla Corte costituzionale

Corte cost., sent. n. 113 del 2011
Corte cost., sent. n. 24 del 2019

Sentenze dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo

Corte EDU, 23/02/2017, De Tommaso c/Italia

CAPITOLO II

RECENTI PRONUNCE IN TEMA DI CONTROLLO GIUDIZIARIO DELLE AZIENDE EX ART. 34-BIS DEL CODICE ANTIMAFIA

(MARIAEMANUELA GUERRA)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il controllo giudiziario richiesto dal privato: presupposti ed effetti - 2.1. (segue): i poteri accertativi del tribunale della prevenzione – 2.2 (segue): l'occasionalità della agevolazione – 3. Questioni in tema di impugnazione.

1. Premessa.

Il sistema della prevenzione antimafia, contenuto nel decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia) è periodicamente oggetto di interventi legislativi, finalizzati ad affinare gli strumenti attivabili per contrastare e neutralizzare le variegate forme di infiltrazione della criminalità organizzata nel tessuto economico, nel rispetto dei principi costituzionali e convenzionali.

È uno sforzo incessante, in considerazione della costante evoluzione delle forme di penetrazione delle criminalità più insidiose nei settori economici della società rilevate dall'esperienza investigativa e giudiziaria, che ha comportato una "stratificazione normativa per aggiunta" che in diverse occasioni ha imposto l'intervento dell'interprete per individuare le opzioni intanto ineludibili, quanto inespresse (così, Sez. U., n. 46898 del 26/09/2019, Ricchiuto (quale Legale Rappresentante Igeco Costruzioni S.P.A.), Rv. 277156).

Con la legge 17 ottobre 2017 n. 161, il legislatore, nel rimodulare sotto diversi profili il codice antimafia, ha introdotto all'art. 34-*bis*, tra le "Misure patrimoniali diverse dalla confisca", il nuovo istituto del controllo giudiziario delle aziende, oggetto di recente novella da parte del decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152 (cd decreto Recovery), recante *Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose*, convertito, con modificazioni, dalla 29 dicembre 2021, n. 233.

Uno studio condotto dal dipartimento DEMS dell'Università di Palermo aveva registrato fenomeni di infiltrazione mafiosa nel sistema delle imprese che rimanevano fuori dalla disciplina in vigore in quanto non raggiungevano consistenza tale da giustificare il sequestro finalizzato alla confisca ma che, nondimeno, potevano condizionare l'operato degli imprenditori e/o avvantaggiare oggettivamente interessi mafiosi. Per questi casi il legislatore ha, quindi, pensato di delineare una misura meno invasiva, finalizzata alla bonifica del contesto aziendale, che non determina necessariamente lo «spossessamento

gestorio» ma comporta una «vigilanza prescrittiva», tramite l'imposizione, da parte dell'autorità giudiziaria, di una serie, diversamente modulabile a seconda dei casi, di prescrizioni e di obblighi al soggetto economico, (art. 34-*bis* comma 2, lett. a), sino all'ipotesi più intensa di controllo tramite la nomina di un giudice delegato e un amministratore giudiziario (art. 34-*bis*, commi 2, lett. b, 3), con l'obiettivo di prevenire ulteriori contaminazioni e recuperare la parte infiltrata o compromessa dell'azienda.

Come sottolineato da Sez. U, “Ricchiuto”, «la misura in questione - a differenza di quella della amministrazione giudiziaria che comporta la temporanea estromissione del proprietario dei beni e della azienda dall'esercizio dei propri poteri in quanto sostituito dal giudice delegato e dall'amministrazione giudiziario - ha un approccio meno deflagrante poiché implica essenzialmente poteri di controllo in capo al giudice delegato e all'amministratore eventualmente nominato dal tribunale. Essa, cioè, è coadiuvante di un nuovo corso della gestione della azienda, finalizzato ad un suo recupero alla libera concorrenza, una volta affrancata dalle infiltrazioni mafiose che ne avevano condizionato l'attività.».

I presupposti per l'applicazione dell'istituto sono indicati al comma 1 e si focalizzano sui seguenti due elementi: a) che l'agevolazione ai soggetti mafiosi, descritta all'art. 34 in tema di amministrazione giudiziaria, risulti occasionale; b) che sussistano circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività.

L'art. 34-*bis*, inoltre, indica due modalità di accesso al controllo giudiziario: la prima, contemplata dal comma 1, è azionabile d'ufficio dai soggetti tradizionalmente titolari del potere di proposta di prevenzione patrimoniale, ai sensi dell'art. 17 del codice antimafia; la seconda, prevista dal comma 6 del medesimo art. 17, prevede la richiesta da parte dello stesso soggetto economico interessato all'intervento. È da precisare che il legislatore ha condizionato l'ammissibilità della domanda della parte privata alla circostanza che l'impresa aspirante al controllo sia stata raggiunta da informazione interdittiva antimafia, ai sensi dell'art. 84, comma 4, del codice antimafia, impugnata avanti al giudice amministrativo.

La novella del 2021 con il decreto “Recovery”, inoltre, ha aggiunto la possibilità per il tribunale di adottare il controllo in sostituzione della nuova misura prefettizia di prevenzione collaborativa introdotta dall'ex art. 94-*bis* del codice antimafia.

Preme evidenziare che nei casi di controllo a richiesta del privato (di cui all'art. 34-*bis*, comma 6) e di applicazione in sostituzione della misura della prevenzione collaborativa (di cui all'art. 94-*bis*), il legislatore ha previsto che si debba disporre sempre la modalità di controllo più incisiva, ai sensi della lett. b) dell'art. 34-*bis*,

comma 2, che prevede la nomina del giudice delegato e dell'amministrazione giudiziario.

Le prime applicazioni dell'istituto hanno fatto registrare diverse questioni interpretative in merito agli oneri valutativi che spettano al giudice della prevenzione, conseguenti alla necessaria determinazione dei concetti di "occasionalità della agevolazione" e "pericolo concreto di infiltrazione mafiosa", sui quali si è reso fisiologico l'intervento della Corte di cassazione, che ha permesso di perimetrare e chiarire ulteriormente l'estensione operativa di tale istituto.

In particolare, deve rilevarsi come gli arresti della Corte nel corso dell'ultimo anno si siano focalizzati soprattutto sull'ipotesi di controllo giudiziario richiesto dal privato, ai sensi dell'art. 34-*bis*, comma 6, fattispecie che sin dall'inizio ha suscitato i maggiori dubbi interpretativi, involgenti i presupposti applicativi ed i conseguenti poteri del giudice in sede di verifica degli stessi, così come la differenziazione dell'estensione del sindacato giudiziale rispetto al caso di applicazione d'ufficio della misura.

2. Il controllo giudiziario richiesto dal privato: presupposti ed effetti.

Sez. 5, n. 35048 del 18706/2021, Guido, ha puntualizzato come l'ammissibilità della richiesta di controllo giudiziario sia normativamente circoscritta alle imprese destinatarie di interdittiva antimafia di cui all'art. 84, comma 4, del codice antimafia, con esclusione della comunicazione antimafia, di cui agli artt. 84 e 87 del medesimo testo normativo, senza che da tale condizione derivi alcuna disparità di trattamento.

Invero, la Corte ha precisato che «l'interdittiva antimafia è misura volta - ad un tempo - alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della Pubblica Amministrazione. Con il provvedimento in parola si mira, infatti, a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa nelle imprese, volti a condizionare le scelte e gli indirizzi della Pubblica Amministrazione e si esercita una funzione di tutela sia dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, riconosciuti dall'art. 97 Cost., sia dello svolgimento leale e corretto della concorrenza tra le stesse imprese nel mercato, sia, infine, del corretto utilizzo delle risorse pubbliche (Cons. Stato, sez. 3, 31 dicembre 2014 n. 6465). L'interdittiva, secondo il Consiglio di Stato, determina dunque una particolare forma di incapacità giuridica *ex lege* parziale del destinatario ad essere titolare di quelle situazioni giuridiche soggettive (diritti soggettivi, interessi legittimi) che determinino (sul proprio cd. lato esterno) rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione (Cons. Stato, sez. 4, 20 luglio

2016 n. 3247). Parziale, in quanto limitata a specifici rapporti giuridici con la Pubblica Amministrazione e tendenzialmente temporanea, con la conseguenza che al soggetto persona fisica o giuridica - è precluso avere con la Pubblica Amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dal d.lgs. n. 159 del 2011, art. 67[...].

Del tutto diversa, quanto a presupposti, natura e finalità è la comunicazione d.lgs. n. 159 del 2011, ex art. 84, comma 2, che, invece, consiste in un'attestazione circa la sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o di divieto di cui al precedente art. 67 cit. La norma sancisce che le persone alle quali sia stata applicata in via definitiva una delle misure di prevenzione previste dal codice antimafia non possono essere destinatarie di provvedimenti di natura autorizzatoria, concessoria o abilitativa indicati al comma 1. [...].

La comunicazione antimafia è, dunque, il risultato di un'attività amministrativa vincolata, volta al mero accertamento delle cause di decadenza o divieto di cui all'art. 67 cod. antimafia, che non prevede l'intervento del giudice della prevenzione».

Ebbene, la notifica dell'interdittiva antimafia comporta effetti drastici per l'attività d'impresa, in quanto impedisce al soggetto attinto di ottenere autorizzazioni e concessioni e, in generale, avere rapporti giuridici con le pubbliche amministrazioni, gli enti pubblici, le aziende vigilate o comunque controllate dallo Stato e da altri enti pubblici. Si tratta di provvedimento che determina un blocco quasi totale dell'attività economica, talmente gravoso da essere equiparato ad una sorta di “ergastolo imprenditoriale”.

Ne consegue che l'azienda, che sino a quel momento ha operato liberamente sul mercato, a fronte della notifica dell'interdittiva, può decidere di affidarsi al tribunale della prevenzione, consapevole che se da un lato l'eventuale accoglimento della domanda rimuove le inibizioni alla prosecuzione dell'attività (art. 34-*bis*, comma 7), dall'altro ciò apre una fase di monitoraggio - o "vigilanza prescrittiva" - dell'azienda da parte del commissario nominato dal Tribunale in ordine al corretto adempimento di specifici obblighi di *compliance* imposti dall'autorità giudiziaria, la quale, in caso di inottemperanza, può disporre l'applicazione di una misura più gravosa.

Pertanto, l'elemento specializzante del controllo richiesto dal privato, ai sensi del comma 6, va individuato nel peculiare effetto discendente dall'applicazione della misura, consistente in una sospensione degli effetti inibitori dell'informazione interdittiva antimafia (**Sez. 6, n. 30168 del 7/07/2021, Gruppo Samir Global Service s.r.l., Rv. 281834**, in motivazione).

In altri termini, nella ricerca di un punto di equilibrio tra la tutela del libero esercizio dell'attività economica e dei livelli occupazionali, da un lato, e l'efficace

prevenzione e disinquinamento dall'infiltrazione mafiosa nell'economia, dall'altro, l'istituto del controllo giudiziario permette all'impresa di rimanere in attività in una situazione di legalità controllata, tanto da essere assimilata ad una sorta di "messa alla prova" aziendale, che consente il recupero ed il reinserimento dell'ente nel circuito sano dell'economia (tra le altre, **Sez. 2, Sentenza n. 9122 del 28/01/2021, Gandolfi, Rv. 280906; Sez. 6, n. 29213, del 6/07/2021, Tenace; Sez. 6, n. 30168 Gruppo Samir Global Service s.r.l., cit.**).

In ogni caso, come precisato da **Sez. 6, n. 1590 del 14/10/2020, dep. 2021, Senesi s.p.a., Rv. 280341** «Il controllo giudiziario a richiesta della parte privata non rappresenta [...] un beneficio, bensì una vera e propria misura di prevenzione, dotata di una sua intrinseca efficacia preventiva e coerentemente connessa alla vicenda del provvedimento interdittivo prefettizio». Sul punto, **Sez. 6, n. 33583 del 15/06/2021, Brigida, Rv. 281932**, in motivazione, ha, inoltre, rimarcato che «il controllo giudiziario non costituisce un mero beneficio per chi lo richiede e, se ne sussistono i presupposti, può corrispondere a un interesse economico non soltanto del richiedente ma pubblico». (nello stesso senso, anche **Sez. 1, n. 17817 del 11/03/2021, D'Ercole Antonio s. a r.l., Rv. 281280**, in motivazione).

2.1. (segue): i poteri accertativi del tribunale della prevenzione.

La giurisprudenza è granitica nell'escludere che sussista un automatismo nell'accoglimento della richiesta di controllo giudiziario ogni volta sussista l'applicazione dell'interdittiva, l'impugnazione della stessa e la richiesta rivolta al tribunale della prevenzione, negando quindi, che sussista un diritto potestativo dell'impresa all'accesso (**Sez. 6, n. 1590, Senesi s.p.a., cit.; Sez. 2, n. 22083 del 20/05/2021, Imprecoge s.r.l., Rv. 281450; Sez. 6, n. 27702 del 4/06/2021, Over Security s.r.l.; Sez. 6, n. 30168 Gruppo Samir Global Service s.r.l., cit.**).

L'insegnamento di Sez. U, "Ricchiuto", è infatti nel senso che «l'ammissione al controllo giudiziario, per un'impresa raggiunta da una interdittiva prefettizia, non può basarsi su alcun automatismo, richiedendo sempre un controllo da parte dell'autorità giudiziaria competente in materia di misure di prevenzione. Il controllo giudiziario a richiesta della parte pubblica o disposto di ufficio, richiede infatti il preliminare accertamento da parte del giudice delle condizioni oggettive descritte nelle norme di riferimento e cioè il grado di assoggettamento delle attività economica alle condizioni di intimidazione mafiosa e la attitudine di esse alla agevolazione di persone pericolose pure indicate nelle fattispecie. Con riferimento, poi, alla domanda della parte privata, che sia raggiunta da interdittiva antimafia, di accedere al controllo giudiziario, tale accertamento non scolora del

tutto, dovendo pur sempre il tribunale adito accertare i presupposti della misura, necessariamente comprensivi della occasionalità della agevolazione dei soggetti pericolosi, come si desume dal rilievo che l'accertamento della insussistenza di tale presupposto ed eventualmente di una situazione più compromessa possono comportare il rigetto della domanda e magari l'accoglimento di quella, di parte avversa, relativa alla più gravosa misura della amministrazione giudiziaria o di altra ablativa. La peculiarità dell'accertamento del giudice, sia con riferimento alla amministrazione giudiziaria che al controllo giudiziario, ed a maggior ragione in relazione al controllo volontario, sta però nel fatto che il fuoco della attenzione e quindi del risultato di analisi deve essere posto non solo su tale pre-requisito, quanto piuttosto, valorizzando le caratteristiche strutturali del presupposto verificato, sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni (nel caso della amministrazione, anche vere intromissioni) che il giudice delegato può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata. L'accertamento dello stato di condizionamento e di infiltrazione non può, cioè, essere soltanto funzionale a fotografare lo stato attuale di pericolosità oggettiva in cui versano la realtà aziendale a causa delle relazioni esterne patologiche, quanto piuttosto a comprendere e a prevedere le potenzialità che quella realtà ha di affrancarsene seguendo l'iter che la misura alternativa comporta».

La necessità di una valutazione giudiziaria che non si limiti ai soli presupposti processuali (ovvero l'esistenza di una informazione interdittiva antimafia impugnata dinanzi al giudice amministrativo) risponde all'esigenza di evitare che il dispositivo in parola sia strumentalizzato da soggetti che, dissimulando la loro reale fisionomia, cerchino di ottenere la sospensione dell'interdittiva, con la rimozione così della paralisi amministrativa che ad essa si riconnette.

Al contrario, postulare un giudizio che si costruisca sulla base del materiale valutato dall'autorità amministrativa ai fini della emissione dell'interdittiva consente di comprendere, quali siano fin da subito le caratteristiche del soggetto richiedente il controllo, evitando così che si avallino attività di concreta agevolazione dell'attività criminosa con il beneplacito dello Stato, dato che la sospensione dell'interdittiva comporta una immediata riabilitazione del soggetto economico e il suo rientro nel mercato. È, dunque, importante che tale rientro venga subordinato a una delibazione dell'autorità giudiziaria che investa i profili di criticità già valutati dal prefetto, conferendo così una veste di giurisdizionalità piena a tali valutazioni che comportano pesanti conseguenze sulla vita di un soggetto economico.

Diverse sono le argomentazioni che militano a favore di tale posizione ermeneutica.

In primo luogo, che non operi alcun automatismo, bensì occorra una valutazione da parte del tribunale pare richiederlo la stessa disposizione allorquando stabilisce – ai fini della emissione del controllo – che il tribunale accoglie la richiesta «ove ricorrano i presupposti».

Tale ricostruzione è, inoltre, coerente con la espressa previsione della necessità di celebrare un'udienza camerale partecipata secondo le forme dell'art. 127 cod. proc. pen., nel corso della quale il giudice sente le parti interessate, oltre al procuratore distrettuale competente e il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva (secondo la novella del 2021).

Ne consegue, che il tribunale, investito di un'istanza di cui al comma 6 dell'art. 34-*bis*, sebbene non abbia potere di sindacato sulla legittimità dell'interdittiva adottata dal Prefetto per la indiscussa autonomia dei mandati delle due giurisdizioni, è tenuto ad un complesso giudizio di merito sulla sussistenza dei relativi presupposti, che prende le mosse dai profili che hanno condotto il prefetto all'emissione della interdittiva ed è destinato a svolgersi secondo due direttrici.

Da un lato, deve verificare il carattere meramente occasionale della agevolazione che il libero svolgimento di determinate attività economiche può determinare nei confronti dei soggetti indicati nell'art. 34, comma 1, d. lgs. n. 159 del 2011, richiamato dall'art. 34-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 159 del 2011; dall'altro, è tenuto alla comprensione del contesto in cui opera l'impresa infiltrata, necessaria per valutare in concreto la possibilità di quest'ultima di riallinearsi con il contesto economico sano, affrancandosi dall'infiltrazione mafiosa, seguendo il percorso che la misura alternativa implica, delineato nel dettaglio dall'art. 34-*bis*, commi. 2, lett. b), 3 e 4, d. lgs. n. 159 del 2011 (in tal senso, **Sez. 5, n. 13388 del 17/12/2020, dep. 2021, Società Costruzioni s.r.l., Rv. 280851; Sez. 6, Gruppo Samir Global Service s.r.l., cit.**).

La citata **Sez. 5, n. 13388, Società Costruzioni s.r.l.**, ha, in proposito, sottolineato che «sarebbe del tutto irrazionale prevedere che il tribunale competente per le misure di prevenzione, in sede di accertamento delle condizioni per procedere all'applicazione dell'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e delle aziende, di cui all'art. 34, d. lgs. n. 159 del 2011, ovvero del controllo giudiziario delle aziende, di cui all'art. 34 *bis*, co. 1, d. lgs. n. 159 del 2011, sia dotato di poteri di valutazione in ordine ai rapporti tra attività economico-imprenditoriali ed ambienti criminali di natura mafiosa, nonché al pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionare lo svolgimento di tali attività, e non sia dotato di analoghi poteri nel caso in cui la

richiesta di applicazione del controllo giudiziario provenga da un'impresa già destinataria di un provvedimento di informazione antimafia. Il tribunale in questione ha il potere di revocare successivamente il controllo giudiziario disposto in accoglimento della richiesta volontaria, anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, e, ove ne ricorrano i presupposti, di disporre altre misure di prevenzione patrimoniale. Si tratta di un potere, infatti, che presuppone necessariamente la conoscenza del contesto concreto in cui l'impresa ammessa al controllo giudiziario opera ed implica una verifica dell'effettivo riallineamento dell'impresa stessa al tessuto economico sano, sulla base anche delle osservazioni svolte dall'amministratore giudiziario che ne ha seguito la vita, potere dunque, la cui attribuzione si pone in perfetta continuità con il giudizio di merito che si richiede al tribunale competente per le misure di prevenzione, ai fini dell'accoglimento della richiesta volontaria di controllo giudiziario da parte dell'impresa infiltrata.».

In ogni caso, accanto alla impostazione che delinea la valutazione del giudice ordinario sui medesimi presupposti applicativi dell'istituto sulla base di uno standard probatorio del tutto autonomo e più stringente rispetto al canone epistemologico del “più probabile che non” utilizzato in sede di valutazione prefettizia, la giurisprudenza più recente ha precisato il giudice della prevenzione nel caso di controllo richiesto ai sensi del comma 6, non può non tenere conto dell'esistenza del provvedimento prefettizio «che condiziona la valutazione del tribunale» e tale circostanza inevitabilmente scolpisce la differenza della richiesta di controllo su iniziativa della parte pubblica da quella privata, con specifico riferimento alla valutazione del prerequisito del pericolo concreto di infiltrazioni mafiose, idonee a condizionare le attività economiche e le aziende.

Diversi arresti della Corte, infatti, hanno concordemente puntualizzato che, nell'ipotesi di controllo giudiziario disposto su iniziativa pubblica, tale riscontro è riservato in via esclusiva al giudice della prevenzione, in funzione di un controllo c.d. prescrittivo, mentre nel caso di istanza della parte privata, ai sensi del comma 6 medesimo articolo, tale valutazione non può prescindere dall'accertamento di quello stesso prerequisito già effettuato dall'organo amministrativo con l'informazione antimafia interdittiva, che rappresenta, pertanto, il substrato della decisione del giudice ordinario al fine di garantire il contemperamento fra i diritti costituzionalmente garantiti della tutela dell'ordine pubblico e della libertà di iniziativa economica attraverso l'esercizio dell'impresa (**Sez. 2, “Gandolfi”, cit.; Sez. 6, “Over Security s.r.l.”, cit.; Sez. 6, n. 27704, del 9/06/2021, Soc. Coop. a r.l. Gli Angeli, Rv. 281822; Sez. 5, n. 41030 del 12/07/2021, Fazio**).

L'aspetto più significativo e innovativo di tale recente impostazione è, dunque, quello di differenziare l'ambito della verifica del giudice ordinario nel

caso del sesto comma dell'art. 34-*bis*, ritenendolo, cioè, «più circoscritto [...] proprio per la confluenza dell'istituto dell'interdittiva, essendo finalizzato a verificare se la misura del controllo giudiziario è in grado di perseguire l'obiettivo di "bonificare l'impresa"» (**Sez. 2, "Gandolfi"**, cit.). Invero, già in una delle prime decisioni la Corte ha affermato che il controllo a richiesta privata «si pone alla confluenza di due istituti diversi per natura e caratteri: da un lato il controllo giudiziario regolato dall'art. 34 *bis* del d.lgs. n. 159 del 2011, dall'altro la informativa antimafia interdittiva di cui all'art. 84 d.lgs. n. 159 del 2011» (**Sez. 5**, n. 34526 del 2/07/2018, Eurostrade s.r.l., Rv. 273645).

Sez. 2, "Gandolfi", cit., ha in proposito rimarcato che «la confluenza implica contaminazione dei suddetti (diversi) istituti per la cui la misura in argomento non può esaurirsi nella speculare riproposizione dello schema previsto per il controllo giudiziario su iniziativa pubblica [...]».

In definitiva, nonostante i commi 1 e 6 dell'art. 34-*bis* prevedano una unica misura, quella disciplinata dal sesto comma ha una diversa prospettiva, incentrandosi sulle imprese destinatarie di informazione interdittiva che abbiano proposto l'impugnazione del relativo provvedimento del prefetto, con la conseguenza che il tribunale dovrà valutare il grado di tale pericolo, concedendo la misura solo se l'agevolazione sia ritenuta occasionale.

Alla luce di tale interpretazione, pertanto, in presenza di interdittiva antimafia il presupposto del concreto pericolo di infiltrazione mafiosa pare ancorato all'accertamento prefettizio rimesso al vaglio del giudice amministrativo, con la pratica conseguenza che il giudice ordinario focalizzerebbe la propria delibazione essenzialmente sul presupposto dell'occasionalità che diviene parametro che indica il livello del rischio. Più precisamente, «l'occasionalità è parametro che orienta la discrezionalità giudiziaria, in quanto indica il livello del rischio così come accertato all'attualità e consente al contempo una valutazione prognostica sulla base degli elementi che in concreto caratterizzano la fattispecie» (così, **Sez. 2, "Gandolfi"**, cit.).

In questo modo, ha sottolineato la Corte, si razionalizzerebbe il rapporto fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa concorrenti nella autonoma valutazione della medesima fattispecie, evitando irragionevoli e paradossali effetti a sfavore delle imprese più sane colpite dalla interdittiva, che vedrebbero rigettare la richiesta di controllo a differenza di quelle che, presentando più evidenti sintomi di infiltrazione mafiosa, potrebbero, invece, beneficiare della sospensione dei divieti correlati alla misura interdittiva, ove tali elementi di collegamento con la criminalità organizzata fossero ritenuti superabili ed emendabili attraverso l'istituto del controllo.

Nel medesimo solco, **Sez. 6, “Soc. Coop. a r.l. Gli Angeli”**, cit., ha affermato il principio così massimato: «In materia di misure di prevenzione, la richiesta di controllo giudiziario ex art. 34-*bis* del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 avanzata dalla impresa attinta da interdittiva antimafia non può essere respinta per insussistenza del prerequisite del pericolo di infiltrazioni mafiose, già accertato dall'organo amministrativo, dovendosi preservare, in pendenza dell'impugnazione avverso la misura prefettizia, l'interesse della parte privata alla continuità dell'attività di impresa attraverso la sospensione dell'efficacia dei divieti nei rapporti con la pubblica amministrazione e tra privati che discendono dalla interdittiva.».

In altri termini, la Corte ha ritenuto che per effetto della valutazione compiuta in sede amministrativa, il presupposto dell'occasionalità di infiltrazione mafiosa deve essere valutato come condizione ostativa solo se il pericolo di ingerenza mafiosa sia maggiore e più grave, perché non rimediabile con il semplice controllo giudiziario, ma non quando tale pericolo sia considerato addirittura inesistente, quando è l'impresa stessa che richiede di sottoporsi a tale "messa alla prova" proprio per dimostrare nei fatti di non essere mafiosa o comunque di essere capace di "emendarsi", attesi i poteri di controllo che l'applicazione della misura di prevenzione comporta.

Di conseguenza, ove il pericolo di infiltrazione sia ritenuto inesistente dal giudice della prevenzione, la richiesta della parte privata non potrebbe essere mai respinta, perché in tal caso e a maggior ragione risulterebbe evidente la sussistenza dell'interesse tutelato dalla norma di assicurare a continuità dell'impresa attraverso la sua sottoposizione a controllo giudiziario. Ed invero, «negare il rimedio sollecitato dalla stessa impresa sottoposta ad interdittiva antimafia sarebbe privo di senso, atteso che se non si può prescindere dalla verifica della contiguità mafiosa e del suo grado di contaminazione quando la misura sia stata richiesta dalla parte pubblica, diversamente, quando la iniziativa è dell'impresa stessa, deve aversi riguardo solo ad una prospettiva di adeguatezza della misura rispetto alla finalità perseguita di emenda dell'azienda che giustifica la sospensione degli effetti dell'interdittiva antimafia finché l'impugnazione in sede amministrativa sia pendente.» (**Sez. 6, “Soc. Coop. a r.l. Gli Angeli”**, cit.).

In definitiva, secondo tale ricostruzione interpretativa, la cognizione del giudice investito della richiesta di controllo giudiziario “volontario” non comprende anche il prerequisite della sussistenza del pericolo concreto di infiltrazione mafiose idonee a condizionare l'attività economica e l'azienda, per cui l'accoglimento dell'istanza è subordinato alla verifica della sussistenza della occasionalità dell'agevolazione mafiosa e la pendenza di una impugnazione

davanti al giudice amministrativo del provvedimento prefettizio (**Sez. 6, “Gruppo Samir Global Service s.r.l.”**, cit.).

2.2. (segue): l'occasionalità della agevolazione.

Secondo **Sez. 6, “Tenace”**, cit., ai fini del controllo giudiziario di cui al comma 6 dell'art. 34-*bis* l'occasionalità dell'agevolazione, che il libero svolgimento dell'attività economica può determinare nei soggetti di cui al comma 1 della medesima disposizione, costituisce un *prius*, il presupposto logico-giuridico, la *conditio sine qua* per l'accesso all'istituto.

In merito alla determinazione del concetto di “occasionalità” dell'agevolazione, lo sforzo di tassativizzazione della giurisprudenza si è consolidato nel senso che «la verifica dell'occasionalità dell'infiltrazione mafiosa che il tribunale è tenuto a compiere per disporre il controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34-*bis* del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, non deve essere finalizzata ad acquisire un dato statico, consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente, ma deve essere funzionale a un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, mediante gli strumenti di controllo previsti dall'art. 34-*bis*, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 159 del 2011. (In motivazione, la Corte ha precisato che il controllo giudiziario comporta una minore ingerenza rispetto all'amministrazione giudiziaria e mira ad esercitare la vigilanza in ordine al recupero di una gestione dell'azienda improntata alla libera concorrenza, al di fuori del condizionamento delle infiltrazioni mafiose)» (**Sez. 6, n. 1590, “Senesi s.p.a.”**, cit.; **Sez. 6, n. 33583, “Brigida”**, cit.; **Sez. 6, n. 30168, “Gruppo Samir Global Service s.r.l.”**, cit.; **Sez. 5, “Società Costruzioni s.r.l.”**, cit.).

In sostanza, si tratta di presupposto da stimare in una prospettiva prognostica e dinamica che si pone necessariamente a monte della valutazione, logicamente successiva, circa la concreta possibilità per l'impresa di riallinearsi con il contesto economico sano, affrancandosi dal condizionamento delle infiltrazioni mafiose. È, quindi, necessario che il pericolo si presenti con caratteristiche di non abitudine ovvero episodicità, cioè che sia qualificato da situazioni fattuali che non giustificerebbero l'adozione di misure di prevenzione più severe, quali quelle dell'amministrazione giudiziaria o della confisca (**Sez. 6, n. 26754 del 17/06/2021, Maenza**).

Invero, come è stato puntualmente osservato da **Sez. 5, n. 46799 del 14/09/2021, Coop. sociale onlus Serenità**, «il substrato principale su cui deve appuntarsi l'accertamento del giudice è, dunque, la realtà imprenditoriale nelle sue implicazioni gestionali, operative che per essere colte nella loro essenza e nelle loro componenti non possono che essere considerate in una visione dinamica e

non statica; ed invero, è solo seguendo il loro divenire - dal passato e con proiezione nel futuro - nel contesto di riferimento che si può veramente cogliere a entità del legame esistente tra l'impresa e i fattori inquinanti ai fini di qualificarlo o meno come occasionale (ed è all'accertamento della occasionalità che consegue poi la necessità di verificare la sussistenza di un pericolo concreto di infiltrazioni mafiose, idonee a condizionare le attività economiche e le aziende laddove l'ipotesi della stabilità dell'assoggettamento implica piuttosto la già intervenuta infiltrazione).».

In definitiva, pertanto, richiamando **Sez. 2, “Gandolfi”**, cit., l'accertamento da parte del giudice della prevenzione sarà focalizzato su: a) l'adozione di una interdittiva antimafia ex art. 84, comma 4, codice antimafia; b) la pendenza di una impugnativa davanti al giudice amministrativo; la “bonificabilità” dell'impresa, rispetto ad un dato patologico già acquisito, da analizzare in termini prognostici, sbarrando l'accesso alla misura in caso di cronicità dell'infiltrazione e consentendo, con strumenti duttili da adeguare alla realtà contingente, nella diverse ipotesi di effetti reversibili dell'inquinamento mafioso, in base alla tipologia di commistione criminale rilevata e in forza del sostegno “controllante e prescrittivo dell'autorità giudiziaria.

Sez. 1, “D'Ercole Antonio s. a r.l.”, cit., nel rimarcare la prospettiva prognostica della verifica che incombe al tribunale della prevenzione, ha chiarito che non sussiste un onere probatorio specifico a carico della parte, ferma restando la sua possibilità di allegare circostanze favorevoli alla propria; in particolare ha escluso che sussista in merito al parametro della occasionalità, l'onere di allegare un piano di risanamento e bonifica.

3. Questioni in tema di impugnazione.

Le prime questioni sorte in merito all'istituto in esame hanno riguardato gli aspetti processuali.

Sez. U., “Ricchiuto”, intervenuta per risolvere il contrasto insorto sul tema della impugnabilità del diniego della ammissione al controllo giudiziario, ha chiarito che il provvedimento con cui il tribunale competente per le misure di prevenzione neghi l'applicazione del controllo giudiziario richiesto ex art. 34-*bis*, comma 6, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, è impugnabile con ricorso alla corte di appello anche per il merito.

Sul piano della legittimazione, è stato ritenuto inammissibile l'impugnazione del diniego di applicazione del controllo giudiziario a richiesta della società raggiunta da misura interdittiva proposta dal singolo socio, poiché la legittimazione ad esercitare l'iniziativa della richiesta di misura per conto della

società, ai sensi del d.lgs. n. 159 del 2011, art. 34-*bis*, comma 6, «spetta unicamente al legale rappresentante dell'ente, in qualità di amministratore, e non anche ai soci che non hanno una titolarità giuridica qualificata né un interesse concreto ed attuale all'adozione del provvedimento, non vantando il socio della società di capitali alcun diritto alla gestione e amministrazione della società, quale effetto immediato e diretto del provvedimento di ammissione al controllo giudiziario, potendo solo sollecitare gli organi sociali ad agire nell'interesse della società in vista della corretta amministrazione della stessa» (**Sez. 6, “Over Security s.r.l.”**, cit).

Per quanto riguarda il ricorso per cassazione avverso il provvedimento della corte di appello che in sede di impugnazione abbia deciso sulla ammissione al controllo giudiziario, è pacifico che sia circoscritto solo alla violazione di legge, essendo in tal caso applicabili i limiti di deducibilità di cui agli artt.10, comma 3, e 27 del codice antimafia (**Sez. 2, “Imprecoge s.r.l.”**, cit., in motivazione; Sez. 5, n. 34856 del 06/11/2020, Biessemme s.r.l., Rv. 279982).

La Corte ha, altresì, puntualizzato che anche nel sistema della prevenzione è da ritenersi vigente il generale principio di tassatività in punto di individuazione dei soggetti titolari del potere di proporre una impugnazione, ai sensi dell'art. 568 comma 3 cod. proc. pen., con necessità di una attribuzione legale del medesimo e fermo restando che se la legge non distingue tra le diverse parti tale diritto spetta a ciascuna di esse.

Per tali ragioni si è affermato che «la prefettura territoriale che abbia dotato l'informativa antimafia non è soggetto legittimato ad impugnare il provvedimento di ammissione dell'azienda al controllo giudiziario ex art. 34 bis, comma 6, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 e succ. mod., non rivestendo tale ente, pur se intervenuto nella fase cognitiva preliminare, la qualità di parte del procedimento, né il ricorso per cassazione da esso proposto può essere diversamente qualificato in appello ai sensi dell'art. 568, comma 5, cod. proc. pen., in quanto atto non proveniente da un soggetto titolare del potere di impugnazione». (Sez. 1, n. 8084, del 30/01/2020, Prefettura Lecce, Rv. 278477).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

- Sez. 5, n. 34526 del 2/07/2018, Eurostrade s.r.l., Rv. 273645
- Sez. U, n. 46898 del 26/09/2019, Ricchiuto (Igeco Costruzioni s.p.a.), Rv. 277156
- Sez. 1, n. 8084, del 30/01/2020, Prefettura Lecce, Rv. 278477
- Sez. 5, n. 34856 del 06/11/2020, Biessemme s.r.l., Rv. 279982
- Sez. 6, n. 1590 del 14/10/2020, dep. 2021, Senesi s.p.a., Rv. 280341
- Sez. 5, n. 13388 del 17/12/2020, dep. 2021, Società Costruzioni s.r.l., Rv. 280851
- Sez. 2, n. 9122 del 28/01/2021, Gandolfi, Rv. 280906-01, 02
- Sez. 1, n. 17817 del 11/03/2021, D'Ercole Antonio s. a r.l., Rv. 281280
- Sez. 2, n. 22083 del 20/05/2021, Imprecoge s.r.l., Rv. 281450
- Sez. 6, n. 27702 del 4/06/2021, Over Security s.r.l.
- Sez. 6, n. 27704, del 9/06/2021, Soc. Coop. a r.l. Gli Angeli, Rv. 281822
- Sez. 6, n. 33583 del 15/06/2021, Brigida, Rv. 281932
- Sez. 6, n. 26754 del 17/06/2021, Maenza
- Sez. 5, n. 35048 del 18/06/2021, Guido
- Sez. 6, n. 29213, del 6/07/2021, Tenace
- Sez. 6, n. 30168 del 7/07/2021, Gruppo Samir Global Service s.r.l., Rv. 281834
- Sez. 5, n. 41030 del 12/07/2021, Fazio
- Sez. 5, n. 46799 del 14/09/2021, Coop. sociale onlus Serenità

CAPITOLO III

LA VALUTAZIONE DEL PERICULUM IN MORA AI FINI DELL'APPLICABILITÀ DEL SEQUESTRO PREVENTIVO FUNZIONALE ALLA CONFISCA

(DEBORA TRIPICCIÓN)

SOMMARIO: 1.Premessa. - 2. Il contrasto ermeneutico: la tesi della sufficienza della sola confiscabilità del bene. - 2.1 La tesi della necessità di una motivazione sul *periculum in mora* in caso di sequestro preventivo funzionale alla confisca facoltativa. - 3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite: la necessaria motivazione sul *periculum in mora* in caso di sequestro preventivo funzionale alla confisca ai sensi dell'art. 240 cod. pen. - 3.1 (Segue) L'eccezione: il sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni di cui all'art. 240, secondo comma, n. 2, cod. pen.

1. Premessa.

Nell'anno in rassegna le Sezioni Unite, con la sentenza n. 36959 del 24/06/2021, ric. Ellade, hanno affermato il seguente principio di diritto così massimato:

Il provvedimento di sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 2, cod. proc. pen., finalizzato alla confisca di cui all'art. 240 cod. pen., deve contenere la concisa motivazione anche del "periculum in mora", da rapportare alle ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo della confisca rispetto alla definizione del giudizio, salvo restando che, nelle ipotesi di sequestro delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato, la motivazione può riguardare la sola appartenenza del bene al novero di quelli confiscabili "ex lege". (Fattispecie relativa a sequestro preventivo finalizzato alla confisca del profitto del reato in ordine al quale la Corte ha chiarito che l'onere di motivazione può ritenersi assolto allorché il provvedimento si soffermi sulle ragioni per cui, nelle more del giudizio, il bene potrebbe essere modificato, disperso, deteriorato, utilizzato od alienato.) (Rv. 281848).

2. Il contrasto ermeneutico: la tesi della sufficienza della sola confiscabilità del bene.

La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite con ordinanza della Quinta sezione, n. 9335 del 2/3/2021, in considerazione del contrasto interpretativo insorto in merito alla sussistenza dell'obbligo di motivazione sul *periculum in mora* in caso di sequestro preventivo di beni finalizzato alla confisca facoltativa.

Invero, secondo un primo orientamento ermeneutico, il sequestro preventivo strumentale alla confisca, sia obbligatoria che facoltativa, previsto dall'art. 321, comma 2, cod. proc. pen. costituisce figura specifica ed autonoma rispetto al

sequestro preventivo c.d. “impeditivo”, previsto dal primo comma dello stesso articolo, per la cui adozione non occorre necessariamente la presenza dei presupposti di applicabilità previsti per il sequestro preventivo “tipico” (pericolo che la libera disponibilità della cosa possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato ovvero agevolare la commissione di altri reati), ma basta il presupposto della confiscabilità del bene. Ai fini della legittimità della misura cautelare reale, si ritiene, dunque, sufficiente che il giudice verifichi, oltre alla sussistenza del *fumus*, che il bene rientri nelle categorie delle cose oggettivamente suscettibili di confisca (Sez. 6, n. 3343 del 25/09/1992, Garofalo, Rv. 192862; Sez. 6, n.2994 del 23/6/1993, Cassanelli, Rv. 194824, Sez. 6, n. 4114 del 21/10/1994, dep. 1995, Giacalone, Rv. 200854; Sez. 3 n. 10710 del 28/1/2009, Girardi, Rv. 243106; Sez. 6, n. 20539 del 1/3/2018, Terzulli; Sez. 2, n. 2413 del 10/12/2020, dep. 2021, Zaccari). Detto orientamento ritiene, dunque, che la prognosi di pericolosità sia implicita nella stessa confiscabilità del bene, ovvero nella presenza dei presupposti legali che legittimano la misura ablativa: si afferma, infatti, che, in tal caso, la valutazione relativa alla pericolosità del bene è implicita nella inquadrabilità del bene nella categoria normativa delle cose suscettibili di confisca (ciò in base alla disciplina del tipo di confisca rilevante nella fattispecie concreta).

In particolare, nella sentenza “Giacalone” la Corte ha affermato che la suddetta esegesi della norma, evidenziata già dalla Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, ha ricevuto indiretta conferma anche dalla sentenza della Corte costituzionale n. 48 del 1994 che, nell’escludere l’incostituzionalità dell’art. 321 cod. proc. pen., nella parte in cui preclude ogni valutazione circa la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato per cui si procede, ha affermato che la funzione preventiva del sequestro in esame si proietta non sull’autore del fatto criminoso, ma su cose che, postulando un vincolo di pertinenzialità con il reato, vengono considerate come strumenti la cui libera disponibilità può costituire situazione di pericolo, così implicitamente recependo la valutazione di pericolosità connessa *ex lege* all’istituto della confisca di cui all’art. 240 cod. pen.

I medesimi principi affermati dall’orientamento appena esaminato sono stati ribaditi anche con riferimento al sequestro preventivo finalizzato: a) alla confisca per equivalente (Sez. 3, n. 47684 del 17/9/2014, Mannino, Rv. 261242, Sez. 2, n. 31229 del 26/6/2014, Borda, Rv. 260367, Sez. 3, n. 20887 del 15/4/2015, Aumenta, Rv. 263408, Sez. 2, n. 50744 del 24/10/2019, Farese, massimata per altro); b) alla confisca in tema di responsabilità da reato degli enti e persone giuridiche (Sez. 2, n. 9829 del 16/2/2006, Miritello, Rv. 233373; Sez. 2, n. 34293 del 10/07/2018, Sunflower s.r.l., Rv. 273516; Sez. 2, n. 51806 del 18/11/2014, Calamai, Rv. 261571; Sez. 2, n. 41435 del 16/09/2014, Ass. Integrazione

Immigrati, Rv. 260043); c) alla confisca urbanistica (Sez. 3, n. 38728 del 7/7/2004, Lazzara; Sez. 3, n. 38729 del 7/7/2004, Cascino; Sez. 3, n. 38730 del 7/7/2004, Vittorioso).

Quanto al sequestro preventivo finalizzato alla c.d. confisca allargata, Sez. 5, n. 20818 del 24/03/2009, Salvatore, Rv. 243942, seguendo il percorso ermeneutico tracciato dalle Sezioni Unite Montella (Sez. U., n. 920 del 17/12/2003) ha affermato che “le condizioni necessarie e sufficienti per disporre il sequestro preventivo di beni confiscabili a norma dell'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992 n. 306, convertito con modificazioni nella legge 7 agosto 1992 n. 356, consistono, quanto al *fumus commissi delicti*, nell'astratta configurabilità di una delle ipotesi criminose previste, senza che rilevino né la sussistenza degli indizi di colpevolezza, né la loro gravità e, quanto al *periculum in mora*, nella presenza di seri indizi di esistenza delle medesime condizioni che legittimano la confisca, sia per ciò che riguarda la sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito o alle attività economiche del soggetto, sia per ciò che attiene alla mancata giustificazione della provenienza lecita degli stessi beni.”

2.1. La tesi della necessità di una motivazione sul *periculum in mora* in caso di sequestro preventivo funzionale alla confisca facoltativa.

Altro orientamento, invece, senza sconfessare completamente il principio affermato in termini generalizzati dall'opposto indirizzo con riferimento a tutti i casi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, ha affermato che qualora la misura cautelare reale sia finalizzata alla confisca facoltativa è necessario che il giudice dia ragione del potere discrezionale di cui abbia ritenuto di avvalersi, anche attraverso il riferimento all'esigenza di non consentire che la cosa confiscabile sia modificata, dispersa, deteriorata, utilizzata o alienata (Sez. 6, n. 151 del 19/1/1994, Pompei, Rv. 198258; Sez. 6, n. 1022 del 17/3/1995, Franceschini, Rv. 201943; Sez. 2, n. 43325 del 24/11/2011, De Biase; Sez. 2, n. 25325 del 7/6/2016, Raso; Sez. 2, n. 25326 del 7/6/2016, Filippone; Sez. 2, n. 46389 del 21/9/2016, Mastrodomenico; Sez. 3, n. 47313 del 17/5/2017, Ruan; Sez. 5, n. 2308 del 10/11/2017, dep. 2018, Greci, Rv. 271999; Sez. 5, n. 6562 del 14/12/2018, Pignataro; Sez. 2, n. 29687 del 28/5/2019, Frontino, (massimata per altro); Sez. 3, n. 5530 del 19/11/2019, Guerra; Sez. 3, n. 9977 del 21/11/2019, Dichiarata e da Sez. 5, n. 25834 del 22/7/2020, Pensabene).

In particolare, Sez. 6, n. 151 del 19/1/1994, Pompei, Rv. 198258, ha posto l'accento sull'autonomia del sequestro preventivo finalizzato alla confisca rispetto alla figura del sequestro c.d. impeditivo, desumibile sia dalla Relazione al codice che dal dato letterale e, in particolare, dall'impiego nel secondo comma dell'art.

321 cod. proc. pen. dell'avverbio "altresì", nel suo significato additivo ("Il giudice può altresì disporre il sequestro delle cose di cui è consentita la confisca").

Un'ulteriore progressione ermeneutica si è, inoltre, registrata con la sentenza "Greci" (Sez. 5, n. 2308 del 10/11/2017, dep. 2018, Greci, Rv. 271999) in cui la Corte, sulla base dell'analisi delle pronunce ascrivibili al primo orientamento, ha escluso il carattere generale del principio relativo alla non necessità della prognosi di pericolosità connessa alla libera disponibilità dei beni, rilevando che lo stesso è stato affermato in relazione a fattispecie concernenti il sequestro funzionale alla confisca per equivalente, che ha natura sanzionatoria, ed alla confisca obbligatoria in caso di responsabilità amministrativa degli enti. Riprendendo i principi di diritto affermati da Sez. 6, n. 151 del 1994, "Pompei", e da Sez. 6, n. 1022 del 1995, "Franceschini", la Corte ha, pertanto, affermato che ai fini del sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa è, invece, necessario che il giudice motivi in merito al *periculum in mora* che giustifica l'apposizione del vincolo, dovendosi escludere qualunque automatismo che colleghi la pericolosità alla mera confiscabilità del bene oggetto del sequestro.

Infine, Sez. 5, n. 6562 del 14/12/2018, Pignataro, ha sottolineato che, proprio in considerazione della natura cautelare del sequestro preventivo finalizzato alla confisca facoltativa e del carattere eventuale della misura ablativa, il potere di disporre la misura cautelare deve essere esercitato in termini di ragionevolezza, senza automatismi, sottraendo il bene in via anticipata al suo titolare solo laddove vi sia un pericolo di sottrazione o dispersione. In tale arresto la Corte ha, inoltre, affermato che tale soluzione appare coerente con il rispetto dei principi di ragionevolezza e proporzionalità tra le esigenze pubblicistiche e quelle che presidiano gli interessi del singolo, «consentendo di vincolare il bene solo allorché ve ne sia un'effettiva necessità, evitando, così, di sottrarlo a chi ne ha la titolarità ed il diritto di goderne pur senza la certezza che tale bene sarà soggetto a confisca all'esito della definizione del procedimento» (si richiamano, al riguardo, le argomentazioni già espresse in tema di sequestro probatorio dalle Sezioni Unite "Botticelli", n. 36072 del 19/04/2018, sulla necessità di un'interpretazione della norma che tenga conto del requisito della proporzionalità della misura adottata rispetto all'esigenza perseguita).

3. La soluzione adottata dalle Sezioni Unite: la necessaria motivazione sul *periculum in mora* in caso di sequestro preventivo funzionale alla confisca ai sensi dell'art. 240 cod. pen.

Sebbene gli arresti sul tema controverso abbiano riguardato provvedimenti di sequestro preventivo finalizzato alle diverse ipotesi di confisca previste dal codice

penale e dalle leggi speciali, le Sezioni Unite hanno ritenuto di circoscrivere l'ambito della pronuncia al solo sequestro preventivo finalizzato alla confisca-misura di sicurezza di cui all'art. 240 cod. pen., in quanto oggetto dell'impugnazione cautelare nel caso concreto.

Ciò premesso, la soluzione adottata, superando la dogmatica tradizionale che contrappone le due ipotesi di confisca, obbligatoria e facoltativa, ha posto l'accento sulla necessità di una specifica motivazione, sia pure coerente con lo sviluppo del procedimento, in ordine al *periculum in mora* in caso di sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 240 cod. pen.

Ribadita la struttura autonoma del sequestro preventivo a fini di confisca rispetto al sequestro preventivo impeditivo – desunta sia dalla diversa collocazione topografica all'interno dell'art. 321 cod. proc. pen. che dalla diversa finalità perseguita dalle due misure cautelari - le Sezioni Unite hanno, tuttavia, escluso, in ciò discostandosi dal primo orientamento, che tale diversità possa accompagnarsi ad una minore intensità della motivazione relativa al sequestro a fini di confisca.

La conclusione cui perviene il Supremo Consesso poggia su tre ordini di ragioni: la natura discrezionale della misura, il suo carattere anticipatorio, una lettura della norma coerente con il principio costituzionale e convenzionale della presunzione di non colpevolezza e rispettosa del principio di proporzionalità.

Si afferma, infatti, che, sebbene solo per il sequestro preventivo c.d. impeditivo sia espressamente richiesta dal primo comma dell'art. 321 cod. proc. pen. l'adozione di un decreto motivato, la necessità di un adeguato apparato giustificativo anche in caso di sequestro preventivo funzionale alla confisca può, comunque, desumersi dal carattere discrezionale della misura, quale emerge, anche letteralmente, dall'impiego del verbo modale “può”, nonché dal raffronto con la diversa espressione adottata dal legislatore al comma 2-bis (“il giudice dispone il sequestro dei beni di cui è consentita la confisca”) con riferimento alla misura cautelare reale adottabile nei procedimenti relativi a delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

A ciò si aggiunge il dato di carattere sistematico della natura anticipatoria della misura cautelare reale rispetto alla decisione finale del processo. Poiché, infatti, con il provvedimento di sequestro preventivo a fini di confisca si determina una anticipata limitazione dei diritti dell'imputato (diritto di proprietà o libertà di iniziativa economica), di regola condizionata all'accertamento del fatto ed all'affermazione della sua responsabilità, è, dunque, necessario che la misura sia disposta solo all'esito di un giudizio «quanto meno di tipo prognostico» che investa il duplice profilo del *fumus* del reato e della necessità di un'anticipazione degli effetti ablatori.

Quanto a tale ultimo aspetto, le Sezioni Unite hanno ritenuto che circoscriverne il perimetro alla sola confiscabilità del bene, come sostenuto dal primo orientamento, comporta una sorta di sostanziale annullamento di ogni differenza tra la misura cautelare e quella ablatoria finale, richiedendosi nel primo caso una motivazione identica a quella richiesta ai fini della misura finale.

Il Supremo Consesso ha, inoltre, posto in rilievo le criticità delle argomentazioni di carattere letterale poste a fondamento del primo orientamento. In particolare, si è escluso che la soluzione ermeneutica da questo adottata possa trovare fondamento nella generica indicazione della finalità della misura cautelare reale contenuta nel secondo comma o nell'impiego da parte del legislatore dell'avverbio "altresi", dovendosi questo intendere quale sinonimo dell'avverbio "inoltre", con riferimento alla ulteriore possibilità di disporre la misura cautelare non solo a fini impeditivi, ma anche di confisca.

Ad avviso delle Sezioni Unite, infine, solo un'esegesi estensiva dell'onere motivazionale del provvedimento di sequestro preventivo a fini di confisca può, da un lato, evitare le possibili frizioni, evidenziate da parte della dottrina, dell'opposta soluzione ermeneutica con il principio della presunzione di non colpevolezza (art. 27 Cost.; art. 6, par. 2, Conv. EDU) e, dall'altro, assicurare il rispetto del principio di proporzionalità, costantemente richiamato dalla giurisprudenza della Corte EDU e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella valutazione delle ingerenze rispetto al diritto di proprietà. E' stato, pertanto, affermato che una soluzione ermeneutica che vincoli il sequestro preventivo funzionale alla confisca ad una motivazione sul *periculum in mora* risulta coerente «con i criteri di proporzionalità, adeguatezza e gradualità della misura cautelare, evitando un'indebita compressione di diritti costituzionalmente e convenzionalmente garantiti, quali il diritto di proprietà o la libertà di iniziativa economica, e la trasformazione della misura cautelare in uno strumento, in parte o in tutto, inutilmente vessatorio».

Con riferimento al criterio su cui calibrare il richiesto onere motivazionale, le Sezioni Unite, hanno affermato che il *periculum in mora* deve essere rapportato, non tanto alle diverse tipologie di confisca o alle specifiche finalità normativamente rilevanti ai fini del sequestro impeditivo, ma alla natura anticipatoria della misura cautelare reale rispetto alla fisiologica definizione del processo con la misura ablatoria. Pertanto, ogni qualvolta la misura ablatoria sia dalla legge condizionata alla sentenza di condanna o di applicazione della pena, il provvedimento di sequestro dovrà spiegare – in termini che, naturalmente, potranno essere modulati sulle caratteristiche del bene da sottrarre - le ragioni per le quali si ritiene di anticipare gli effetti della confisca.

Nel caso concreto, relativo a sequestro preventivo funzionale alla confisca del profitto del reato, le Sezioni Unite hanno, inoltre, ritenuto corretto l'indirizzo che, con riferimento alla motivazione sul *periculum in mora*, afferma la necessità che il provvedimento si soffermi sulle ragioni per le quali il bene potrebbe, nelle more del giudizio, essere modificato, disperso, deteriorato, utilizzato od alienato.

Discostandosi, dunque, da quanto sostenuto anche dal secondo orientamento ermeneutico che limitava l'obbligo motivazionale sul *periculum in mora* alla sola ipotesi di sequestro preventivo funzionale alla confisca facoltativa, le Sezioni Unite hanno escluso la possibilità di giungere a soluzioni differenziate con riferimento alle diverse tipologie di confisca riconducibili all'art. 240 cod. pen. (obbligatoria o facoltativa), considerando che tale distinzione oggi pare riposare più su scelte normative che qualificano la misura in un senso o nell'altro non in base a differenti caratteristiche dei beni, strutturali o funzionali (spesso coincidenti), bensì in ragione della diversa tipologia di reato e dell'esigenza di assicurare una risposta sanzionatoria di sicura dissuasività ed afflittività. A scopo esemplificativo si richiama il raffronto tra l'art. 240, comma primo, cod. pen. – in base al quale il profitto del reato costituisce oggetto di confisca “facoltativa” – e l'art. 322-ter cod. pen. che, per il caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. da 314 a 320 cod. pen., prevede, invece, che il profitto di tali reati sia oggetto di confisca obbligatoria.

Peraltro, proseguono ancora le Sezioni Unite, proprio con riferimento alle ipotesi di confisca obbligatoria, appare ancora più evidente la possibile frizione con la presunzione di non colpevolezza della soluzione ermeneutica, comune ai due orientamenti, che esime dall'onere di motivazione sul *periculum in mora*, posto che, in tal caso, si consentirebbe al giudice di anticipare gli effetti della confisca, per legge prevista solo in relazione ad una pronuncia di condanna o di applicazione della pena, esentandolo dall'onere di spiegare perché, ancor prima che tali condizioni si realizzino, il bene debba essere sequestrato.

Ad ogni buon conto, si osserva, infine, che anche a voler mantenere la caratterizzazione normativa della confisca come obbligatoria o facoltativa, ciò non varrebbe a rendere obbligatorio anche il sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 2 cod. proc. pen., il cui carattere facoltativo emerge chiaramente dall'impiego del verbo modale “può”.

3.1. (Segue) L'eccezione: il sequestro preventivo funzionale alla confisca dei beni di cui all'art. 240, secondo comma, n. 2, cod. pen.

Coerentemente con il parametro della “esigenza anticipatoria” della confisca, le Sezioni Unite hanno, invece, escluso che il medesimo onere di motivazione sul *periculum in mora* sia richiesto con riguardo al sequestro preventivo funzionale alla confisca di cose “la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione costituisca reato” (art. 240, secondo comma, n. 2, cod. pen.). In tal caso, infatti, proprio in ragione della intrinseca pericolosità di tali beni, il presupposto della confisca non è rappresentato dalla sentenza di condanna o di applicazione della pena, cosicché, ai fini del sequestro, «l'esigenza anticipatoria verrà a ridursi alla sola attestazione della ricomprensione dell'oggetto tra quelli, appunto, di natura illecita, giacché già solo tale requisito finisce, con ogni evidenza, per esaurire la dimensione cautelare connessa alla misura finale.».

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite costituisce un'ulteriore progressione del percorso ermeneutico tracciato dal Supremo Consesso con le sentenze “Innocenti” e “Botticelli” (Sez. U, n. 12878 del 29/1/2003, Innocenti, Rv. 223723 e Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, Botticelli, Rv. 273548) che, sia pure con riferimento alle fattispecie del sequestro preventivo “impeditivo” e del sequestro probatorio, hanno posto l'accento sulla necessità di completezza della motivazione, non limitata al solo presupposto del *fumus*, ma estesa, in un caso, anche al *periculum* e, nell'altro, all'esigenza probatoria perseguita con l'apposizione del vincolo.

In particolare, le Sezioni Unite “Botticelli”, ripudiando una soluzione ermeneutica fondata sulla presunzione di rilevanza probatoria del corpo del reato, hanno affermato la necessità che il decreto di sequestro probatorio, così come il decreto di convalida, del corpo del reato contenga una motivazione che, per quanto concisa, dia conto specificatamente della finalità perseguita per l'accertamento dei fatti e, dunque, della necessità di apporre un vincolo di indisponibilità sul bene.

Inoltre, la diversa sistemazione dogmatica delle ipotesi di confisca-misura di sicurezza rappresenta un logico sviluppo del ragionamento seguito dalle Sezioni Unite con la sentenza “Bellucci” (Sez. U, n. 40847 del 30/5/2019, Bellucci, Rv. 276690). In tale arresto il Supremo Consesso, prendendo atto della problematica riconducibilità ad una *ratio* comune di tutte le ipotesi di confisca obbligatoria previste dall'art. 240, comma secondo, cod. pen. e della eterogeneità delle ulteriori ipotesi di confisca previste dal codice penale e dalle leggi speciali, ha circoscritto l'ambito di operatività del divieto di restituzione previsto dall'art. 324, comma 7, cod. proc. pen. alle sole cose soggette a confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 240,

secondo comma, cod. pen., sottolineando che solo per i beni intrinsecamente pericolosi e, nei limiti indicati dalle Sezioni Unite “Lucci” (Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264434) per il prezzo del reato, la confisca prescinde dalla sentenza di condanna.

Con la sentenza in commento, tuttavia, le Sezioni Unite hanno operato un'ulteriore selezione nell'ambito della categoria dei beni oggetto di confisca obbligatoria ai sensi dell'art. 240, comma secondo, cod. pen., limitando ai soli beni ritenuti *ex lege* oggettivamente pericolosi (ovvero le cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato) l'esenzione dall'onere di motivazione sul *periculum in mora*.

Proprio in considerazione del carattere anticipatorio della misura cautelare reale e della stretta correlazione tra la misura ablatoria finale e la sentenza di condanna, la Corte ha, pertanto, affermato che il sequestro preventivo funzionale alla confisca del prezzo del reato non può sottrarsi a tale onere motivazionale, atteso che, pur potendosene disporre la confisca diretta anche nel caso in cui il processo venga definito con una declaratoria di estinzione del reato, è, comunque, sempre necessaria una precedente pronuncia di condanna, come già affermato dai precedenti arresti delle Sezioni Unite (si richiamano Sez. U., n. 5 del 25/3/1993, Carlea, Rv. 193119, Sez. U., n. 38334 del 10/7/2008, De Maio, Rv. 240565 e Sez. U., n. 31367 del 26/6/2015, Lucci, Rv. 264434).

Concludendo idealmente il percorso logico sviluppato dalle Sezioni Unite “Bellucci”, il Supremo Consesso ha, pertanto, affermato che al sequestro preventivo di cui all'art. 321, comma 2, cod. proc. pen. avente ad oggetto cose intrinsecamente pericolose, la cui confisca prescinde da una pronuncia di condanna o di applicazione della pena, in relazione al quale è sufficiente una motivazione che dia conto della sola natura del bene, corrisponde, sul versante della valutazione operata in sede di riesame, il divieto di restituzione del bene anche in ipotesi di annullamento della misura reale. Viceversa, laddove si tratti di bene che non possiedono tale natura, alla necessità di un'adeguata motivazione del *periculum in mora*, sul versante del provvedimento impositivo della misura cautelare reale, corrisponde, la riespansione, in sede di riesame, degli effetti restitutori conseguenti all'annullamento della misura reale.

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di Cassazione

- Sez. 6, n. 3343 del 25/09/1992, Garofalo, Rv. 192862
Sez. U., n. 5 del 25/3/1993, Carlea, Rv. 193119
Sez. 6, n.2994 del 23/6/1993, Cassanelli, Rv. 194824
Sez. 6, n. 151 del 19/1/1994, Pompei, Rv. 198258
Sez. 6, n. 4114 del 21/10/1994, dep. 1995, Giacalone, Rv. 200854
Sez. 6, n. 1022 del 17/3/1995, Franceschini, Rv. 201943
Sez. U., n. 12878 del 29/1/2003, Innocenti, Rv. 223723
Sez. U., n. 920 del 17/12/2003, Montella, Rv. 226490, 226491, 226492
Sez. 3, n. 38730 del 7/7/2004, Vittorioso
Sez. 3, n. 38729 del 7/7/2004, Cascino
Sez. 3, n. 38728 del 7/7/2004, Lazzara
Sez. 2, n. 9829 del 16/2/2006, Miritello, Rv. 233373
Sez. U., n. 38334 del 10/7/2008, De Maio, Rv. 240565
Sez. 3 n. 10710 del 28/1/2009, Girardi, Rv. 243106
Sez. 5, n. 20818 del 24/03/2009, Salvatore, Rv. 243942,
Sez. 2, n. 43325 del 24/11/2011, De Biase
Sez. 2, n. 31229 del 26/6/2014, Borda, Rv. 260367
Sez. 2, n. 46389 del 21/9/2016, Mastrodomenico
Sez. 3, n. 47313 del 17/5/2017, Ruan
Sez. 5, n. 2308 del 10/11/2017, dep. 2018, Greci, Rv. 271999
Sez. 6, n. 20539 del 1/3/2018, Terzulli
Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, Botticelli, Rv. 273548
Sez. 2, n. 34293 del 10/07/2018, Sunflower s.r.l., Rv. 273516
Sez. 2, n. 46389 del 21/9/2016, Mastrodomenico
Sez. 3, n. 47313 del 17/5/2017, Ruan
Sez. 5, n. 2308 del 10/11/2017, dep. 2018, Greci, Rv. 271999
Sez. 6, n. 20539 del 1/3/2018, Terzulli
Sez. U, n. 36072 del 19/04/2018, Botticelli, Rv. 273548
Sez. 2, n. 34293 del 10/07/2018, Sunflower s.r.l., Rv. 273516
Sez. 5, n. 6562 del 14/12/2018, Pignataro
Sez. 2, n. 29687 del 28/5/2019, Frontino
Sez. U., n. 40847 del 30/5/2019, Bellucci, Rv. 276690
Sez. 2, n. 50744 del 24/10/2019, Farese
Sez. 3, n. 5530 del 19/11/2019, Guerra
Sez. 3, n. 9977 del 21/11/2019, Dichiarà
Sez. 5, n. 25834 del 22/7/2020, Pensabene

CAPITOLO III - LA VALUTAZIONE DEL PERICULUM IN MORA AI FINI
DELL'APPLICABILITÀ DEL SEQUESTRO PREVENTIVO
FUNZIONALE ALLA CONFISCA

Sez. 2, n. 2413 del 10/12/2020, dep. 2021, Zaccari

Sez. U., n. 36959 del 24/06/2021, Ellade, Rv. 281848

CAPITOLO IV

LA CONFISCA DEL DENARO

(PAOLO DI GERONIMO)

SOMMARIO: 1. La fattispecie esaminata e le ragioni del contrasto. - 2. Le pronunce che si sono poste in senso critico rispetto a Sez.U. “Lucci”. - 3. Le premesse di fondo della decisione. - 4. L’ulteriore sviluppo argomentativo: la peculiare natura del denaro. - 5. L’irrilevanza della prova della provenienza lecita del denaro. - 6. Il superamento dei dubbi di costituzionalità e legalità convenzionale. - 7. Profitto del reato, accrescimento patrimoniale e reati tributari.

1. La fattispecie esaminata e le ragioni del contrasto.

La tematica della confisca del denaro ha dato luogo a plurime pronunce delle Sezioni Unite a seguito delle quali, tuttavia, permaneva un contrasto in ordine alla rilevanza o meno della dimostrata provenienza lecita del denaro oggetto di ablazione.

Il massimo organo nomofilattico è stato sollecitato al fine di ottenere un intervento chiarificatore, sulla questione *«se il sequestro delle somme di denaro giacenti su conto corrente bancario debba sempre qualificarsi come finalizzato alla confisca diretta del prezzo o del profitto derivante dal reato anche nel caso in cui la parte interessata fornisca la “prova” della derivazione del denaro da titolo lecito»*.

Nel ricorso, che ha dato luogo alla rimessione alle Sezioni Unite, veniva disposto il sequestro ai fini di confisca dell’intero importo giacente su un conto corrente intestato all’indagato, sul presupposto che si trattasse del prezzo o del profitto del reato di traffico di influenze illecite.

Il Tribunale del riesame riduceva l’importo del sequestro, disponendo la parziale restituzione delle somme che, essendo state versate sui conti correnti bancari successivamente alla commissione del reato, non avrebbe potuto considerarsi prezzo o profitto del reato, perché non derivanti da questo.

Nonostante la parziale riduzione dell’importo sequestrato, proponeva ricorso l’indagato con riguardo alle somme sulle quali il vincolo era stato confermato, deducendo che erroneamente la confisca era stata qualificata come diretta, in quanto parte delle somme presenti sul conto corrente erano state depositate antecedentemente rispetto alla commissione del reato ed avevano una sicura provenienza lecita.

La Sesta Sezione disponeva la rimessione alle Sezioni Unite della questione concernente i limiti entro i quali è possibile procedere alla confisca diretta del denaro, con specifico riferimento al possibile rilievo che assume la prova della provenienza lecita dello stesso.

La sezione rimettente, dopo aver passato in rassegna la ricostruzione della confisca del denaro per come risultante dalle sentenze delle Sezioni Unite “Gubert” e “Lucci”, secondo le quali la confisca del denaro andrebbe qualificata sempre come diretta e non per equivalente, sottolineava come il principio, pur condivisibile nei casi in cui non vi fossero elementi per distinguere la certa provenienza lecita di determinati cespiti patrimoniali in denaro, doveva essere rimodulato per quei casi in cui l’interessato è in grado di giustificare la natura lecita del denaro depositato su conti corrente.

In buona sostanza, la Sesta sezione sollecitava un intervento chiarificatore delle Sezioni Unite circa la possibilità che, ai fini del sequestro e della confisca diretta, la fungibilità del bene esenti “sempre” dalla prova che il denaro sia “legato” al prezzo o profitto del reato, ovvero configuri solo una presunzione superabile.

2. Le pronunce che si sono poste in senso critico rispetto a Sez.U. “Lucci”.

All’indomani della sentenza “Lucci”, il principio in esso affermato è stato oggetto di interpretazioni volte a calibrarne gli effetti, anche con riferimento ad ambiti settoriali, quale quello dei reati tributari, rispetto ai quali con maggior evidenza si poneva sia il problema di stabilire se ed in che misura il denaro giacente sui conti corrente potesse rappresentare il profitto del reato, inteso quale accrescimento direttamente derivante dall’illecito, sia l’incidenza che rispetto al nesso pertinenziale può assumere la prova della certa provenienza lecita del denaro.

L’orientamento critico verso la sentenza “Lucci” è emerso in plurime sentenze, favorevoli a ritenere preferibile la tesi secondo cui la natura fungibile del denaro non consentirebbe la confisca diretta di qualsivoglia somma depositata sul conto corrente bancario del reo, ove si abbia la prova che la stessa non possa in alcun modo, neppure indiretto, considerarsi derivante dal reato (e, pertanto, suo profitto), perché certamente depositata successivamente al momento del perfezionamento del reato (in questo senso Sez. 3, n. 8995 del 30/10/2017, P.M. in proc. Barletta, Rv. 272353; in senso sostanzialmente conforme anche Sez. 6, n. 15923 del 26/03/2015, P.M. in proc. Antonelli e altro, Rv. 263124).

Pur senza porsi in insanabile contrasto con la pronuncia delle Sezioni Unite, la sentenza “Barletta”, in un caso in cui il sequestro finalizzato alla confisca ricadeva su somme versate sicuramente in epoca successiva rispetto al “risparmio di spesa” conseguente al reato tributario, riteneva che «ove si abbia invece la prova che tali somme non possano proprio in alcun modo derivare dal reato (come appunto nel caso in cui le stesse, come nella specie, siano corrispondenti a rimesse

effettuate da terzi successivamente alla scadenza del termine per il versamento delle ritenute in esecuzione del concordato preventivo), di talché le stesse neppure possono, evidentemente, rappresentare il risultato della mancata decurtazione del patrimonio quale conseguenza del mancato versamento delle imposte (ovvero, in altri termini del "risparmio di imposta" nel quale la giurisprudenza ha costantemente identificato il profitto dei reati tributari), le stesse non sono sottoponibili a sequestro difettando in esse la caratteristica di profitto, pur sempre necessaria per potere procedere, in base alle definizioni e ai principi di carattere generale, ad un sequestro, come quello di specie, in via diretta».

Considerazioni nella sostanza analoghe erano state sviluppate anche in altre pronunce, tra le quali Sez.6, n.6816 del 29/1/2019, Sena, Rv.275048, secondo cui «in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, è illegittima l'apprensione diretta delle somme di denaro entrate nel patrimonio del reo in base ad un titolo lecito, ovvero in relazione ad un credito sorto dopo la commissione del reato, che non risultino allo stesso collegate, neppure indirettamente».

La Sesta Sezione ha affrontato la questione confermando, in linea generale, di aderire al principio secondo cui è legittimo il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca diretta di una somma di denaro, disposto fino alla concorrenza dell'importo integrante il profitto del reato, da rinvenirsi sui conti correnti bancari nella disponibilità anche indiretta dell'indagato. Il principio di fungibilità del denaro, infatti, implica che, una volta entrato nel patrimonio del destinatario della misura ablatoria, non avrebbe più rilievo la possibilità o meno di distinguere la provenienza dello stesso.

Ben diversa è, tuttavia, la questione se occorra o meno distinguere tra le somme già esistenti, al momento della esecuzione della misura, nei conti e nei depositi nella disponibilità dell'indagato e le ulteriori somme che sono entrate nel patrimonio del destinatario del sequestro in epoca posteriore a quella data.

Sottolinea la Corte come, ammettendo la possibilità di disporre la confisca diretta del denaro confluito sui conti correnti dell'indagato successivamente al sequestro, si giungerebbe all'effetto di estendere il vincolo anche a beni di provenienza lecita.

Si è affermata, pertanto, la necessità di apportare un correttivo alle conseguenze della fungibilità del denaro e della incidenza di tale aspetto sulla confisca del profitto del reato.

In motivazione, la sentenza "Sena" ritiene maggiormente corretto dare «una diversa esegesi applicativa del principio di diritto enucleabile da quella sentenza delle Sezioni Unite: sentenza dalla cui lettura pare comprendersi che, nell'ipotesi in cui il profitto del reato sia consistito in una somma di denaro, la confisca diretta possa legittimamente avere ad oggetto un importo di pari entità comunque

presente nei conti bancari o nei depositi nella disponibilità dell'autore del reato, purché si tratti di denaro già confluito nei conti o nei depositi al momento della commissione del reato ovvero al momento del suo accertamento: solo in tali ipotesi è possibile ragionevolmente sostenere che il denaro è sequestrabile e poi confiscabile in via diretta come profitto accrescitivo, dunque indipendentemente da ogni verifica in ordine al rapporto di concreta pertinenzialità con il reato, perché tale relazione è considerata in via fittizia sussistente proprio per effetto della confusione del profitto concretamente conseguito con tutte le altre disponibilità economiche del reo. Diversamente argomentando, cioè ammettendo che il vincolo reale possa estendersi anche su importi di denaro indistintamente accreditati sui conti o nei depositi dell'autore del reato, sulla base di crediti lecitamente maturati in epoca successiva al momento della commissione del reato - momento che giuridicamente finirebbe per recidere ogni rapporto di pertinenzialità con il reato - si finirebbe obiettivamente per trasformare una confisca diretta in una confisca per equivalente: in quanto avente ad oggetto somme di denaro sì oggetto di movimentazione sui conti o sui depositi nella disponibilità dell'autore del reato, ma che solo con una inaccettabile forzatura possono essere qualificate come profitto accrescitivo, perché del tutto sganciate, dal punto di vista logico e cronologico, dal profitto dell'illecito. D'altro canto, se la finalità della confisca diretta è quella di evitare che chi ha commesso un reato possa beneficiare del profitto che ne è conseguito, bisogna ammettere che tale funzione è assente laddove l'ablazione colpisca somme di denaro entrate nel patrimonio del reo certamente in base ad un titolo lecito ovvero in relazione ad un credito sorto dopo la commissione del reato, e non risulti in alcun modo provato che tali somme siano collegabili, anche indirettamente, all'illecito commesso».

3. Le premesse di fondo della decisione.

Al quesito di diritto, le Sezioni Unite hanno risposto affermando il principio così massimato «La confisca del denaro costituente profitto o prezzo del reato, comunque rinvenuto nel patrimonio dell'autore della condotta, e che rappresenti l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario conseguito, va sempre qualificata come diretta, e non per equivalente, in considerazione della natura fungibile del bene, con la conseguenza che non è ostativa alla sua adozione l'allegazione o la prova dell'origine lecita della specifica somma di denaro oggetto di apprensione» (**Sez.U, n. 42415 del 27/5/2021, C., Rv. 282037**).

Le Sezioni Unite, nel confutare gli approdi della giurisprudenza sopra richiamata, hanno in richiamato i principi stratificatisi a seguito delle plurime

pronunce delle Sezioni Unite intervenute in tema di confisca del profitto del denaro.

In tale attività di ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale, è stata in primo luogo richiamata Sez. U, n. 29951 del 24/05/2004, Focarelli, Rv. 228166, con la quale era stato ritenuto ammissibile il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di somme di denaro che costituiscono profitto di reato sia nel caso in cui la somma si identifichi proprio in quella che è stata acquisita attraverso l'attività criminosa, sia quando sussistono indizi per i quali il denaro di provenienza illecita risulti depositato in banca ovvero investito in titoli, trattandosi di assicurare ciò che proviene dal reato e che si è cercato di occultare. In virtù del principio di fungibilità del denaro, pertanto, il sequestro non deve necessariamente colpire le medesime specie monetarie illegalmente percepite, ben potendosi apprendere la somma corrispondente al loro valore nominale, ovunque sia stata rinvenuta, purché sia attribuibile all'indagato.

La sentenza "Focarelli", tuttavia, ribadiva che il sequestro finalizzato alla confisca, pur potendo ricadere non sulla somma costituente il profitto, richiedeva comunque la sussistenza del rapporto pertinenziale, quale relazione diretta, attuale e strumentale, tra il danaro sequestrato ed il reato del quale costituisce il profitto illecito.

Sempre nell'ottica di valorizzare la pertinenzialità con il reato e l'esistenza di un riconoscibile nesso di derivazione, Sez. U, n. 10280 del 25/10/2007, dep. 2008, Miragliotta, Rv. 238700, avevano ritenuto che costituisce profitto del reato anche il bene immobile acquistato con somme di denaro illecitamente conseguite, quando l'impiego del denaro sia causalmente collegabile al reato e sia soggettivamente attribuibile all'autore di quest'ultimo.

Ma le sentenze che, evidentemente, maggiormente hanno condizionato la soluzione prescelta dalle Sezioni Unite, sono le pronunce "Gubert" e "Lucci", quest'ultima ampiamente richiamata nei passaggi principali nei quali si dà conto delle ragioni per cui la confisca del denaro è sempre da considerarsi diretta e mai per equivalente.

In particolare, è stato evidenziato il passaggio motivazionale in cui la sentenza "Lucci" afferma che «ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa, non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, ma perde per il fatto stesso di essere ormai divenuta una appartenenza del reo – qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica. Non avrebbe, infatti, alcuna ragion d'essere – né sul piano economico né su quello giuridico – la necessità di accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita: ciò che rileva è che le disponibilità monetarie del

percipiente si siano accresciute di quella somma, legittimando, dunque, la confisca in forma diretta del relativo importo, ovunque o presso chiunque custodito nell'interesse del reo. Soltanto, quindi, nella ipotesi in cui sia impossibile la confisca di denaro sorge la eventualità di far luogo ad una confisca per equivalente degli altri beni di cui disponga l'imputato e per un valore corrispondente a quello del prezzo o profitto del reato, giacché, in tal caso, si avrebbe quella necessaria novazione oggettiva che costituisce il naturale presupposto per poter procedere alla confisca di valore (l'oggetto della confisca diretta non può essere appreso e si legittima, così, l'ablazione di altro bene di pari valore). Né è a dirsi, come parte della giurisprudenza mostra di ritenere, che la confisca del denaro costituente prezzo o profitto del reato, in assenza di elementi che dimostrino che proprio quella somma è stata versata su quel conto corrente, determinerebbe una sostanziale coincidenza della confisca diretta con quella di valore, dal momento che è la prova della percezione illegittima della somma che conta, e non la sua materiale destinazione: con la conseguenza che, agli effetti della confisca, è l'esistenza del numerarlo comunque accresciuto di consistenza a rappresentare l'oggetto da confiscare, senza che assumano rilevanza alcuna gli eventuali movimenti che possa aver subito quel determinato conto bancario».

4. L'ulteriore sviluppo argomentativo: la peculiare natura del denaro.

Prendendo le mosse dai principi desunti dalle precedenti sentenze delle Sezioni Unite, la pronuncia in commento ha dato atto dell'esistenza di un diverso orientamento, richiamando in particolare alcune recenti decisioni della Quinta e Sesta sezione, nonché la prevalente soluzione dottrinale secondo cui la soluzione recepita dalla sentenza "Lucci", facendo leva sul principio nominalistico, avrebbe comportato il superamento della necessaria riferibilità al reato del denaro oggetto di confisca, sostanzialmente trasformato tale misura in una forma di confisca per equivalente.

Le Sezioni Unite non hanno ritenuto di recepire le sollecitazioni, provenienti da parte della giurisprudenza e dalla dottrina, volta a rimodulare la confisca di denaro, valorizzando la necessità del nesso di pertinenzialità dell'accrescimento con il reato.

A tale conclusione si è giunti prendendo le mosse dalla peculiarità del denaro, rispetto al quale «è indifferente l'identità fisica del numerarlo oggetto di ablazione rispetto a quello illecitamente conseguito», precisando che ciò non fa venir meno l'esigenza di individuare il nesso eziologico di diretta provenienza del profitto dal reato, bensì consente una diversa modulazione in ragione della naturale fungibilità del denaro.

In particolare, è stato messo in evidenza come il denaro è bene “ontologicamente” diverso da qualunque altra utilità, tant’è che sovente nelle previsioni normative, proprio in tema di confisca, si fa separatamente riferimento al “denaro o altra utilità”.

La particolare natura del denaro si riflette anche sulla confisca, dovendosi ritenere che nel caso in cui il profitto o il prezzo del reato sia consistito in denaro, è «irrilevante che il numerarlo conseguito dall'autore - perciò stesso confuso nel suo patrimonio, al pari, del resto, di eventuali altre acquisizioni monetarie lecite - sia materialmente corrispondente a quello sottoposto a confisca. La somma di denaro che ha costituito il prezzo o il profitto del reato non va dunque considerata, ai fini che ci occupano, nella sua fisica consistenza, ma nella sua ontologica essenza di bene fungibile e paradigma di valore. Se il prezzo o il profitto del reato è rappresentato da una somma di denaro, essa si confonde con le altre componenti del patrimonio del reo e perde perciò stesso ogni giuridico rilievo la sua identificabilità fisica.

Da un lato, quindi, non occorrerà ricercare lo stesso numerario - le medesime banconote - conseguito dall'autore come diretta derivazione del reato da lui commesso, e, dall'altro, nessuna rilevanza sarà attribuibile all'eventuale esistenza di altri attivi monetari in ipotesi confluiti nel patrimonio del reo, foss’anche a seguito di versamenti di denaro aventi origine lecita nel suo conto corrente bancario».

Prosegue la sentenza precisando come la confisca non miri all'apprensione delle banconote che hanno costituito il profitto o il prezzo, bensì della corrispondente utilità che sia rinvenibile nel patrimonio dell'autore dell'illecito.

In quest’ottica, si afferma che «l’occultamento o il consumo eventuali del *pretium delicti*, ovvero la sua sostituzione con altro numerario - anche di origine lecita - avrebbero ad oggetto un valore monetario già confluito nel patrimonio del reo e divenuto perciò, al pari degli altri dello stesso tipo ivi rinvenuti, una sua indistinguibile componente liquida, tutt'ora esistente al momento della confisca. Mentre l'eventuale trasformazione di quella componente monetaria rileverebbe solo in quanto essa abbia comportato, al momento della cautela reale o dell'ablazione, il venir meno nel patrimonio del reo di qualsivoglia attivo dello stesso genere. Solo in questa ipotesi, che Sez. U, Lucci ha definito "novazione oggettiva", cioè quando non sia più rinvenuto l'accrescimento monetario derivante dal reato perché la persona non dispone più di denaro, opererà, nei casi normativamente previsti, lo strumento surrogatorio della confisca per equivalente, attuabile sui beni di diversa natura di cui disponga l'autore del reato».

La peculiarità del denaro, pertanto, è tale da consentire di affermare che il nesso di pertinenzialità col reato non può essere inteso come fisica identità della

somma confiscata rispetto al provento del reato, ma consiste nella effettiva derivazione dal reato dell'accrescimento patrimoniale monetario conseguito dal reo, a condizione che tale accrescimento sia ancora rinvenibile, nella stessa forma monetaria, nel suo patrimonio al momento del sequestro o della confisca.

In definitiva, secondo le Sezioni Unite il rapporto di pertinenzialità va individuato tra il reato e l'incremento monetario che ne è conseguito, dal che ne consegue che la materiale composizione della disponibilità in denaro diviene irrilevante, posto che oggetto della confisca sarà pur sempre una somma di valore pari a quella ottenuta dalla commissione del reato.

5. L'irrilevanza della prova della provenienza lecita del denaro.

Una volta chiarita l'incidenza che ha la natura di bene fungibile per eccellenza del denaro, rispetto all'individuazione del nesso di pertinenzialità, le Sezioni Unite si sono poste il problema – sul quale si incentrava la diversa soluzione prospettata nell'ordinanza di remissione – concernente la rilevanza della prova della provenienza lecita del denaro, eventualmente fornita dall'interessato.

La decisione su tale aspetto è chiaramente condizionata dall'assunto di partenza secondo cui la fungibilità del denaro esclude qualsivoglia rilevanza della “composizione” del patrimonio in denaro del destinatario della confisca.

Ritiene la Corte che se si ammettesse che la confisca diretta del denaro costituente il prezzo o il profitto del reato si debba arrestare di fronte alla prova dell'origine lecita del denaro oggetto di apprensione «si determinerebbero effetti non desiderabili in punto di coerenza di sistema e di funzionalità della misura ablativa».

Si afferma che nella confisca diretta del denaro ciò che costituisce l'oggetto della prova è «il rigoroso accertamento del nesso eziologico di derivazione dal reato dell'accrescimento patrimoniale monetario», mentre, a seguire la tesi sostenuta nell'ordinanza di remissione, si finirebbe per determinare una commistione dell'istituto in esame con la diversa confisca “per sproporzione”, richiedendo all'interessato la dimostrazione della provenienza lecita del denaro.

Da ciò ne conseguirebbe che ricade «a carico del pubblico ministero - in tutti i casi in cui il reo ha visto provato l'effettivo conseguimento da parte sua del denaro costituente prezzo del reato, ma ha avuto cura di occultare lo specifico numerarlo o di rendere non tracciabile la sua circolazione - l'ulteriore e alternativo onere di rinvenire proprio quel denaro, ovvero di dimostrarne le vicende che hanno condotto alla sua sostituzione o trasformazione in beni della stessa o diversa natura. Tutto ciò in spregio del fatto che la *commixtio nummorum* col patrimonio del reo, e la conseguente perdita di autonoma identificabilità degli

attivi monetari che vi sono soggetti, si verifica in via automatica tanto per il denaro provento di reato che per gli altri asset monetari di origine lecita confluiti in quel patrimonio al momento della misura ablatoria. Sicché il più volte descritto fenomeno di confusione attrae tutte quelle componenti liquide nel patrimonio monetario del reo e giustifica che su tale patrimonio venga eseguita la confisca diretta dei proventi del reato rappresentati da somme di denaro».

6. Il superamento dei dubbi di costituzionalità e legalità convenzionale.

L'ordinanza di rimessione, partendo dal diverso presupposto secondo cui la confisca di denaro, pur in presenza dell'accertata provenienza lecita della somma appresa, non poteva considerarsi una confisca diretta, bensì per equivalente, prospettava dubbi di legittimità costituzionale e convenzionale, sul presupposto che alternando la qualificazione giuridica dell'istituto, lo si potesse applicare anche ad ipotesi per le quali la confisca per equivalente non è contemplata.

Tale interrogativo è stato superato dalle Sezioni Unite che, partendo dal presupposto secondo cui la confisca del denaro è sempre diretta e mai per equivalente, hanno escluso che tale forma di ablazione possa avere una funzione punitiva, perseguendo un mero obiettivo di "riequilibrio"

È stato ribadito, infatti, che la confisca diretta del denaro «assolve unicamente una finalità ripristinatoria. L'ablazione ha ad oggetto, infatti, solo l'effettivo accrescimento monetario direttamente prodotto nel patrimonio del reo dal dimostrato conseguimento da parte sua del prezzo o profitto del reato consistente in una somma di denaro».

7. Profitto del reato, accrescimento patrimoniale e reati tributari.

Come indicato nell'esporre le decisioni che avevano dato luogo al contrasto, si era segnalato che nell'ambito della Terza sezione si era consolidato l'orientamento volto a distinguere se ed in quali casi il reato tributario dia luogo ad un "accrescimento" patrimoniale suscettibile di confisca diretta.

Partendo dal presupposto secondo cui nei reati tributari il profitto è essenzialmente costituito non già da un aumento patrimoniale, bensì in un risparmio di spesa e, quindi, in un mancato esborso, se ne faceva discendere che le somme percepite dopo la commissione del reato e, quindi, in epoca successiva rispetto al momento in cui il risparmio di spesa di è determinato, non fossero suscettibili di confisca diretta.

In tal senso, oltre a Sez. 3, n. 8995 del 30/10/2017, P.M. in proc. Barletta e altro, Rv. 272353, si veda anche Sez.3, n.6348 del 04/10/2018, dep. 2019, Torelli, Rv. 274859, secondo cui «In tema di reati tributari, ai fini della confisca diretta

delle somme sequestrate sul conto corrente bancario dell'imputato, la natura fungibile del denaro non è sufficiente per qualificare come "profitto" del reato l'oggetto del sequestro, essendo necessario anche provare che la disponibilità delle somme, successivamente sequestrate, costituisca un risparmio di spesa conseguito con il mancato versamento dell'imposta. (In motivazione la Corte ha precisato che, per accertare se il denaro costituisce profitto del reato tributario, e, cioè, un risparmio di spesa aggredibile in via diretta, è necessario avere riguardo non all'identità fisica delle somme, ma al valore numerario delle disponibilità giacenti sul conto dell'imputato alla scadenza del termine per il versamento dell'imposta, mentre il denaro versato successivamente a detto termine, che fosse stato sequestrato, non può essere ritenuto "profitto" del reato, ma rappresenta un'unità di misura equivalente al debito fiscale scaduto e non onorato, confiscabile se ricorrono i presupposti per la confisca per equivalente)».

Rispetto a tale problematiche, la sentenza delle Sezioni Unite non pare aver preso espressamente posizione, posto che l'affermazione generale in ordine alla qualificazione della confisca del denaro come diretta potrebbe non ritenersi di per sé risolutiva dell'ulteriore problematica concernente l'applicabilità del principio ai soli casi in cui il profitto sia consistito in un vero e proprio accrescimento patrimoniale, ovvero anche in quei casi – tipicamente ricorrenti per effetto dei reati tributari – in cui il patrimonio dell'agente non aumenta, bensì semplicemente non subisce la decurtazione corrispondente all'importo non versato all'erario.

Indice delle sentenze citate

Sentenze dalla Corte di cassazione

Sez.U, n. 29951 del 24/05/2004, Focarelli, Rv. 228166

Sez.U, n. 10280 del 25/10/2007, dep. 2008, Miragliotta, Rv. 238700

Sez.U, n. 10561 del 30/01/2014, Gubert, Rv. 258647

Sez.U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264437

Sez.6, n. 15923 del 26/03/2015, P.M. in proc. Antonelli, Rv. 263124

Sez.3, n. 8995 del 30/10/2017, P.M. in proc. Barletta, Rv. 272353

Sez.6, n.6816 del 29/1/2019, Sena, Rv.275048

Sez.3, n.6348 del 04/10/2018, dep. 2019, Torelli, Rv. 274859

Sez.U, n. 42415 del 27/5/2021, C., Rv. 282037

CAPITOLO V

I BENI CONFISCABILI DAL GIUDICE DELL'ESECUZIONE AI SENSI DELL'ART. 240-BIS COD. PEN.

(ALESSANDRO D'ANDREA)

SOMMARIO: 1. La questione controversa. – 2. Il primo indirizzo interpretativo. – 3. Il secondo orientamento esegetico. – 4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite. – 4.1. Considerazioni preliminari. – 4.2. I motivi di adesione al primo orientamento ermeneutico. – 4.3. Le insufficienti ragioni del secondo indirizzo. – 4.4. Il ricorso al criterio della “ragionevolezza temporale”.

1. La questione controversa.

Con la **sentenza n. 27421 del 25/02/2021, dep. 15/07/2021, Crostella**, le **Sezioni Unite** hanno dato soluzione alla questione «se la confisca di cui all'art. 240-*bis* cod. pen., disposta in fase esecutiva, possa avere ad oggetto beni riferibili al soggetto condannato ed acquisiti alla sua disponibilità fino al momento della pronuncia di condanna per il cd. reato “spia” ovvero successivamente, salva comunque la possibilità di confisca di beni acquistati anche in epoca posteriore alla sentenza ma con risorse finanziarie possedute prima».

La problematica era, in particolare, insorta a seguito della proposizione nel corso del giudizio *a quo* di uno specifico motivo di ricorso riguardante la ritenuta violazione dell'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992, convertito nella l. n. 356 del 1992 (ora art. 240-*bis* cod. pen.), con riguardo all'individuazione della data ultima di riferimento per disporre la confisca per sproporzione. Le ricorrenti, in particolare, avevano lamentato che il giudice dell'esecuzione aveva ordinato la confisca di beni presenti nel loro patrimonio fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza di condanna per il reato presupposto, mentre si sarebbe dovuto limitare tale potere solo sino alla data di emissione della sentenza di condanna, con conseguente esclusione della confisca delle utilità patrimoniali acquisite posteriormente.

Sulla questione, infatti, esiste un contrasto ermeneutico tra due differenti orientamenti esegetici, a soluzione del quale è stato richiesto l'intervento nomofilattico del Supremo Collegio.

Trattasi di tematica divenuta attuale a seguito dell'intervenuto riconoscimento, con la sentenza Sez. U, n. 29022 del 30/05/2001, Derouach, Rv. 219221-01, della possibilità per il giudice dell'esecuzione di disporre la confisca “estesa” «sul patrimonio del soggetto al momento della condanna o del patteggiamento», rendendo così indispensabile comprendere se i beni e le utilità

confiscabili in sede esecutiva siano quelli esistenti nel patrimonio dell'interessato al momento della condanna per uno dei reati indicati, ovvero se si possa disporre la misura ablativa anche su quelli pervenuti nella disponibilità del condannato successivamente alla pronuncia di condanna e sino al suo passaggio in giudicato.

2. Il primo indirizzo interpretativo.

Il primo orientamento ermeneutico ritiene che siano confiscabili soltanto i beni esistenti al momento della pronuncia della sentenza di condanna per il reato presupposto, salvo che ulteriori valori ed utilità, pervenuti al condannato in epoca successiva, costituiscano il reimpiego di risorse finanziarie già precedentemente disponibili.

Sin dalle prime decisioni (Sez. 1, n. 12047 del 11/02/2015, Nikolla, Rv. 263096-01; Sez. 2, n. 46291 del 06/11/2012, Polinti, Rv. 255239-01) è stato, infatti, affermato che ammettere l'ablazione di beni acquistati dal condannato dopo la sentenza di condanna significherebbe negare ogni distinzione fra confisca obbligatoria ex art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992 e confisca di prevenzione, altresì riconoscendo la possibilità di monitorare il patrimonio del reo attraverso indagini patrimoniali, condotte in fase di esecuzione senza limiti temporali, analogamente a quanto disposto per il settore della prevenzione dall'art. 19 del d.lgs. n. 159 del 2011. Si caricherebbe, inoltre, il giudice dell'esecuzione di compiti di accertamento tipici del giudizio di cognizione, peraltro in termini ancora più estesi rispetto alla sede processuale di accertamento della responsabilità in ordine al "reato-spia".

Poiché, invece, la confisca "atipica" presuppone il giudizio di colpevolezza del reo e viene adottata in sede esecutiva in funzione surrogatoria della mancata pronuncia espressa dal giudice della cognizione, il limite temporale per poterla disporre deve coincidere con il momento della pronuncia della sentenza di condanna o di patteggiamento, e non già con quello del suo passaggio in giudicato, pena lo stravolgimento degli specifici confini che l'ordinamento processuale assegna alla giurisdizione esecutiva (Sez. 1, n. 22820 del 12/04/2019, Panfilì, Rv. 276192-01; Sez. 1, n. 9984 del 23/01/2018, Ousmane, n.m.; Sez. 1, n. 36592 del 28/03/2017, Barresi, n.m.; Sez. 1, n. 17539 del 21/10/2016, dep. 2017, Consiglio, Rv. 269866-01).

3. Il secondo orientamento esegetico.

L'opposto indirizzo interpretativo ritiene, invece, che con lo strumento della confisca "atipica" possano essere aggrediti, in sede esecutiva, anche beni pervenuti nel patrimonio del condannato fino al momento del passaggio in

giudicato della sentenza di condanna per il reato presupposto (Sez. 1, n. 51 del 19/12/2016, dep. 2017, Cecere, Rv. 269293-01).

La confisca ex art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, infatti, è uno strumento di privazione della ricchezza accumulata dal soggetto in quanto condannato per determinate gravi fattispecie di reato, e non già derivata dalla commissione dell'illecito penale, per cui non assumerebbe rilievo alcuno il nesso pertinenziale intercorrente tra il reato e il bene, così come il momento di acquisto di quanto da confiscare (precedente o successivo al reato per il quale è intervenuta condanna) ed il giudizio di proporzione del suo valore rispetto al profitto ricavato (Sez. U, n. 920 del 17/12/2003, dep. 2004, Montella, Rv. 226490-01, 226491-01, 226492-01).

Gli acquisti devono, pertanto, essere considerati in riferimento a due distinti ambiti temporali: l'uno anteriore al reato e l'altro successivo ad esso, protratto sino alla formazione del giudicato di condanna. Per tale opzione esegetica, quindi, opererebbe il criterio della "ragionevole distanza" dal reato rispetto agli elementi patrimoniali conseguiti prima e durante la relativa commissione, mentre per quelli acquisiti successivamente il limite temporale di confiscabilità coinciderebbe con la data di irrevocabilità della sentenza di condanna, in quanto «fino a tale momento opera la presunzione d'illecita accumulazione del patrimonio».

Analoghi principi sono stati espressi, poi, nelle sentenze Sez. 1, n. 35856 del 17/05/2019, Iannò, Rv. 276717-01 e Sez. 1, n. 36499 del 06/06/2018, Quattrone, Rv. 273612-01, nelle quali è stato, in particolare, osservato come, trovando fondamento la presunzione di illecito arricchimento ex art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992 nell'accertamento definitivo della commissione di uno dei delitti indicati e nel suo epilogo con la sentenza di condanna, sarebbe tale ultima a determinare anche l'estensione temporale sino alla quale opera la presunzione, autorizzando la sottoposizione a confisca dei beni acquistati o comunque entrati nella disponibilità del condannato fino alla data del passaggio in giudicato della sentenza, oppure in un momento successivo ove si dimostri, in modo specifico ed incontroverso, che l'acquisto sia avvenuto con mezzi ottenuti prima della condanna.

4. La soluzione offerta dalle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite hanno risolto il conflitto interpretativo affermando, in sostanziale adesione al primo orientamento esegetico, il principio di diritto per cui «il giudice dell'esecuzione può disporre la confisca ex art. 240-bis cod. pen. in ordine ai beni che siano entrati nella disponibilità del condannato, fermo il criterio di "ragionevolezza temporale", fino alla pronuncia della sentenza per il cd. "reato

spia”, salva comunque la possibilità di confisca anche di beni acquistati in epoca posteriore alla sentenza, ma con risorse finanziarie possedute prima».

4.1. Considerazioni preliminari.

Per addivenire all'adozione dell'indicata soluzione, il Supremo Collegio ha, in primo luogo, effettuato alcune opportune considerazioni di carattere preliminare, nello specifico precisando che: la confisca originariamente prevista dall'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992, convertito nella l. n. 356 del 1992, è stata, nella sostanza, trasposta nel dettato del nuovo art. 240-*bis* cod. pen.; la mancata indicazione in detta norma del delitto ex art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990 – contestato nel procedimento *a quo* – non è di ostacolo all'applicazione della misura ablativa; la successione di leggi nel tempo, determinata dal riordino della disciplina riguardante la confisca “allargata”, non preclude la possibilità di consentire l'applicazione di tale istituto anche rispetto ad ipotesi antecedenti all'abrogazione dell'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992, stante il rapporto di continuità tra tale norma e l'art. 240-*bis* cod. pen.; la confisca “estesa” è una misura di sicurezza patrimoniale, replicante alcuni caratteri e la stessa finalità preventiva della misura patrimoniale antimafia prevista dalla legge n. 575 del 1965, fondata sulla presunzione relativa di accumulo di ricchezza illecita da parte del soggetto condannato.

Il Supremo Collegio ha osservato, quindi, come, sul piano dell'analisi testuale, le disposizioni degli artt. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992 e 240-*bis* cod. pen. non siano di aiuto alla soluzione della controversa questione, limitandosi solo ad affermare che deve essere “sempre” disposta la confisca in caso di condanna per uno dei reati indicati.

In via interpretativa, è pacificamente escluso che la norma pretenda che tra i beni del condannato ed il delitto presupposto sussista un collegamento di derivazione quale profitto o provento dello stesso, oppure un nesso di pertinenzialità (Sez. U, n. 920 del 2004, Montella, cit.; Sez. U, n. 29022 del 2001, Derouach, cit.). La relazione tra il “reato-spia” e l'elemento patrimoniale non è espressa in termini di produzione causale del secondo ad opera del primo, né di proporzione di valore tra i due elementi, ragion per cui anche la collocazione temporale dell'incremento della ricchezza del condannato non assume, *ex se*, alcun rilievo come criterio di selezione dei beni confiscabili.

Tra i pochi dati obiettivamente ricavabili dal testo normativo vi è la necessaria subordinazione della confisca all'accertamento della responsabilità penale per uno dei reati inclusi nella sua elencazione. La configurazione della confisca “atipica” come collegata al giudizio di sussistenza del reato “spia” e alla sua

commissione da parte dell'imputato - o comunque all'applicazione della pena su richiesta delle parti -, autorizza, inoltre, a ritenere che il relativo provvedimento trovi naturale collocazione nell'ambito del giudizio di cognizione e della pronuncia giudiziale che lo definisce.

Nessun precipuo supporto alla soluzione della controversa questione deriva, inoltre, dall'intervenuta recente introduzione dell'art. 183-*quater* disp. att. cod. proc. pen., di sostanziale recepimento dei principi espressi dalle Sezioni Unite con la sentenza Derouach. Tale norma, infatti, se da un lato consente in modo esplicito che la confisca "allargata" sia disposta in fase esecutiva, dall'altro non chiarisce, né delimita, il possibile oggetto della misura da adottare dopo la formazione del giudicato di condanna.

4.2. I motivi di adesione al primo orientamento ermeneutico.

Il presupposto soggettivo della confisca e la collocazione sistematica della giurisdizione esecutiva sono gli elementi che, precipuamente, hanno indotto le Sezioni Unite a aderire al primo indirizzo interpretativo.

È stato osservato, infatti, che, sotto il profilo soggettivo, la confisca "estesa" è una misura di sicurezza che presuppone la necessaria ricorrenza di un "reato spia", essendo proprio l'accertamento giudiziale della sua configurazione a fondare il sospetto che il condannato abbia tratto dall'attività delittuosa le forme di ricchezza di cui dispone, in valore sproporzionato rispetto ai suoi redditi e alle sue attività. Nella considerazione del legislatore, pertanto, l'attribuzione al soggetto della commissione di uno dei "reati-spia" costituisce l'indicatore dell'acquisizione dei beni, sia pur non necessariamente per derivazione da quel reato specifico.

La "destinazione funzionale" della sentenza quale provvedimento che deve contenere la decisione anche sulla confisca trova conferma, del resto, nella ritenuta impossibilità di provvedere ad essa in sede esecutiva quando la relativa domanda sia stata già respinta dal giudice della cognizione, ovvero di poterla revocare qualora sia stata disposta in quella sede – sempre fatta salva la possibilità del terzo, non partecipe al processo, di poter proporre incidente di esecuzione per ottenere la revoca della misura.

Come detto, poi, è controverso il valore da assegnare alla conclusione del processo ed alla successiva formazione del giudicato.

Per il primo indirizzo ermeneutico, il passaggio in giudicato della sentenza di accertamento del "reato-spia" costituisce soltanto il momento terminale del giudizio di cognizione, a partire dal quale la competenza a decidere sulla confisca

“allargata” spetta al giudice dell'esecuzione, senza porsi come limite temporale finale per aggredire quanto entrato nel patrimonio del condannato.

Per l'altra linea interpretativa, invece, sino all'irrevocabilità della decisione di condanna non si realizza la condizione dell'affermazione della responsabilità in ordine alla commissione del reato presupposto, cui è subordinata l'applicabilità della presunzione di acquisto illegale dei beni, di conseguenza rappresentando il giudicato anche il limite finale sino a cui opera tale presunzione.

Nessun supporto è recato, al fine, dalla novella dell'art. 183-*quater* disp. att. cod. proc. pen., che non ha mutato l'estensione della sfera di attribuzioni della giurisdizione esecutiva, né ne ha ampliato il suo orizzonte decisorio, concependo l'intervento del giudice dell'esecuzione unicamente come surrogatorio e residuale, nel caso di omessa adozione della confisca nella sua naturale sede del giudizio di cognizione.

Se, dunque, dopo il giudicato di condanna si può e si deve ancora disporre la confisca, ciò potrà avvenire per le Sezioni Unite – anche in ossequio all'interpretazione resa dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., ord. n. 18 del 1996) – nel solo rispetto dei limiti e dell'ambito cognitivo del giudice che ha accertato la responsabilità penale in ordine al “reato spia”. Tale considerazione, oltre a ragioni di coerenza sistematica, impone di affermare la perfetta simmetria del potere di ablazione in casi particolari dei beni del condannato, da esercitarsi entro gli stessi confini, tanto in fase di cognizione quanto in quella di esecuzione, negando in quest'ultima la possibilità di un intervento più esteso, che consenta la confisca di elementi patrimoniali pervenuti al condannato dopo la pronuncia di condanna o, persino, dopo il giudicato.

4.3. Le insufficienti ragioni del secondo indirizzo.

La diversa opzione riconosce, invece, l'autonomia della competenza del giudice dell'esecuzione, svincolata dai limiti propri del giudizio di cognizione, giustificata dalla natura innovativa della norma dell'art. 183-*quater* disp. att. cod. proc. pen. e dalla specifica funzione svolta dalla confisca “allargata”, finalizzata a privare il soggetto responsabile di gravi illeciti della ricchezza conseguita dalla commissione, rimasta “sommersa” ed incerta nei dati circostanziali di perpetrazione, di altri reati. Sarebbero aggredibili, pertanto, tutte le utilità, anche non individuate nel processo già definito, di valore sproporzionato e non giustificato nella lecita provenienza, pervenute al condannato sia prima che dopo la sentenza definitiva di condanna.

Tale ricostruzione appare, tuttavia, insoddisfacente per le Sezioni Unite, sotto diversi aspetti valutativi.

Essa difetta, in primo luogo, del necessario riscontro normativo, non conferendo l'art. 183-*quater* disp. att. cod. proc. pen. al giudice una competenza diversa o più estesa rispetto a quella esercitabile in fase di cognizione. Anche a voler richiamare i generali e più penetranti poteri di intervento sul giudicato riconosciuti al giudice dell'esecuzione, infatti, si creerebbe un'asimmetria cognitiva del tutto ingiustificata, consentendo solo a costui, e non già al giudice della cognizione, di potere confiscare beni acquisiti dal condannato sino all'irrevocabilità della pronuncia di condanna.

Il ritenere, poi, che la condanna cui, in assenza di ulteriori specificazioni, si riferisce l'art. 240-*bis* cod. pen. sia soltanto quella irrevocabile creerebbe degli effetti distonici e perfino paradossali, atteso che, a stretto rigore, tale condizione non sussisterebbe mai per il giudice della cognizione, precludendogli sempre la possibilità di disporre la confisca "estesa" con propria sentenza.

Per il Supremo Collegio, poi, tale orientamento erra nel non misurarsi con il rilevante argomento, invece fatto proprio dall'altro indirizzo, per il quale, in tal maniera, la confisca "allargata" disposta in sede di esecuzione finirebbe per annullare ogni distinzione rispetto alla confisca di prevenzione, rivelando un'inutile duplicazione di istituti giuridici. Ove, infatti, il momento di emissione della sentenza di condanna non costituisse lo sbarramento temporale e fosse consentita la conduzione *sine die* di indagini patrimoniali per l'individuazione dei beni pervenuti anche successivamente al condannato, si permetterebbe un'esplorazione continua ed illimitata, analoga a quella che l'art. 19 del d.lgs. n. 159 del 2011 consente per la formulazione della proposta di applicazione della misura di prevenzione reale.

Ad avviso delle Sezioni Unite, inoltre, è necessario operare una lettura costituzionalmente orientata dell'istituto in esame.

La confisca in sede esecutiva di beni pervenuti al condannato fino o anche dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna comporterebbe, infatti, possibili ingiustificate disparità di trattamento tra soggetti, che, seppur chiamati a rispondere dello stesso illecito quale "reato-spia", verrebbero a subire la privazione definitiva dei loro beni in misura diversa e con maggior pregiudizio a seconda che la confisca venga adottata dal giudice con la sentenza di condanna ovvero in fase di esecuzione – ampliandosi, in questo secondo caso, l'area dei beni sottoponibili a confisca in ragione di fattori del tutto estranei rispetto al volere e alla sfera di controllo del condannato -. Tale opzione comporterebbe, pertanto, una palese violazione dell'art. 3 Cost., determinando in modo illogico e privo di valida giustificazione un differente trattamento di situazioni eguali.

Sarebbe, del pari, vulnerato il principio di ragionevolezza, con effetti *contra reum*. La protrazione del processo sarebbe, infatti, determinata dalla proposizione

dell'impugnazione, che l'imputato presenta ad espressione della sua legittima aspettativa di riforma della condanna subita, e che, invece, finirebbe per penalizzarlo, consentendo un più esteso potere di aggressione patrimoniale in costanza della presentazione di un'istanza di confisca al giudice dell'esecuzione.

Al contrario, solo individuando nella pronuncia della sentenza di condanna il termine finale per operare la confisca ex art. 240-*bis* cod. pen. si può garantire un'identità di regime giuridico a situazioni coincidenti e si possono prevenire strumentali iniziative temporeggiatrici da parte dell'accusa, finalizzate ad ottenere una confisca maggiormente estesa in sede esecutiva.

4.4. Il ricorso al criterio della “ragionevolezza temporale”.

L'ipotizzato possibile contrasto con principi costituzionali è per il Supremo Collegio superabile facendo ricorso al criterio della “ragionevolezza temporale”.

L'istituto della confisca “allargata” è, come detto, fondato sull'assenza di un nesso di pertinenzialità tra il reato presupposto ed i beni da confiscare, non assumendo diretta rilevanza, quale criterio normativo di selezione dei cespiti aggredibili, la relazione di collegamento temporale tra il momento della loro acquisizione ed il *tempus commissi delicti*. Per la giurisprudenza formatasi a partire da Sez. U, “Montella”, sono, infatti, indifferentemente confiscabili i beni pervenuti al condannato sia anteriormente che successivamente alla commissione del “reato spia”, non essendo richiesta la loro acquisizione in coincidenza con la specifica condotta di reato giudicata.

L'assenza di un simile collegamento potrebbe, tuttavia, consentire un'applicazione illimitata della misura ablativa, con effetti fortemente pregiudicanti per i diritti di proprietà e l'iniziativa economica del destinatario, su cui, peraltro, finirebbe per gravare il complicatissimo onere di dimostrare, dopo molti anni, la provenienza lecita dei beni entrati nel suo patrimonio.

Proprio al fine di evitare tale deriva interpretativa, è già da molto tempo prevalsa una soluzione esegetica per la quale è possibile applicare la confisca “allargata” solo laddove sia rispettato il criterio della “ragionevolezza temporale”. Il momento di acquisto del bene, cioè, non deve essere talmente lontano dall'epoca di realizzazione del “reato-spia” da determinare l'irragionevolezza della presunzione di derivazione da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella giudicata (Sez. 1, n. 41100 del 16/04/2014, Persichella, Rv. 260529-01; Sez. 4, n. 12734 del 16/01/2014, Valentino, n.m.; Sez. 4, n. 35707 del 07/05/2013, D'Ettore, Rv. 256882-01; Sez. 1, n. 2634 del 11/12/2012, dep. 2013, Capano, Rv. 254250-01; Sez. 1, n. 11049 del 05/02/2001, Di Bella, Rv. 226051-01). Ciò in piena analogia con quanto ritenuto ai fini

dell'individuazione della delimitazione temporale dell'area oggettiva della confisca di prevenzione (Sez. U, n. 4880 del 26/06/2014, dep. 2015, Spinelli, Rv. 262605-01).

E' particolarmente significativo, poi, osservare che il rappresentato criterio è stato assunto anche dalla Corte costituzionale a parametro di verifica della tenuta costituzionale della confisca in casi particolari (sentenza interpretativa di rigetto n. 33 del 2018), espressamente esplicando che il concetto di "ragionevolezza temporale" deve essere interpretato nel senso che il momento di acquisizione del bene da confiscare non deve risultare così lontano dall'epoca di realizzazione del "reato spia" da rendere *ictu oculi* irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita, anche se differente da quella che ha determinato la condanna, rimasta priva di un positivo accertamento.

La successiva evoluzione della giurisprudenza di legittimità ha offerto costante adesione agli indicati principi, divenuti patrimonio del diritto vivente, seppur applicati in riferimento a fattispecie in cui al giudice dell'esecuzione era stata posta la questione con esclusivo riferimento all'antiorità dell'acquisto dei cespiti rispetto all'epoca di commissione del "reato spia" (Sez. 2, n. 52626 del 26/10/2018, Grillo, Rv. 274468-01; Sez. F., n. 56596 del 03/09/2018, Balsebre, Rv. 274753-03; Sez. 1, n. 36499 del 06/06/2018, Quattrone, cit.; Sez. 5, n. 21711 del 28/02/2018, Betti, Rv. 272988-01).

Un'ulteriore significativa sollecitazione all'individuazione di limiti di natura temporale all'operatività della presunzione di illecito arricchimento di chi sia stato condannato per determinate fattispecie di reato si può cogliere anche dal contenuto della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2014/42/CE del 3 aprile 2014 (in particolare dall'art. 5), attuata nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, che ha dettato prescrizioni per la regolamentazione nell'Unione Europea del congelamento e della confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato.

Per le Sezioni Unite, pertanto, è necessario e legittimo il ricorso al criterio della "ragionevolezza temporale" che, con analoghi effetti e finalità, deve essere riferito anche alle situazioni in cui l'acquisizione patrimoniale si collochi in un momento successivo alla perpetrazione del "reato-spia" e l'intervento ablatorio sia richiesto al giudice dell'esecuzione. Ciò determina il superamento del principio affermato dalla sentenza "Montella", di indifferenza del momento in cui il bene da confiscare sia entrato nel patrimonio del soggetto, ampliando a dismisura l'area della confiscabilità, estesa anche ad elementi patrimoniali acquisiti dopo la perpetrazione del reato, purché non distaccati da esso da un lasso temporale così lungo da rendere irragionevole l'ablazione. Ammettere la confisca anche in caso di divario cronologico di molti anni tra il compimento dell'attività

criminosa ed il successivo conseguimento dei valori sproporzionati darebbe luogo, infatti, ai medesimi dubbi di costituzionalità per irragionevolezza e sproporzione per eccesso del mezzo rispetto al fine riconosciuti dalla Corte costituzionale.

Lo scrutinio sulla “ragionevolezza temporale” non è estraneo e non opera su un piano diverso rispetto all’ambito oggettivo della confiscabilità dei beni in sede esecutiva, dal momento che decidere se la disposizione dell’art. 240-*bis* cod. pen. imponga di apprendere consistenze patrimoniali esistenti al momento della emissione della decisione di condanna o al momento del suo passaggio in giudicato riguarda situazioni concrete di aggressione di forme di ricchezza pervenute necessariamente dopo il reato giudicato.

Ne deriva, pertanto, la conclusione che il momento dell’acquisto dei beni da sottoporre a confisca non è indifferente alla dimensione temporale del reato presupposto, ma deve risultare a distanza ragionevole da esso, tanto se antecedente, come se successivo. La limitazione in termini che devono essere ragionevoli del distacco tra i due elementi a raffronto concorre anche ad individuare nella emissione della sentenza di condanna o di patteggiamento, non nella data di irrevocabilità, il termine ultimo ed invalicabile di operatività della presunzione di provenienza illecita dei beni del condannato di valore sproporzionato al reddito o all’attività svolta, che il giudice deve sempre rispettare, sia se si pronunci nella fase della cognizione che se intervenga in sede esecutiva. Tanto comporta il riconoscimento della possibilità che un’acquisizione patrimoniale collocata in un tempo successivo, ma molto distanziato, dal “reato spia” renda irragionevole il giudizio presuntivo sulla sua origine criminosa, anche se antecedente al processo penale ed al momento di ricostruzione della responsabilità dell’imputato. Al contrario, collocare il termine ultimo della confiscabilità dei beni nel momento del passaggio in giudicato della sentenza, che segue di anni anche il solo avvio del processo penale e si distanzia ancor più dalla consumazione del delitto sorgente, significa ignorare l’esigenza di ragionevolezza ed il parametro che, nell’interpretazione della Consulta, garantisce la legittimità costituzionale della confisca per sproporzione.

Per le Sezioni Unite, infine, la sentenza di condanna è quella emessa dal giudice di merito in primo grado - se nei successivi sia confermata o riformata soltanto in punto di pena - in grado di appello o di rinvio in ipotesi di riforma di una precedente pronuncia assolutoria.

In situazioni di processi cumulativi sul piano oggettivo o soggettivo, la medesima osservazione va riferita alla statuizione adottata per ciascun reato presupposto e nei confronti di ognuno degli imputati chiamati a risponderne, per cui il momento finale di aggredibilità a fini di confisca del loro patrimonio

potrebbe variare, pur nell'ambito dello stesso unico processo, in dipendenza delle vicende riguardanti i singoli capi della sentenza.

E' pacifica, da ultimo, l'ammissibilità della confisca "allargata" quando sia offerto congruo riscontro della presenza di beni pervenuti anche in data successiva alla sentenza, ove essi siano il frutto del reimpiego di mezzi finanziari acquisiti in un momento antecedente ad essa, ovvero si tratti di denaro o di altri strumenti di investimento mobiliare preesistenti e solo in seguito scoperti o rinvenuti, e cioè di beni che si sarebbero potuti già confiscare nel corso del processo di cognizione (Sez. 1, n. 51 del 19/12/2016, dep. 2017, Cecere, cit; Sez. 1, n. 9984 del 23/01/2018, Ousmane, cit.; Sez. 1, n. 36499 del 06/06/2018, Quattrone, cit.).

Indice delle sentenze citate

Sentenze della Corte di cassazione

- Sez. 1, n. 11049 del 05/02/2001, Di Bella, Rv. 226051-01
Sez. U, n. 29022 del 30/05/2001, Derouach, Rv. 219221-01
Sez. U, n. 920 del 17/12/2003, dep. 2004, Montella, Rv. 226490-01, 226491-01, 226492-01
Sez. 2, n. 46291 del 06/11/2012, Polinti, Rv. 255239-01
Sez. 1, n. 2634 del 11/12/2012, dep. 2013, Capano, Rv. 254250-01
Sez. 4, n. 35707 del 07/05/2013, D'Ettorre, Rv. 256882-01
Sez. 4, n. 12734 del 16/01/2014, Valentino.
Sez. 1, n. 41100 del 16/04/2014, Persichella, Rv. 260529-01
Sez. U, n. 4880 del 26/06/2014, dep. 2015, Spinelli, Rv. 262605-01
Sez. 1, n. 12047 del 11/02/2015, Nikolla, Rv. 263096-01
Sez. 1, n. 17539 del 21/10/2016, dep. 2017, Consiglio, Rv. 269866-01
Sez. 1, n. 51 del 19/12/2016, dep. 2017, Cecere, Rv. 269293-01
Sez. 1, n. 36592 del 28/03/2017, Barresi
Sez. 1, n. 9984 del 23/01/2018, Ousmane
Sez. 5, n. 21711 del 28/02/2018, Betti, Rv. 272988-01
Sez. 1, n. 36499 del 06/06/2018, Quattrone, Rv. 273612-01
Sez. F., n. 56596 del 03/09/2018, Balsebre, Rv. 274753-03
Sez. 2, n. 52626 del 26/10/2018, Grillo, Rv. 274468-01
Sez. 1, n. 22820 del 12/04/2019, Panfilì, Rv. 276192-01
Sez. 1, n. 35856 del 17/05/2019, Iannò, Rv. 276717-01
Sez. U, n. 27421 del 25/02/2021, Crostella, Rv. 281561-01

Sentenze della Corte costituzionale

- Corte cost., ord. n. 18 del 22 gennaio 1996
Corte cost., sent. n. 33 del 21 febbraio 2018